

Dagmar Oberlies

§218: die Frau als (Grund-)Rechtssubjekt

In einem Beitrag in der ZRP schreibt Eser über die Schwierigkeiten bei der Normierung des Schwangerschaftsabbruchrechtes, die „rechtlich erheblichen Faktoren (seien) tatsächlich so zu ermitteln (...), daß sich die Schwangere in ihren Konfliktsituationen wirklich zutreffend erfaßt und richtig verstanden fühlen kann“¹. Fraglich bleibt, wie überhaupt der Eindruck entstanden ist und entstehen konnte, es sei die Aufgabe oder sogar das Ziel einer rechtlichen Regelung des §218, zur (psychosozialen) Lösung eines sog. Schwangerschaftskonfliktes beizutragen. Solcher Euphemismen hat sich das BVerfG in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Fristenregelung nicht bedient, denn dort wird – mit Blick auf die Schwangere – lediglich die Frage aufgeworfen, „ob der Staat (...) mit den Mitteln des Strafrechtes die Austragung der Schwangerschaft erzwingen darf“². Eher scheinen solche Zielbeschreibungen dem Bemühen geschuldet, den Eindruck zu erwecken, Politiker, Juristen und andere Sachverständige handelten zum Besten und im wohlverstandenen Interesse der Schwangeren selbst³. Dem sollte entgegengehalten werden, daß es sich bei der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs um einen Fall staatlichen Zwangs handelt, also um einen Fall des Rechts, bei dem es nicht zuletzt um die Frage geht, ob der Schwangeren – mit den Mitteln des Strafrechtes – Hilfe und moralische Werte aufgezwungen werden sollen.

Seltsam mutet an, daß in einer Debatte, die so sehr von verfassungsmäßigen Erwägungen geprägt ist wie die Diskussion um das Abtreibungsrecht, so selten und so wenig über den Verfassungsstatus von Frauen (gewollt oder ungewollt schwanger oder schlicht ohne Kinderwunsch) zu lesen ist. Ein Grund mag sein, daß vor allem Männer (wissenschaftliche) Kapazitäten freisetzen, um sich der Abtreibungsdiskussion intellektuell-juristisch zu nähern, manchmal so, als hätten sie eine (kollektive) Schuld abzutragen. Hinzu kommt, daß das BVerfG-Urteil von 1975 nicht gerade der verfassungsrechtlichen Diskussion von Frauenrechten Auftrieb gegeben hat. Schließlich scheinen Frauen die Entscheidung, mit oder ohne

Kind leben zu wollen, so selbstverständlich als ihr natürliches Recht anzusehen, daß ihnen die juristisch-rechtsdogmatischen Diskussionen wie eine Verbrämung vorkommen müssen. Dadurch ist – auf Frauenseite – so etwas wie ein verfassungsrechtliches Vakuum entstanden. Mit diesem Beitrag sollen drei verfassungsrechtliche Aspekte nachgearbeitet werden, durchaus kursorisch, fast unzusammenhängend, in der gewählten Form allein dem Umstand geschuldet, daß sie in der bisherigen Diskussion vergessen wurden.

A. Das (verdrängte) Prinzip des Mindesteingriffs in der Abtreibungsdebatte

Im Zusammenhang mit der gesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs ist besonders bedauerlich, daß die Chance einer empirischen Grundlegung der parlamentarischen Entscheidung, die dank der Arbeiten des Max-Planck-Institutes⁴ möglich wäre, nicht stattfindet⁵.

Dazu wäre zunächst eine konkrete Zielbestimmung erforderlich.

Es hat sich eingebürgert, formelhaft auf den „Schutz des ungeborenen Lebens“ zu verweisen, ohne die Frage zu beantworten, wovor das Ungeborene

1 Eser, ZRP 1991, 291, 298

2 hier und im folgenden zitiert nach Arndt/Erhard/Funcke (Hrsg.), Der § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht, Heidelberg, Karlsruhe: C.F. Müller Verlag 1979; Seite 388–446, Seite 419

3 ein Versuch, der sich augenfällig in den Namen widerspiegelt, den die Parteien ihren Reformentwürfen gegeben haben: „Schwangeren- und Familienhilfegesetz“ (F.D.P.) und umgekehrt (SPD)

4 Albin Eser, Hans-Georg Koch (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im Internationalen Vergleich. Teil 1: Europa, Baden-Baden: Nomos Verlag 1988; Brigitte Holzhauser, Schwangerschaft und Schwangerschaftsabbruch, Freiburg: Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut, Band 38, 1989; Monika Häußler-Sczepan, Arzt und Schwangerschaftsabbruch, Freiburg: Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut, Band 39, 1989; Karlhans Liebl, Ermittlungsverfahren, Strafverfolgungs- und Sanktionspraxis beim Schwangerschaftsabbruch, Freiburg: Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut, Band 40, 1990; Monika Häußler, Brigitte Holzhauser, ZStW 1988, Seite 817–854 und Tagungsbericht a.a.O., Seite 856–870

5 Werner Maihofer, Gesetzgebungswissenschaft in: Günther Winkler, Bernd Schilcher, Gesetzgebung, Wien, New York: Springer Verlag 1981, Seite 3; ebenso Heinz Müller-Dietz, Zur Problematik verfassungsrechtlich Pönalisierungsgebote, in: Festschrift für Eduard Dreher, Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag 1977, Seite 97, 110 ff.

geschützt werden soll. Denn nicht nur der „Schutz“ vor „Tötung“, sondern auch der „Schutz“ vor einem Leben als unerwünschtes Kind⁶ sind mögliche Schutzziele, die einhergehen mit der „Brechung eines entgegenstehenden Willens“ der Schwangeren (v. Renesse) einerseits und der Achtung ihres Willens als verantwortlicher Entscheidung andererseits.

Auch die Reduzierung der Zahl von Abbrüchen wird als Ziel formuliert, ohne auf die empirische Erkenntnis zu rekurren, daß die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche vergleichsweise unabhängig ist von der (straf-) gesetzlichen Regelung⁷.

Während die Bundesrepublik einerseits eine der höchsten Strafdrohungen bei der Abtreibung vorhält,¹⁸ findet gesellschaftlich und strafverfolgungstechnisch andererseits ein Normgeltungs- und Sanktionsverzicht statt⁹: Unverschämte Sanktionsdrohung einhergehend mit verschämten Sanktionsverzicht. Daß die Strafverfolgungsbehörden faktisch auf die Durchsetzung der Normgeltung verzichten, ist m.E. die zwingende Folge aus der Erkenntnis, daß der § 218 in der Bevölkerung mehrheitlich keine uneingeschränkte Verbotsgeltung mehr beanspruchen kann. In einer Umfrage des SPIEGEL haben sich 56% der Westdeutschen und 78% der Ostdeutschen für eine Fristenlösung oder die völlige Straffreiheit der Abtreibung ausgesprochen; andere Untersuchungen der letzten Zeit kommen zu ähnlichen Ergebnissen¹².

6 siehe dazu Gerhard Amendt, Michael Schwarz, Das Leben unerwünschter Kinder, Universität Bremen 1990

7 dazu ausführlich Eser/Koch a.a.O.

8 nur am Rande sei darauf hingewiesen, daß mit liberaleren Abtreibungsgesetzen auch einherzugehen scheint, daß die Schwangerschaftsabbrüche zu einem früheren Zeitpunkt durchgeführt werden: So werden in den Niederlanden und in Schweden 95% der Schwangerschaftsabbrüche vor der 12. Woche durchgeführt (vgl. Eser/Koch a.a.O., Seite 1053 und 1452)

9 vgl. ausführlich Liebl, a.a.O., insbesondere Seite 110 ff. Liebl weist auch auf den interessanten Umstand hin, daß 2/5 aller Verurteilungen auf den Freistaat Bayern und ein weiteres Drittel auf das Land Baden-Württemberg entfallen (Seite 48), was die allgemeine Sanktionsgeltung noch weiter einschränkt

10 Heft 38/1991, Seite 28

12 interessanterweise ergibt sich aus den Untersuchungen des Max-Planck-Institutes zur Implementation des § 218, daß die Zahl der Frauen, die – zumindest – eine Fristenregelung wünschen, dort bei etwa 2/3 der Befragten lag, wobei die Zahl der Fristenbefürworterinnen um so mehr zunahm, je stärker die Frauen von dem Problem des Schwangerschaftsabbruchs selbst betroffen waren (siehe ZStW 1988, Seite 845)

13 dazu Müller-Dietz, in: Jescheck/Triffterer (Hrsg.), Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? Baden-Baden: Nomos-Verlag 1978, Seite 101

Wie auch immer der Zusammenhang sein mag, es ist vor allem die *Gewißheit der Bestrafung*¹³, die normgemäßes Verhalten erzwingen könnte. Insofern hat der § 218 StGB in der Bundesrepublik längst seinen Anspruch auf globale Verhaltensgeltungen aufgegeben.

Man wird nun fragen müssen, ob eine Regelung – im Sinne eines verhältnismäßigen, und damit verfassungsmäßigen Eingriffs – überhaupt als „geeignet“¹⁴ angesehen werden kann, wenn auf die Herstellung einer Relation zwischen – vorgeblichem – Ziel und – eingesetztem – Mittel von vornherein verzichtet wird, weil von der Regelung faktisch kein Gebrauch gemacht wird.

Schließlich käme als letztes Ziel einer (straf-) rechtlichen Regelung nur noch die von BVerfG geforderte „grundgesetzlich gebotene rechtliche Mißbilligung des Schwangerschaftsabbruchs“ in Betracht.¹⁶ Dient das Verbot aber nur noch der (verbalen) Mißbilligung, dann wird es zum Selbstzweck¹⁷, dann wäre das Strafrecht nicht mehr ‚ultima ratio‘, sondern schlicht ohne ratio.

In der Tat bewegt sich die strafbewehrte Regelung des Schwangerschaftsabbruchs auf eben diesem Wege: Nicht die Abtreibung steht unter Strafe, sondern der (Verfahrens-) Verstoß gegen Vorschriften, die den (legalen) Zugang zu Abtreibungen regeln.¹⁸ Die Bestrafung droht nicht durch Strafverfolgung, sondern durch das Verfahren beim Zugang zu (legalen) Schwangerschaftsabbrüchen.¹⁹ Damit ist eine für die rechtliche Bewertung wichtige Frage angesprochen: Darf das Strafrecht zur bloßen Verfahrenssicherung (und eben nicht zur Verbotsdurchsetzung) eingesetzt werden, wie es beim § 218 StGB in Bezug auf die schwangere Frau faktisch und rechtlich²⁰ der Fall ist, oder gilt hier, was Roxin als „subsidiäre Natur“ des

14 dazu Heinz Müller-Dietz, Dreher Festschrift, a.a.O., Seite 108

16 so letztlich Eser, ZRP 1991, Seite 291 ff., Seite 295

17 davor warnt das BVerfG in seiner Entscheidung: „Indes kann Strafe niemals Selbstzweck sein“, a.a.O., Seite 418

18 siehe zu den Ursachen potentiell strafbarer Schwangerschaftsabbrüche Liebl, a.a.O., Seite 78 f.

19 in diesem Sinne interpretiere ich auch ein Ergebnis in der Untersuchung von Brigitte Holzhauer, a.a.O., wonach nur die Hälfte der dort befragten Frauen bereits beim 1. Arzt eine Indikationenfeststellung erhalten haben, während 38% der befragten Frauen einen deutlich längeren Verfahrensweg zu durchlaufen hatten. Mit Hinweis darauf weist die Autorin auch die Unterstellung einer „verkappten Fristenlösung“ zurück (ZStW 1988, Seite 817, 837). Siehe dazu Dagmar Oberlies, Die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie allein entscheidet. In: STREIT 1987, Heft 4, Seite 125–138

20 siehe z.B. die Vorschrift des § 218 Abs. 3 StGB

Strafrechts beschreibt: „Wo durch die Mittel des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechts geholfen werden kann, hat das Strafrecht sich zurückziehen“²¹.

Diese Rechtsfrage erlangt Gewicht, wenn es um die Frage geht, ob es rechtlich zulässig, weil verhältnismäßig, ist, die Pflicht einer Schwangeren, sich vor einem (legalen) Schwangerschaftsabbruch beraten zu lassen, mit den Mitteln des Strafrechtes durchzusetzen. Ganz abgesehen von der Sinnhaftigkeit einer solchen verordneten Hilfe²², bleibt die Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit im Hinblick auf die Verpflichtung des Gesetzgebers, „unter mehreren gleich geeigneten Mitteln dasjenige zu wählen, das die Betroffene am wenigsten belastet (Grundsatz des Mindesteingriffs)“²³, und das wäre hier – dem Beispiel Schwedens folgend – eine Verwaltungsregelung.

Daß zunehmend das Verfahren selbst strafenden Charakter erhält, zeigt sich auch daran, daß die Notlagenindikation in einem offenkundig ungeeigneten Verfahren auf eine – darauf deuten die Untersuchungen des Max-Planck-Instituts hin – willkürliche Art ermittelt wird.²⁴ Ärzte sind objektiv – und fühlen sich subjektiv²⁵ – nicht zuständig und in der Lage, eine soziale Notlage zu ermitteln. Hinzu kommt, daß sich Ärzte bei der Notlagenstellung, die ja offenkundig nur dem Ziel der Durchführung einer Abtreibung dienen kann, in Widerspruch zu ihrem Berufsethos begeben und begeben müssen.²⁶ Die betroffenen Frauen haben deshalb nach der gesetzlichen Konstruktion nicht nur ihren Konflikt auszutragen, sondern werden auch noch in einen medizinethischen Konflikt einbezogen, der dem Arzt erst durch eine bestimmte Ausgestaltung der gesetzlichen Vorschriften aufgebürdet wird, verbunden mit der (realen) Befürchtung der Ärzte, sich bei der Feststellung der Notlage strafbar zu machen.²⁷

21 Roxin, Grundlagenprobleme, Seite 13; ebenso Müller-Dietz, Grundfragen, a.a.O.

22 siehe dazu Gerhard Amendt, in: Neue Kriminalpolitik, Heft 3, 1991, Seite 34 f. und gutachterliche Äußerung bei der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit des Bundesrates am 17. April 1991 in Berlin, Hrsg. Bundesrat, Öffentlichkeitsarbeit, Seite 25–37

23 dazu Müller-Dietz, Dreher-Festschrift, Seite 108 ff.; ausführlich Schnapp, JUS 1983, Seite 850–855

24 so auch Eser, ZRP 1991, Seite 291, 296; Liebl, a.a.O., spricht in diesem Zusammenhang von „Zufallsstrafrecht“

25 vgl. Monika Häusler-Sczepan, a.a.O., Fn. 17; Häusler/Holzhauer, ZStW 1988, 817, 850; dem korrespondiert, daß die von Brigitte Holzhauer befragten Frauen sich von der Beurteilung und dem Ermessen anderer abhängig und bevormundet fühlten (a.a.O., Seite 846)

26 siehe Häusler/Holzhauer, a.a.O., Seite 834

27 Häusler/Holzhauer, a.a.O., Seite 853

Diese Verunsicherung ist der gesetzlichen Ausgestaltung der Notlagenindikation immanent: In der Untersuchung des Max-Planck-Instituts haben die mit dem Thema vertrauten Experten ein Drittel der ihnen zur Notlagenindikation vorgelegten Fallbeispiele stark divergierend eingestuft.²⁸ Da selbst eine gleichförmige Beurteilung innerhalb der dazu berufenen Gruppe nicht sicherzustellen ist, verstößt die Regelung insoweit gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 GG: Ein normgemäßes Verhalten der potentiell strafbedrohten Personen ist nicht zu gewährleisten, weil der Norminhalt nicht vorausschauend zu ermitteln ist.

Daß das Strafrecht augenscheinlich vor allem (und ich behaupte zur Gewissensberuhigung der politischen und juristischen Entscheidungsträger) moralische Eckpunkte der Entscheidungsfindung durchsetzen soll, zeigt sich auch an den Zielbestimmungen, die die einzelnen Entwürfe für die Beratungsgespräche nicht nur (sanktionslos) vorschreiben, sondern strafrechtlich absichern³⁰ wollen. Auch insoweit bleiben keine Zweifel, ob dies mit dem Mittel des Strafrechtes durchgesetzt werden kann und darf.

B. Die gewissenlose Frau

Die Formulierung der Beratungsziele, soweit sie Pflichtberatungen im Vorfeld eines nicht-strafbaren Zugangs zu Schwangerschaftsabbrüchen regeln, wirft die Frage nach dem Menschenbild (meint: Frauenbild) dieser Regelungen auf.

In dem Vorschlag von Rita Süßmuth zu einem Dritten Weg hieß es, „durch die Beratung (solle) die Frau befähigt werden, eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen“, und auch die F.D.P. möchte die Frau durch die Beratung erst „in die Lage versetzen, eine verantwortungsbewußte eigene Gewissensentscheidung zu treffen“ (§ 219 des Entwurfes). Gewissensentscheidung ist aber gleichbedeutend mit der Eigenverantwortlichkeit der Entscheidung, denn Gewissen ist nach Wählig gerade „das Vermögen, sich moralisch selbst zu beurteilen“³¹.

Nun reklamieren Frauen, die vor der Entscheidung stehen, eine Schwangerschaft auszutragen oder sie abzuberechnen, gerade dies für sich. In der Untersuchung von Holzhauer wird deutlich, daß Frauen in fast allen Lebensbereichen deutliche Verschlechter-

28 Häusler/Holzhauer, a.a.O., Seite 833, siehe auch Eser, ZRP 1991, Seite 296

30 vgl. § 218 b des Mehrheitsentwurfs der CDU/CSU und § 219 i.V.m. § 218 Abs. 5 des F.D.P.-Entwurfes

31 ähnlich das BVerwG, das das Gewissen beschreibt als „die eigene Erkenntnis des Erlaubten und des Verbotenen und die Ansicht, verpflichtet zu sein, dieser Erkenntnis gemäß zu handeln“ (BVerwGE 7, 242, 246)

rungen erwarten, wenn sie das Kind zur Welt bringen würden.³² Angst vor Überforderung und vor der Zukunft mit Kind – vielleicht allein – sind ebenso Erwägungen, die in diese Entscheidungsfindung einfließen, wie finanzielle Probleme, Probleme im Bereich des Erwerbslebens sowie Schwierigkeiten in der Partnerschaft. Man wird Nauck darin zustimmen müssen, daß Schwangerschaftsabbrüche oft „kein Ausdruck der Ablehnung von Kindern, sondern der Ablehnung des Geburtszeitpunktes in der Lebensplanung oder bereits realisierter Kinderwünsche“ sind.³³

Faktisch trifft die schwangere Frau aber die Beweislast für die Gewissenhaftigkeit ihrer Entscheidung. Diese Umkehr setzt voraus, daß jede Abtreibungsentscheidung einer Frau, egal aus welchem (subjektiven) Grund sie erfolgt, zunächst als verantwortungslos- und gewissenlos eingestuft wird. Im Bereich der Abtreibung gilt damit ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis: Das Grundgesetz

geht *prima facie* – bis zum Beweis des Gegenteils – vom gewissenhaften Menschen, von der eigenverantwortlichen Persönlichkeit³⁴ aus, der – eben deshalb – ein Schutz vor staatlicher Bevormundung garantiert ist. Diese Vorstellung ist elementar für das Menschenbild des Grundgesetzes. Es erlaubt keine generalisierende Unterstellung der Gewissenlosigkeit oder auch nur einer Gewissenhaftigkeit, die der Anleitung bedarf, um wirksam zu werden.

Daß das Frauenbild, das sich in der Frage der Verantwortlichkeit der Abtreibungsentscheidung fokussiert, so wenig in den rechtlichen Blick gekommen ist, hängt m.E. wesentlich mit der vom Bundesverfassungsgericht gewählten Entscheidungstechnik zusammen: Indem der Schutz des sich im Mutterleib entwickelnden menschlichen Lebens als Teil einer objektiven verfassungsrechtlichen Wertordnung erörtert und verankert wird, deren Folge eine „(grundsätzliche) Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft“³⁵ sein soll, werden die Bestandteile

32 vgl. z.B. die Erwägungen abtreibender Frauen, die von Brigitte Holzhauer, a.a.O., Seite 360, mitgeteilt werden. Als wichtigster Faktor bei der Abbruchentscheidung kann danach das familiäre Umfeld gewertet werden, das Frauen glauben, ihrem Kind (nicht) bieten zu können; ebenso Susanne von Paczensky, *Gemischte Gefühle*. Verlag C.H. Beck: München 1978, Seite 25 ff.

33 Nauck, *Neuregelung des Schwangerschaftsrechts*, Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit des Bundesrates am 17. April 1991 in Berlin, Hrsg. Bundesrat, Öffentlichkeitsarbeit, Seite 77–88, Seite 80

34 BVerfGE, Band 32, 98, 107

35 BVerfGE, a.a.O., Seite 416

dieser Ordnung zur immanenten Beschränkung der Persönlichkeitsrechte (schwangerer) Frauen. Das Grundrecht, auf das sich die Frau allenfalls berufen könne, nämlich Art. 2 GG, sei von vornherein nicht uneingeschränkt, sondern werde von den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz begrenzt (in Sonderheit dann, „wenn nach der Natur eine besondere Verantwortung gerade für dieses Leben bestehe“). Die Natur der Frau als immanente Grundrechtsschranke ihrer Persönlichkeitsrechte.

In Fällen von sog. Grundrechtskollisionen³⁶ aber ist in der Regel zunächst zu ermitteln, auf welche Grundrechte sich die einzelnen Grundrechtsträger berufen können und welchen Schutzbereich die einschlägigen Grundrechtsnormen haben. Erst wenn so der Umfang der Grundrechtspositionen der einzelnen Beteiligten ermittelt ist, wird nach dem „Prinzip des schonendsten Ausgleichs“ (auch „Prinzip der praktischen Konkordanz“) der Ausgleich zwischen den widerstrebenden Interessen gesucht. In der Entscheidung des BVerfG wird aber – unter Hinweis auf die Begrenzung des betroffenen Grundrechtes der Frau – von vornherein eine „Entscheidung zugunsten des Vorrangs des Lebensschutzes für die Leibesfrucht“³⁷ gefällt, ohne den Schutzbereich der betroffenen Grundrechte wirklich zu beschreiben und zu einem (schonenden) Ausgleich zu bringen.

Das BVerfG hat durch seine Entscheidung eine Dichotomie in einem Körper geschaffen³⁸, und zwar in einer biologischen Verkehrung, die rechtlich die Schwangere im Embryo und nicht den Embryo in

der Schwangeren ansiedelt. Statt die Menschenwürde, die Persönlichkeitsrechte (nicht nur Selbstbestimmungs- oder Freiheitsrechte) der Frau – mit der aktuellen oder potentiellen Fähigkeit zu gebären, die sie von anderen Menschen unterscheidet und gerade deshalb Teil ihrer – weiblichen – Persönlichkeit ist – und die Gleichheitsrechte von Frauen zu umschreiben oder dies wenigstens zu versuchen, hat das BVerfG solche Rechte nur in Abgrenzung zum – vorab als vorrangig definierten – Lebensrecht des Nasciturus erörtert.

Eine Konzeption aber, die „das Werden“ von menschlichem Leben nicht untrennbar mit der – physischen und psychischen – Schwangerschaftsleistung der Frau verbindet, verletzt ihre spezifische Würde (als Frau), ihre Persönlichkeitsrechte in einem umfassenden, ganzheitlichen Sinn. Damit menschliches Leben existiert, bedarf es nicht nur des Körpers, sondern der Bereitschaft, der Hingabe einer Frau: „Eine schwangere Frau kann auf keine passive Weise den Fötus leben lassen; sie muß mit ihrem eigenen Körper zu seiner Entstehung beitragen und ihn ernähren“³⁹. Zu Recht hat v. Renesse darauf hingewiesen, daß „die Vorstellung von der Schwangeren als bloßer Nährboden der Schwangerschaft... der Menschenwürde widersprechen“ und die Frau „zum bloßen Objekt degradieren“ würde.⁴⁰

Völlig unzureichend ist darüber hinaus die Erörterung der Grundrechte, die auf Seiten der Schwangeren tangiert sein könnten. Das BVerfG sieht nur „das Recht der Frau auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit“ betroffen, „welches die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn zum Inhalt hat und damit auch die Selbstverantwortung der Frau umfaßt, sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden“⁴¹. Zu Recht weist Köhler darauf hin, daß Konflikte zwischen ungeborenem Leben und einem konkret entwickelten (grundrechtlichen) Berechtigungsstatus der Frau, nicht aber eingebildete Kollisionen mit abstrakt-willkürlichem Selbstbestimmungstreben, das wirkliche, rechtsnormative Problem seien.⁴² Ein Sonderrechts-Pflichtverhältnis, das eine erzwingbare Rechtspflicht zur Austragung des Kindes (oder wie v. Renesse schreibt: die erzwungene Hingabe⁴³) begründen würde, tangiert, wie Köhler überzeugend dargelegt, in mehrfacher Weise den Rechtskreis der schwangeren Frau: ihre Körperintegrität durch Inanspruchnahme der Schwangeren

36 nach Bethge: „Die Inanspruchnahme gleicher oder verschiedener Grundrechte durch verschiedene Grundrechtsträger mit der Folge gegenseitiger Freiheitsbeeinträchtigungen“ (Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, Seite 1 ff.; zitiert nach v. Münch, Grundgesetzkommentar, München: Beck Verlag 1985, Vorbem. Art. 1–19, Rdn. 44)

37 BVerfGE, a.a.O., Seite 416

38 grundlegend zur Entstehung des „öffentlichen Fötus“ Barbara Duden, in: § 218: Zu Lasten der Frauen, Paczensky/Sadrozinski (Hg.), Rowohlt Taschenbuch Verlag: Hamburg 1988, Seite 41–54, und Barbara Duden, Der Frauenleib als öffentlicher Ort, Luchterhand Literaturvertrieb: Hamburg, Zürich 1991

Die rechtshistorische Dimension beschreibt Jerouschek, GA 1988, Seite 483–492

Vgl. im Zusammenhang mit medizinisch-technischen Optionen und der sozialen Kontrolle in der Schwangerschaft auch van den Daele, Kritische Justiz 1988, Seite 16–31

Der Höhepunkt der „Verselbständigung“ des Fötus dürfte durch die Entscheidung des Berufungsgerichtes in Santa Ana erreicht sein, das einer Leihmutter das Sorgerecht allein mit der Begründung verweigert hat, sie habe keine genetische Verbindung zu dem Baby (TAZ vom 11.10.1991)

39 Ellen Willis, zitiert bei Rosalind Pollack Petchesky, Reproduktive Freiheit: Jenseits des ‚Rechts auf Selbstbestimmung‘, in: Denkverhältnisse, edition suhrkamp Frankfurt 1989, Seite 197

40 v. Renesse, a.a.O., Seite 322 und 324

41 BVerfGE a.a.O., Seite 416

42 Köhler, a.a.O., Seite 441

43 v. Renesse, a.a.O., Seite 324

– bei ungewollten Schwangerschaften gegen ihren Willen, verbunden mit einer Inanspruchnahme ihrer (Arbeits-) Kraft, die andere Tätigkeiten in gewissem Umfang ausschließt, ihren Anteil an den materiellen (Eigentums-) Berechtigungen und ihre Handlungsfreiheit.⁴⁴ Und weitergehend, so meine ich, auch das Gleichberechtigungsstatut und ihr Elternrecht.

Die Abtreibungsentscheidung ist nämlich auch Wahrnehmung der Elternverantwortung – nicht nur deren Verneinung. Im übrigen geht es nicht an, daß bei Frauen fraglos eine Rechtspflicht zur Elternschaft, eine Pflicht zur Austragung infolge Empfängnis, rechtlich fixiert wird, während Elternschaft beim Mann ein Willensakt ist, sei es, daß er durch Heirat zur gemeinsamen elterlichen Sorge sich verpflichtet, sei es, daß er sich im übrigen zur Übernahme von Vaterpflichten entscheidet, abgesehen von seinen Zahlungsverpflichtungen, ohne Rechtspflicht, meint auch ohne soziale Vaterpflicht.⁴⁵

Gleichberechtigung muß aber auch Kongruenz der Lebenschancen bedeuten und kann schon deshalb nicht die Folgen einer – von beiden Partnern zu verantwortenden – fehlgeschlagenen Verhütung rechtlich allein der Frau überbürden. Deshalb bedarf die Fixierung (rechtlicher) Sonderpflichten, wozu auch die postulierte Pflicht zur Austragung einer Schwangerschaft gehört, nicht nur eines Rechtsgrundes⁴⁶, es muß auch deutlich gemacht werden, daß im Abtreibungsurteil geschlechtsspezifische „besondere Gewaltverhältnisse“ statuiert wurden. Daß ein Begriff von Frauenwürde entwickelt werden muß, der Frauen – prima facie – zugesteht, daß sie im Hinblick auf ihre (geborenen und ungeborenen) Kinder zu verantwortungsvollen Entscheidungen nicht nur in der Lage, sondern geeigneter sind als andere⁴⁷ und der Frauen wirkliche Chancengleichheit im Sinne von äquivalenten Teilhabemöglichkeiten eröffnet.

Es wird die Aufgabe der Zukunft sein, endlich ganzheitliche Würde-, Persönlichkeits- und Gleichheitsvorstellungen zu formulieren, die die Schwangerschaft einer Frau nicht länger als Persönlichkeitspaltung interpretieren; in denen nicht allen Ernstes

die (auch ungewollte) Schwangerschaft als etwas von der Frau Verschiedenes betrachtet wird, so daß sich in der Gebärmutter des „anderen Geschlechts“ plötzlich „ein Anderer“ i.S.d. Gesetzes wiederfindet. Von der Beschreibung der Frau als ganzheitliches Wesen (auch im Sinne des Grundgesetzes) ist abhängig, welche staatlichen Regelungs- und Eingriffsbefugnisse im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs legitimiert werden können.⁴⁸

C. Die DDR-Fristenregelung

Hier spannt sich der Bogen zu einer weiteren Fragestellung: dem – verfassungsrechtlichen – Umgang mit erworbenen Rechtspositionen von Frauen. Ein sehr plastisches Beispiel ist die Diskussion um die Verfassungswidrigkeit der derzeit (noch) in der ehemaligen DDR geltenden Fristenregelung.

In der gegenwärtigen Diskussion wird – ohne „weiteres Wort“⁴⁹ – davon ausgegangen, die in der DDR geltende Regelung sei mit dem Grundgesetz nicht vereinbar und deshalb verfassungswidrig.⁵⁰

Aber auch die DDR-Fristenregelung kann allenfalls im Rahmen der vom BVerfG geforderten „Gesamtbetrachtung“ als verfassungswidrig klassifiziert werden, die sich nicht auf die Regelungen im Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft beschränken darf, sondern auch die sozialpolitischen Maßnahmen einzubeziehen hat, die in der DDR vorgehalten worden waren. Als da sind⁵¹:

– der unentgeltliche Zugang zu „ärztlich verordneten schwangerschaftsverhütenden Mitteln“ für sozialversicherte Frauen (§ 4 Abs. 2), einschließlich der

44 dazu Köhler a.a.O., Seite 452

45 Besonders deutlich wird diese Grundhaltung in einer Entscheidung des OLG Celle. Dort wurde entschieden, daß „auch ein Ehemann, der einer heterologen Insemination zugestimmt hat, nicht in eine Vaterrolle gezwungen werden (darf), die er innerlich nicht mehr zu übernehmen bereit oder in der Lage ist.“ OLG Celle (Az.: 15 U 7/91) zitiert in: Saarbrücker Zeitung vom 17.12.1991

46 so auch Köhler, a.a.O.,

47 so wirft auch Walter Wallmann in seinem Beitrag für den SPIEGEL die Frage auf, warum (Indiziertheits-) Entscheidungen Dritter moralischer und begründeter sein sollen als die der Mutter

48 sehr interessant in diesem Zusammenhang Köhler, a.a.O. der die einzelnen Indikationen „als Mangel oder Grenze autonomer (nicht: willkürlicher) Übernahme des Familienverhältnisses zum Ungeborenen“ beschreibt (Seite 466); ähnlich auch v. Renesse, aaO, die den Selbstabbruch als Unterlassung der von der Schwangeren geschuldeten Hingabe an das sich entwickelnde Menschenleben definiert. Da aber etwas, wozu die Frau sich nicht einmal freiwillig verpflichten könne (Austragung einer Schwangerschaft im Fall einer Leihmutterchaft), nicht durch das Strafrecht erzwungen werden könne, sei insoweit die Personenwürde der Frau eine unübersteigbare Grenze, die gleichzeitig die Opfergrenze bilde, bis zu der man der Frau gegen ihren Willen mit den Mitteln des Strafrechts die Austragung einer Schwangerschaft auferlegen könne. Die Folge sei, daß das Strafrecht gegen sie nicht angewendet werden könne (Seite 323 f.); dazu auch Classen, GA 1991, Seite 209, 213 ff.

49 Schünemann, ZRP 1991, Seite 379

50 vgl. z.B. Classen, in: GA 1991, Seite 209, 217 und 222; Eser, in: GA 1991, Seite 243, 253, insbesondere 262; ebenso Schünemann, in: ZRP 1991, 379, 383 ff.

Verpflichtung des Arztes beim medizinischen Beratungsgespräch über Möglichkeiten und Methoden der Schwangerschaftsverhütung zu beraten (§ 4 Abs. 2 Satz 2 der DB),

– der faktisch in der ehemaligen DDR realisierte Anspruch auf Kinderbetreuung⁵²,

– ergänzende arbeitsrechtliche Regelungen, die die Betreuung der Kinder – ohne Nachteile für die Erwerbsarbeit – sicherstellten: Freistellung bis zur Vollendung des ersten Lebensjahres des Kindes – ab dem dritten Kind sogar bis zum 18. Lebensmonat – sowie Freistellung bis längstens 3 Jahre nach der Geburt des Kindes, wenn kein Krippenplatz zur Verfügung stand (§ 246 GBA).

– Die Freistellung erfolgte in der Regel zu den Bedingungen einer existenzsichernden Mütterunterstützung, die 65–90% des Durchschnittsnettoverdienstes betrug.

– Das Kindergeld war – trotz niedrigerer Einkommen in der ehemaligen DDR – mit 50 DM für das erste, 100 DM für das zweite und 150 DM ab dem 3. Kind höher als in der ehemaligen BRD. Ergänzend gab es noch Familiengründungsdarlehen und Geburtshilfe.

– Besonderes Gewicht lag auf der Maßnahme zur Vereinbarkeit von Elternschaft und beruflicher Existenzsicherung: Ausdrücklich sollten Frauen mit Kindern bei der Aus- und Weiterbildung unterstützt werden (§ 241 GBA), und zwar auch während der Freistellung. Die Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Freistellung – entsprechend den Vereinbarungen des Arbeitsvertrages – war garantiert (§ 247 GBA); außerdem galt für Schwangere und Mütter ein besonderer Kündigungsschutz (§ 250 GBA). Frauen „mit familiären Verpflichtungen“ konnten Teilzeitarbeit beantragen (§ 160 GBA).

– Bei Erkrankung der Kinder bestand ebenfalls die Möglichkeit, bezahlte Freistellung (bis zu 13 Wochen) in Anspruch zu nehmen (§ 186 GBA).

51 die Zusammenstellung beruht auf den Angaben bei Höhn/Schubnell, Bevölkerungspolitische Maßnahmen und ihre Wirksamkeit in ausgewählten europäischen Industrieländern (II), Zeitschrift für Bevölkerungspolitik, Heft 2/1986, Seite 185 ff., Seite 190; Radtke, DDR-Frau – quo vadis, FuR, Heft 6/1990, Seite 344 ff.; Scheurer, Überblick über bisherige familienpolitische Leistungen in der DDR, STREIT Heft 3/1990, Seite 118 f.; Winkler, Zum System der sozialen Sicherung der DDR, Arbeit und Sozialpolitik, Heft 2/1990, Seite 48 ff.; Lammich, Landesbericht DDR, in: Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 1988, Seite 325 ff., Seite 366

52 Bei den Kinderkrippen war etwa 90% des Bedarfs, bei den anderen Kinderbetreuungseinrichtungen, Kindergärten und Kinderhorten, sogar 100% des Bedarfs gedeckt, siehe: Radtke, aaO, Seite 346

– Bei der Rentenberechnung wurde pro Kind 1 Arbeitsjahr – auf der Basis des Durchschnittsverdienstes – angerechnet, ab dem 3. Kind sogar 3 Jahre. Zeiten der Freistellung wurden wie versicherungspflichtige Tätigkeiten behandelt.

Eine solche Prioritätensetzung, die – zugunsten einer liberaleren strafrechtlichen Regelung – sozialpolitischen Maßnahmen den Vorrang gibt, ist – nach den ausdrücklichen Feststellungen des BVerfGs – verfassungsrechtlich nicht nur gebilligt, sondern geboten. Gerade die Frage der Existenzsicherung trotz Mutterschaft ist eine wesentliche Entscheidungsbedingung im Schwangerschaftskonflikt.⁵³ Anders als auf die – ebenfalls entscheidungserhebliche – Stabilität der Partnerschaftsbeziehung kann hierauf sozialpolitisch Einfluß genommen werden. Dementsprechend war die „Erwerbsarbeit von Frauen“ in der ehemaligen DDR „fast ausschließlich Erwerbsarbeit von Müttern“⁵⁴.

Die in der ehemaligen DDR vorgehaltenen Leistungen decken sich in vielen Bereichen mit den Vorschlägen, die im Rahmen der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruches diskutiert werden⁵⁴: Die Forderung nach einer unentgeltlichen Abgabe von Verhütungsmitteln erheben sowohl die F.D.P.⁵⁵ als auch die SPD⁵⁶. Ebenso enthalten alle drei Gesetzesanträge einen Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz.⁵⁷ Die Betreuung der Kinder soll darüber hinaus durch Freistellungsmöglichkeiten im Rahmen des sog. „Erziehungsurlaubs“ bei gleichzeitiger Erziehungsgeldleistung⁵⁸ sichergestellt werden, aller-

53 vgl. Brigitte Holzhauer, Schwangerschaft und Schwangerschaftsabbruch, Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut, Band 38, Freiburg 1989, insbesondere Seite 279 ff.

54 vgl. BT-Drs. 12/551 (Entwurf eines Schwangeren- und Familienhilfegesetzes der Fraktion der FDP); BT-Drs. 12/841 (Entwurf eines Familien- und Schwangerenhilfegesetzes der Fraktion der SPD); BT-Drs. 12/1178 (neu) (Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des ungeborenen Lebens der Fraktion der CDU/CSU); vgl. auch Abschlußbericht der Kommission zum verbesserten Schutz der ungeborenen Kinder des bayrischen Landtags (Lt-Drs. 10/11 305) und den Entwurf zum „Konzept der Landesregierung Nordrhein-Westfalen für soziale Maßnahmen im Rahmen der geplanten Neuregelung des § 218 StGB“

55 Artikel 2, § 24 a SGB V des FDP-Entwurfs

56 Artikel 18, § 200 e Abs. 2 RVO des SPD-Entwurfs

57 Artikel 4, § 24 KJHG des SPD-Entwurfs, ähnlich Artikel 5 des FDP-Entwurfs und Artikel 9 des CDU/CSU-Entwurfs

58 Artikel 2, § 15, § 4 Abs. 1 BErzGG des CDU/CSU-Ent-

wurfs, ähnlich Artikel 6, § 4 Abs. 1 BErzGG des FDP-Entwurfs und Art. 2 § 15 Abs. 1 Satz 2 BErzGG des SPD-Entwurfs sehen eine Ausdehnung des „Erziehungsurlaubs“ bis zum 3. Lebensjahr des Kindes vor

dings mit dem wichtigen Unterschied gegenüber der ehemaligen DDR, daß in dieser Zeit kein existenzsicherndes Einkommen erzielt werden kann⁵⁹. Auch bei den Vorschlägen zu familienpolitischen Leistungen zeigen sich Parallelen: Der Mehrheitsentwurf der CDU/CSU schlägt – in Anlehnung an die Geburtshilfe der ehemaligen DDR – ein Familiengeld von 1.000 DM bei der Geburt eines Kindes vor⁶⁰. Vergünstigte Kredite für Schwangere und junge Familien, wie es sie auch in der DDR gab, sieht der Entwurf der SPD vor.⁶¹ Auch eine Vorrangregelung bei der Wohnungsvergabe für Menschen mit Kindern, wie sie in der DDR für kinderreiche Familien geregelt war, wird von allen drei Parteien befürwortet.⁶²

Unterschiede in der Art der vorgeschlagenen Maßnahmen und in deren Umfang – nicht aber in deren grundsätzlicher Zielrichtung – ergeben sich bei den Vorschlägen zur Existenzsicherung von Frauen mit Kindern. Während die ehemalige DDR die Existenzsicherung durch weitreichende gesetzliche Regelungen zur Vereinbarkeit von Beruf und Mutterschaft zu lösen versuchte, werden Maßnahmen zur Existenzsicherung in der – vereinigten – BRD (und auch in den Vorschlägen zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruches) vor allem durch private Lösungsansätze – mit gewissen staatlichen Kompensationen – realisiert. Der Existenzsicherung dienen – in Anbetracht der gesellschaftlichen Schwierigkeiten bei der Vereinbarkeit von Familie und Beruf – vor allem die Vorschläge zur Ausdehnung des Unterhaltsvorschusses⁶³ sowie zur Erhöhung der Mehrbedarfzuschläge in der Sozialhilfe⁶⁴, aber auch die Erziehungsgeldleistungen, obwohl bei all diesen Leistungen ernstlich nicht von Existenzsicherung gesprochen werden kann.

Maßnahmen, die sich im engeren auf die familienfreundliche Organisation des Arbeitslebens beziehen, betreffen insbesondere die Teilzeitarbeit⁶⁵, die berufliche Wiedereingliederung von Frauen nach Familienphasen⁶⁶ und Möglichkeiten der Aus- und Fortbildung⁶⁷.

Die dargestellten sozialpolitischen Leistungen der ehemaligen DDR, deren (Wieder-)Einführung nunmehr diskutiert wird, sind aber erst durch einen Akt des Gesetzgebers, nämlich das Zustimmungsgesetz zum Einigungsvertrag, außer Kraft gesetzt worden.

Damit geht die gegenwärtige Diskussion erkennbar den umgekehrten Weg, wie ihn das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1975 vorgegeben hat. Während diese Entscheidung einen Vorrang der Sozialpolitik vor dem Strafrecht postuliert hat, wurden durch den Einigungsvertrag sozialpolitische Leistungen beseitigt und gleichzeitig eine strafrechtliche Neuregelung – nicht zuletzt unter Hinweis auf die (scheinbar) verfassungswidrige Fristenregelung in der ehemaligen DDR – angestrebt. Die Repression erhielt erkennbar den Vorrang vor der Prävention – nicht zuletzt, weil sie billiger ist.

Diese Prioritätensetzung ist durch die Entscheidung des BVerfG verfassungsrechtlich nicht gedeckt. Der Vorrang der Prävention, der Sozialpolitik, vor der Repression, dem Strafrecht, ist nicht nur Recht, sondern Pflicht des Gesetzgebers. Eine umgekehrte Prioritätensetzung ist verfassungswidrig, weil nicht verhältnismäßig. Zum Mittel des Strafrechts darf erst gegriffen werden, „wenn der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise zu erreichen ist“⁶⁸. Damit ist dem Gesetzgeber die Möglichkeit genommen, durch die Beseitigung sozialer Leistungen einen „Zwang zum Strafen“ herbeizuführen. Die Berufung auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit der – ihrer sozialen Flankierung beraubten – DDR-Fristenregelung, ist ein „venire contra factum proprium“, eine unzulässige Rechtsausübung. Rechtliche Konsequenz: Der materielle Gehalt der DDR-Fristenregelung bildet m.E. eine – rechtliche – Untergrenze, hinter die bei der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs nicht zurückgegangen werden darf. Heißt: Fristenregelung ohne strafbewehrte Beratung und Straffreiheit für die Frau.

63 vgl. Art 9 des FDP-Entwurfs; Art. 3 des SPD-Entwurfs und Art. 5 des CDU/CSU-Entwurfs

64 vgl. Art 10 des FDP-Entwurfs; Art. 9 des SPD-Entwurfs und Art. 7 des CDU/CSU-Entwurfs

65 Das „Recht auf Teilzeitarbeit“ (§ 160 Abs. 2 GBA) wird zwar in keinem der Entwürfe in Erwägung gezogen, allerdings gab es innerhalb einer Arbeitsgruppe der nordrheinwestfälischen Landesregierung Überlegungen, die entsprechenden Regelungen in den Beamtenengesetzen auch auf Arbeiterinnen und Angestellte auszudehnen. Immerhin sieht aber der SPD-Entwurf ein Diskriminierungsverbot für Teilzeitarbeitskräfte vor (Artikel 12, § 630 a BGB des SPD-Entwurfs).

66 vgl. Art. 7 des FDP-Entwurfs; Art. 10 des SPD-Entwurfs und Art. 12 des CDU/CSU-Entwurfs

67 Artikel 10, Vorschläge zur Änderung des AFG

68 BVerfGE, a.a.O., Seite 418

59 Nur während der ersten 18 respektive 24 Lebensmonate soll überhaupt Erziehungsgeld in Höhe von 800 DM gezahlt werden. Lediglich die SPD will das Erziehungsgeld für ledige, geschiedene und verwitwete Elternteile auf 1000 DM erhöhen (Artikel 2, § 5 Abs. 1 BErzGG).

60 Artikel 3 des CDU/CSU-Entwurfs: Gesetz zur Gewährung eines Familiengeldes

61 Artikel 6 des SPD-Entwurfs: Gesetz über die Gewährung von Krediten zu vergünstigten Bedingungen an schwangere und junge Familien

62 Artikel 7 des SPD-Entwurfs, Artikel 12 des FDP-Entwurfs und – eingeschränkt auf Schwangere Frauen – Artikel 16 des CDU/CSU-Entwurfs