

Dagmar Oberlies

„Die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie allein entscheidet“

Rita Süßmuth

Über Mitwirkungsbefugnisse und Beweislastverteilung beim Schwangerschaftsabbruch

Die Erkenntnis, daß das Strafrecht nicht (oder zumindest nicht allein) vor Abtreibungen schützt, gehört längst auch zum Repertoire derer, die sich dem Schutz sog. „ungeborener Kinder“ verschrieben haben. Folgerichtig haben sie ihren „Kampf gegen den § 218“ auf fast alle Rechtsgebiete ausgedehnt.

Neidvoll muß den Abtreibungsgegnern dabei ein durchaus kreativer Umgang mit dem Recht attestiert werden. Fleißig sind sie überdies. Hinzu kommt, daß sie in einer Weise an die Unverbrüchlichkeit des Rechts als „objektiver Verordnung“ glauben, die es ihnen erlaubt, ihre Rechtsauffassung nicht nur sehr nachdrücklich, sondern auch als zwangsläufige und einzig mögliche Folge der Gesetzesanwendung und Rechtsauslegung darzustellen, in einigen Fällen sogar mit dem unschätzbaren Vorteil, an der entscheidenden Stelle zu sitzen – trotz ihrer „Militanz“.

Gleiches kann von denjenigen, die unerschütterlich, auch 12 Jahre danach, noch die vollständige und ersatzlose Abschaffung des § 218 fordern, (ich denke hier vor allem an die unbelehrbaren Feministinnen) wohl kaum behauptet werden: Kreativität ist kein Begriff, den sie mit dem Recht in Verbindung bringen würden. Ihr Glaube an das Recht ist brüchig, erst recht hilft ihnen keine objektive Werteordnung. An entscheidenden Stellen sitzen sie mit steigender Militanz eher selten (im Zweifel sinkt die Militanz mit dem Aufstieg).

Gäbe es nicht einige Liberale, die Abtreibungsgegnern hätten die Rechts-Entwicklung im Bereich der Abtreibung noch viel nachhaltiger beeinflussen können.

Zu den Urteilen und Aufsätzen der letzten Jahre, die sich mit der Rechtslage im Bereich der Abtreibung befassen, fällt mir zunächst nur Schauerliches ein: Der Vorlagenschluß des SG Dortmund¹ betreffend die „Abtreibung auf Krankenschein“, der Beschluß des AG Köln², mit dem dem Vater das alleinige Sorgerecht für das Ungeborene übertragen wurde, zu dem ausschließlichen Zweck, der Mutter den Schwangerschaftsabbruch zu untersagen, zwei Entscheidungen des ArbG Iserlohn³ über die (Nicht-) Lohnfortzahlung nach einem Schwangerschaftsabbruch, jetzt die Entscheidung des VormG Celle⁴, die einer 17-jährigen – unter Androhung von Zwangsgeld – einen Abbruch untersagte, der Aufsatz von

von Hippel in der JZ⁵, die Anmerkung von Dagmar Coester-Waltjen⁶, in der begründet wird, daß durch den Schwangerschaftsabbruch auch Vaterrechte (aus Art. 6 GG) verletzt würden und jüngst der Beitrag von RA Philipp in Heft 37 der NJW, der glaubt, die Krankenkassen hätten die Nicht-Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs zu prüfen, bevor die Abbruchkosten übernommen werden dürften.

Die Liberalen ihrerseits waren vorwiegend, aber auch hinlänglich, damit beschäftigt, das Schlimmste zu verhindern: Jede dieser Gerichtsentscheidungen fand mehr Kritik als Zustimmung und, das ist ganz besonders wichtig, keine Entscheidung hielt stand, wenn ein Rechtsmittelgericht (oder das BVerfG) mit den jeweiligen Auslegungs- und Rechtsanwendungsfragen befaßt war. Dies gilt für die Entscheidung des SG Dortmund⁷ ebenso wie für die jüngste Entscheidung des ArbG Iserlohn. „Bleibend“ waren die Entscheidungen nur da, wo die Frauen sie hingenommen haben. Hinzu kommt, daß 5 solcher Entscheidungen (darunter nur 2, die tatsächlich zu ungewollten Geburten führten,) in annähernd 5 Jahren und in Anbetracht von geschätzten 300.000 Abtreibungen jährlich, die Abtreibungspraxis der BRD wohl kaum nachhaltig beeinflussen können. Das ist – von der Aufregung über die Entscheidung im Einzelfall einmal abgesehen – durchaus beruhigend.

Was also berechtigt eine feministische Zeitschrift, sich mit einer solch marginalen Erscheinung auseinanderzusetzen. Etwa die Tatsache, daß unser konservatives Gegenstück, die FamRZ, so hartnäckig auch die abwegigsten Entscheidungen der Abtreibungsgegnern veröffentlicht? Eher schon die Tatsache, daß solche Entscheidungen über die FamRZ Einzug in die Tagespresse (allen voran die linke Tageszeitung) nehmen und auf diesem Wege nicht nur eine ganze Reihe „abtreibungswilliger“ Frauen verunsichern könnten, sondern auch eine merkliche Ungewißheit über die Rechtslage entstehen lassen, die eine feministische Rechtszeitschrift sicherlich zuallererst beiseitigen muß.

Hinzu kommt, daß zwar gerade im Bereich der Abtreibung eine ganze Reihe rechtlich fragwürdiger Entscheidungen ergangen sind, andererseits aber auch gesehen werden muß, und nicht unterschätzt werden darf, was der geltende § 218 alles möglich macht: Solange er die Rechtmäßigkeit der Abtrei-

1 SG Dortmund in STREIT 1/83, S. 1 mit Anmerkung von Dagmar Oberlies

2 AG-VormG Köln, FamRZ 85/ 519

3 ArbG Iserlohn, FamRZ 86/ 1097 und NJW 87/ 1509

4 AG-VormG Celle, FamRZ 87/ 738

5 von Hippel: Besserer Schutz des Embryos vor Abtreibung, JZ 86/ 53 ff.

6 Dagmar Coester-Waltjen, NJW 85/ 2175 ff.

7 vgl. STREIT 3/84, S. 99

bung vom Vorliegen bestimmter Gründe abhängig macht, birgt er auch die (latente) Möglichkeit in sich, daß jeder, der mit irgendeiner Rechtsprüfung befaßt ist, bei der § 218 eine Rolle spielt, sich im Rahmen der sogenannten Rechtmäßigkeitsprüfungen anmaßen darf, die Gründe der Frau für ihre Entscheidung zu überprüfen und sie mit eigenen Bewertungen (und weitreichenden Konsequenzen für die betroffene Frau) anzureichern. Dabei brauchen die „Rechtmäßigkeitsprüfer“ auch kaum rechtsschöpferisch tätig zu werden, und zwar selbst dann nicht, wenn sie zu einer restriktiven Anwendung des § 218 neigen, weil das BVerfG-Urteil, die Protokolle der BT-Beratungen und die Kommentierungen zum § 218 einen echten Fundus an restriktiven Argumenten zur Verfügung stellen.

Der geltende § 218 eröffnet die Möglichkeit zur Restriktion, wann immer dies zweckmäßig erscheint. Der § 218 ist zu Zeiten eine lange Leine, immer aber eine Leine. Allein diese Tatsache würde die dogmatische Auseinandersetzung schon zur feministischen Pflichtübung machen (durchaus im preußischen Sinne, denn der Spaß ist den meisten Feministinnen längst vergangen); kommt aber noch hinzu, daß Meinungen, die vor kurzem noch als abwegig gelten konnten, schnell zu Ehren kommen können.

Ein Beispiel ist die Frage, ob die Eingriffsvorschriften des Vormundschaftsrechtes auf Ungeborene Anwendung finden können. War das Meinungsbild nach der Entscheidung des AG Köln noch recht einheitlich gegen eine solche Anwendung, hat eine Anmerkung von Dagmar Coester-Waltjen dem VormG Celle Argumente zur Anwendung des § 1666 auf das Ungeborene an die Hand gegeben. Solange solche Entscheidungen rechtskräftig werden, schaffen sie faktisch Recht und zwingen zur Widerlegung der Argumente.

Eine zusätzliche Dimension eröffnen insbesondere die vormundschaftsgerichtlichen Entscheidungen im Hinblick auf rechtliche Konstruktionen bei künstlicher, menschlicher Reproduktion: Mit den hier besprochenen Entscheidungen des VormG Köln und des VormG Celle wird

1. der „Schutz“ – tatsächlich die Eingriffsbefugnisse in Mutterrechte : vor den Zeitpunkt der Geburt vorverlegt und
2. das Kind (einmal mehr) vor seiner Mutter geschützt.

Damit wird die rechtliche Trennung von Mutter und Kind, von Mutter und Embryo, weiter festgeschrieben. Anders als die herrschende Ideologie dies darstellt, ist dies zwar nicht Voraussetzung für einen effektiven Schutz des Embryos, dieser wäre besser gewährleistet, wenn der Embryo als Teil der Mutter angesehen würde. Tatsächlich ist die Subjektqualität des Embryos, die ihm originär zugeschriebene *Rechtsstellung*, sein (ungeborener) Mensch-Status, die logische und rechtliche Voraussetzung dafür, Eingriffsbefugnisse unabhängig von der Mutter oder gar ge-

gen sie zu formulieren.⁸ Im Bereich des § 218 zeigt sich der patriarchale Revanchismus eben immer noch prototypisch.

Wie also revanchiert sich der patriarchale Rechtswortanwender an dem Sinnbild weiblicher Selbstbestimmung: der Abtreibungsentscheidung?

Es fällt auf, daß die Verschärfung des § 218 außerhalb des § 218 stattfindet. Keine mir bekannte Entscheidung und kein mir bekannter Aufsatz betrifft den § 218 unmittelbar. Ein Prinzip, dem auch das neue Beratungsgesetz folgt.

Gemeinsam ist den derzeitigen Bestrebungen auch der Versuch, immer mehr Menschen und Institutionen an der Abtreibungsentscheidung der Frau zu beteiligen und innerhalb der (immer weiter ausgedehnten) Verfahren die Darlegungslast, insbesondere im Bereich der sozialen Indikation, zu Lasten der abtreibungswilligen Frau auszudehnen. So hat z. B. RA Philipp in der NJW die Auffassung vertreten, daß die Krankenkassen die Nichtrechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs ausdrücklich zu prüfen und positiv festzustellen haben; die Unerweislichkeit der Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs gehe zu Lasten der Frau. Hier trifft sich RA Philipp mit Rita Süssmuth, die in einem Interview sagte, „Die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie in Fällen von Leben und Tod (gemeint ist die Abtreibung, die Verfin.) allein entscheidet.“⁹

Durch die Ausdehnung der Mitwirkungsbefugnisse und die Erweiterung der Darlegungslast wird auf einfache Art und Weise das Risiko erhöht, und zwar nicht nur das Kostenrisiko wie bei der Frage der Abtreibung auf Krankenschein, sondern ganz allgemein das Risiko, der Schwangerschaftsabbruch könne bei irgendeiner (Rechtmäßigkeits-)Prüfung als rechtswidrig „aufgedeckt“ werden. Ganz abgesehen von der (sadistisch-anmutenden) Nebenfolge, daß sich die Frau in einem unüberschaubaren langen Zeitraum gegenüber immer mehr, in der Regel unbekannten, Menschen erklären und rechtfertigen muß. In diesem Zusammenhang einer „Bürokratisierung des Verfahrens“, der Ausdehnung der Darlegungslast zulasten der Frau und der Tendenz, immer mehr Menschen an der Abtreibungsentscheidung zu beteiligen, gehört das zukünftige Beratungsgesetz (dazu unten Teil III) ebenso, wie die Frage, „dürfen Krankenkassen die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt unterstellen?“ (unten I), aber auch das umstrittene Urteil des AG-VormG Celle, mit dem einer 16-jährigen unter Festsetzung eines Zwangsgeldes der Schwangerschaftsabbruch untersagt wurde (dazu unten II).

8 siehe dazu die Beiträge von Jutta Bahr-Jendges und Dagmar Oberlies auf dem 13. fem. Juristinnentag, in: STREIT 3/87 sowie die Beiträge zur Gentechnologie, zur „Embryonenschutzgesetzgebung“ und zur Leihmutterchaft im nächsten Heft (STREIT 1/88).

9 „Heute in der Presse“ vom 6.8.1987, hg. vom Presseamt des BuMiJFFG

I

„Dürfen Krankenkassen die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt unterstellen?“ In diesem Beitrag von RA Philipp in der NJW¹⁰ geht es um die Praxis der Krankenkassen, die in einer gemeinsamen Richtlinie bestimmt haben, daß „bei einem Schwangerschaftsabbruch, sofern nicht besondere Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Rechtswidrigkeit bestehen, die Krankenkassen die Rechtmäßigkeit grundsätzlich unterstellen können, sofern die Maßnahme durch einen Arzt durchgeführt wird.“ Philipp meint nun, „die Krankenkasse darf ihre Leistung nur gewähren, wenn sie *Nichtrechtswidrigkeit* positiv festgestellt hat“. Er schließt dies daraus, daß die Nichtrechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs als Leistungsvoraussetzung eine bewußte, weil besonders umkämpfte Entscheidung des Gesetzgebers gewesen sei, „die nur das Ziel haben konnte, in jedem Einzelfall die Rechtmäßigkeitsprüfung besonders zu sichern.

Naheliegender ist allerdings, daß der Bundesrat durch diese Formulierung die versicherungsrechtlichen Regelungen der Entwicklung des strafrechtswissenschaftlichen Streites um die soziale Indikation als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund¹¹ offenhalten wollte. Hätte sich die Strafrechtsdogmatik für die soziale Indikation als bloßen Schuldabschließungsgrund entschieden, dann wären Schwangerschaftsabbrüche aufgrund sozialer Indikation „ganz von selbst“ aus dem Leistungskatalog der Krankenkassen herausgefallen. Schließlich darf in diesem Zusammenhang auch nicht vergessen werden, daß die Kath. Kirche immer wieder gefordert hat, die soziale Indikation durch eine entsprechende Klarstellung in § 218 a StGB ausdrücklich als bloßen Entschuldigungsgrund auszugestalten. Auch dadurch wäre ohne weiteres der krankenversicherungsrechtliche Leistungsumfang eingeschränkt worden.

Mit diesem „Trick“ hat z.B. das ArbG Iserlohn¹² in einer (mittlerweile vom LAG Hamm aufgehobenen) Entscheidung die Lohnfortzahlung nach einer Abtreibung mit der Begründung abgelehnt, die Arbeitsunfähigkeit werde bei einem Schwangerschaftsabbruch schuldhaft herbeigeführt; die Abtreibung sei im Falle der sozialen Indikation zwar straflos aber gleichwohl rechtswidrig. Aus rechtswidrigem und schuldhaftem Handeln sei aber kein Anspruch auf Lohnfortzahlung herzuleiten. Nur wenn feststehe, daß der Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig war, werde das nicht vorhandene Verschulden an der Arbeitsunfähigkeit fingiert.

Philipp weist uns in seinem Aufsatz weiter darauf hin, daß bei der Rechtswidrigkeitsprüfung

der Untersuchungsgrundsatz gelte, die Krankenkasse habe die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs von Amts wegen zu ermitteln – die Nichterweislichkeit gehe zu Lasten der Frau. „Ein Rechtsanspruch auf Sachleistung ‚Abbruch der Schwangerschaft‘ besteht nur dann, wenn sich die Krankenkasse und die kassenärztliche Vereinigung pflichtgemäß davon überzeugt haben, daß der Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig ist“, folgert Philipp.

Aufschlußreicher als die Behauptung Philipps: „Die Rechtslage ist eindeutig so“ und dies entspreche „allgemeinen Grundsätzen der Leistungsverwaltung“ ist die Antwort auf die Frage, wer ist RA Philipp?

Er war der Anwalt von Ursula Zöllner, die vor dem SG Dortmund gegen die Abtreibung auf Krankenschein klagte; er ist Unterstützer des Heidelberger Manifests, Festredner des Schutzbundes für das Deutsche Volk und Autor eines anderen Beitrags in der NJW, wo er die Abschaffung von Art 16 GG forderte.^{12a}

Man kann sich fragen, was passieren würde, wenn irgendwelche Sachbearbeiter bei irgendwelchen Krankenkassen und die Prüfer der kassenärztlichen Vereinigungen Ermittlungen über die Nicht-Rechtswidrigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen durchführen dürften. Was, wenn sie sogar, wie Philipp behauptet, rechtlich dazu gehalten wären?

Nach Zwangsberatung und Notlagenermittlung noch eine Chance zur Inquisition – und noch eine Unwägbarkeit. Mit der Bürokratisierung des Verfahrens, der Ausdehnung inquisitorischer Bestandteile und der Einbeziehung immer neuer Entscheidungsträger in das Verfahren scheint sich die Hoffnung zu verbinden, daß die Verhinderungen schließlich groß genug sein könnten, um tatsächlich Einfluß auf die Abtreibungsentscheidung zu nehmen. Ganz deutlich zielt alles darauf ab, immer mehr Schwellen aufzubauen; der Schwangerschaftsabbruch muß ein Risiko bleiben; Rechtssicherheit soll deshalb unter allen Umständen vermieden werden. Erreichbar erscheint dies dadurch, daß immer mehr Menschen mitreden, sogar mitbestimmen dürfen. Die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens steht für die Frau bis zuletzt, bis hin zur Leistung der Krankenkasse, zur Disposition. Das ist nicht nur ein rechtliches, sondern vor allem ein moralisch-ethisches Moment: bis zuletzt muß die Angst bleiben, etwas Un-Rechtmäßiges zu tun.

II.

In diesem Sinne passen dann auch die vor-mundschaftsgerichtlichen Entscheidungen der AGE Köln¹³ und Celle¹⁴ ins Bild.

10 RA Philipp in: NJW 87/ 2275 ff.

11 Dreher/Tröndle, Komm. zum StGB, vor § 218 Rd. 9, m.w.N.

12 ArbG Iserlohn wie Fn. 3; aufgehoben durch das LAG Hamm, LAGE §1 LohnFG, Nr. 15

12a siehe dazu: Sabine Wendt, in: Kritische Justiz 83/202

13 AG-VormG Köln, wie Fn 2

14 AG-VormG Celle, wie Fn. 4

Das AG Köln hatte in einer (rechtswidrigen) Entscheidung¹⁵ das Sorgerecht für ein nichtgeborenes Kind nach § 1628 BGB allein auf den Vater übertragen, um ihm die Möglichkeit zu geben, gegen seine Ehefrau den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung des Schwangerschaftsabbruchs zu beantragen. Das war dann aber gar nicht mehr nötig: Der Arzt nahm Abstand und „die Frau ließ sich ebenfalls von ihrem Vorhaben abbringen“¹⁶, zumal sie bei Abschluß des VormG-Verfahrens bereits in der 10. Schwangerschaftswoche war.

In einer Anmerkung zu diesem Beschluß blieb es Dagmar Coester-Waltjen¹⁷, ihres Zeichens Mitglied des Deutschen Juristinnen-Bundes, vorbehalten, ein (grundrechtliches) Mitbestimmungsrecht des Vaters zu gebären: „Auf der Seite des Mannes werden durch den Schwangerschaftsabbruch sein Interesse an Fortpflanzung (sic!), sein Recht auf Erziehung und Gesellschaft seines Kindes tangiert. Diese Vaterrechte sind grundsätzlich von der Verfassung (Art. 6 I, II GG) garantiert und vom Staat zu schützen“. Diese Vaterrechte müssen allerdings, so die Konstruktion von Coester-Waltjen, „bei der Indikationslage dem Recht der Frau auf freie Gewissensentscheidung weichen“. Eine ganz andere Frage sei aber, „ob der potentielle Vater einen Schwangerschaftsabbruch, für den keine Indikationslage gegeben ist, durch Inanspruchnahme der Zivilgerichte verhindern kann“. Er kann (es zumindest versuchen), indem er das VormG auf einen beabsichtigten (möglicherweise) illegalen Schwangerschaftsabbruch hinweist. Das VormG müsse auf diese Anregung hin (oder auch von Amts wegen) seinerseits Maßnahmen zum Schutze des werdenden Lebens ergreifen.

Möglicherweise illegal ist nahezu jeder Abbruch im Rahmen einer sozialen Indikation, sei es auch nur mit dem Argument, die von der Frau geschilderte Notlage liege (objektiv) nicht vor. Anregen kann ein (von Amts wegen durchzuführendes) Verfahren jede/r.

Pikanterweise hält aber selbst Rita Süßmuth es für einen „fatalen Weg, wenn im Augenblick die Väter mitentscheiden könnten“, denn „nach Umfragen der Beratungsstellen versuchen sie bei einem Drittel der Fälle, die Mutter zum Abbruch zu bewegen“.¹⁸

In Fällen aber, wo die Männer/Väter wegen Unzuverlässigkeit ausfallen, ist von jeher das Vormundschaftsgericht als Über-Vater/Mann vorgesehen, denken wir nur an das Recht der nichtehelichen Mutterschaft. Als Wächter über das „Kindeswohl“ ist das Vormundschaftsgericht darüberhinaus die ideale Kontrollinstanz für unmoralische Mütter,

versehen mit dem unschätzbaren Vorteil, daß der Vormundschaftsrichter so etwas ist wie ein Abgeordneter in Sachen Kindeswohl: An Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur seinem Gewissen unterworfen.

In Richtung einer solchen gewissenhaften Rechtsauslegung weist der bereits erwähnte Beschluß des AG-VormG Celle vom 9.2.87.

Kurz zum Fall: Eine fast 17-Jährige, die seit 2 Jahren auf Veranlassung der Mutter im Heim lebte, wurde schwanger. Als sie die Schwangerschaft bemerkte, schluckte sie 21 Antibaby-Pillen, um einen Abort zu provozieren. Wegen der daraufhin auftretenden Schmerzen suchte sie einen Arzt auf, der die Schwangerschaft feststellte und eine Notlagenindikation bescheinigte, die er allerdings noch nicht unterschrieb, weil er sich zunächst die Darstellung der Minderjährigen durch die Mutter bestätigen lassen wollte. Eine Schwangerschaftskonfliktberatung fand ebenfalls statt. Die Mutter verweigerte zunächst ihre Zustimmung zum Abbruch der Schwangerschaft, worauf die Tochter die „Ersetzung“ der Einwilligung durch das VormG beantragte.¹⁹ Nach Abschluß des Anhörungstermins erklärte die Mutter jedoch, daß sie dem Abbruch nunmehr doch zustimmen würde.

Dies gab dem Verfahren eine interessante Wendung, denn das Gericht konnte es nun nicht mehr dabei bewenden lassen, festzustellen, daß „der Sachverhalt dem Gericht keine Veranlassung (gibt), im Wege vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen das der Mutter zustehende Sorgerecht einzuschränken und (...) der Minderjährigen zur Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch zu verhelfen“²⁰, vielmehr sah sich das Gericht veranlaßt, „den Abbruch der Schwangerschaft ausdrücklich zu untersagen“²¹. Und weil das immer noch nicht reichte, verhängte es nach § 33 FGG ein Zwangsgeld gegen die Frau, auf dessen vorherige Androhung, die vom Gesetz vorgeschrieben ist, es „im Interesse des absoluten Lebensschutzes des Embryos“ verzichtete.²² Um die ganze Sache ganz sicher zu machen, verhängte das Gericht auch gleich noch ein Zwangsgeld gegen den Leiter der gynäkologischen Abteilung des nächsten Krankenhauses (und seinen Vertreter!). § 1666 Abs. 1 Satz 2 BGB erlaubt Maßnahmen auch gegen Dritte, die durch ihr Verhalten das Kindeswohl gefährden. Auch hier wurde nicht lange angedroht, sondern gleich festgesetzt.

Die zynische Folge dieser Menschenschützerie durch staatlichen Zwang ist, nach einer Information der TAZ, daß die Frau nicht mehr im Heim lebt und niemand ihren derzeitigen Aufenthaltsort kennt.

Die Frage, die sich mir hier zunächst stellte, war: Warum ist dieser Fall beim Vormundschafts-

15 Lore Marie Peschel-Gutzeit: Zwangsmutterschaft oder: wie weit gehen die Rechte der „neuen Väter“?, in: EMMA 10/1985, S. 18 ff.; Jagert, FamRZ 85/ 1173

16 so Bosch in einer Anm. der Redaktion zum Beitrag von Jagert (siehe Fn. 15)

17 Dagmar Coester Waltjen, wie Fn. 6

18 siehe Fn. 9

19 AG-VormG Celle, wie Fn. 4

20 a.a.O., S. 738

21 a.a.O., S. 739

22 a.a.O., S. 741

gericht gelandet? Oder anders, warum bzw. wer verlangte die Einwilligung der gesetzlichen Vertreterin?

Im Gesetz, aber auch in den Durchführungsverordnungen der einzelnen Länder, ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Bei der Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch handelt es sich um eine (strafbefreiende) strafrechtliche Einwilligung, nicht um eine zivilrechtliche Willenserklärung. Für die strafrechtliche Einwilligung ist die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit nicht Voraussetzung. Bei einer Minderjährigen kommt es darauf an, „ob sie die Fähigkeit besitzt, Grund und Bedeutung des Eingriffs zu erkennen und ihren Willen hiernach zu bestimmen“²³. Das Lebensalter wird dabei als eher unzuverlässiges Kriterium angesehen. Gleichwohl gilt als Regel, daß „oberhalb von 16 Jahren die Einwilligungsfähigkeit eher zu bejahen als zu verneinen sein (wird)“²⁴; § 219 e IV der RegE sah zunächst vor, daß alle Betroffenen unter 16 Jahren der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedürfen, was im Umkehrschluß die Auslegung zuläßt, daß – von wenigen Ausnahmen abgesehen – über 16-Jährige dieser Einwilligung nicht bedürfen. Bei Dreher/Tröndle²⁵ wird sogar die Auffassung vertreten, daß eine 16-Jährige in allen Fällen selbst entscheiden könne.

Auch die „Beratungsvorschriften“ der einzelnen Bundesländer sehen eine Beteiligung des gesetzlichen Vertreters nicht zwingend vor. In der Bayerischen Regelung heißt es, bezogen auf die Beratung nach § 218 b StGB, sogar ausdrücklich: „Eine minderjährige Schwangere bedarf für die Beratung nicht der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters.“²⁶ Und in der Ba-Wü-Regelung ist nur eine Beteiligung mit Einwilligung der Schwangeren vorgesehen²⁷, wobei in einem Begleitschreiben mitgeteilt wird, daß diese Einwilligung von der Minderjährigen allein erteilt werden kann, „wenn sie zur Überzeugung der Beratungsstelle nach ihrer Persönlichkeitsentwicklung die erforderliche Einsichtsfähigkeit in Inhalt und Tragweite der Schwangerschaftskonfliktberatung hat.“²⁸

Die Frage, wann eine Minderjährige über den Schwangerschaftsabbruch allein entscheiden kann, ist weniger eine Frage des Standpunktes als eine Frage der Gesetzessystematik.

Beim Schwangerschaftsabbruch gelten, wie auch sonst im Strafrecht, die allgemeinen Grundsätze über die Einwilligung, wie sie insbesondere zu § 226 a StGB und im Rahmen der Rechtfertigungsgründe entwickelt wurden.²⁹ Zwar war ursprünglich in § 219 e des Regierungsentwurfs eine spezielle Regelung über die Erfordernisse der Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch geplant gewesen, solange es eine solche ausdrückliche Regelung nicht gibt, bleibt es jedoch bei den allgemeinen Regeln. Sie setzen nur *Verständnisfähigkeit*³⁰ voraus, und zwar im jeweiligen Einzelfall.

Darüber hinaus spricht einiges für eine generelle Einwilligungsfähigkeit bei Schwangeren über 16 Jahren. Dies folgt m.E. aus der im Rahmen des Sexualstrafrechtes durchaus üblichen Altersgrenze von 16 Jahren, oberhalb derer (von wenigen Ausnahmen abgesehen, z.B. § 174 Abs. 1 Ziff. 2,3) unterstellt wird, daß eine Frau die Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat, in einen freiwilligen Sexualkontakt (und seine Folgen) einzuwilligen. Zwar handelt es sich in diesen Fällen um Strafverschonungsregelungen für männliche Täter (§§ 174, 180, 182 StGB), aber letztlich handelt es sich aus der Sicht der weiblichen Opfer um nichts anderes als (fingierte) Einwilligungsgrenzen, denn nur unterhalb dieser Grenzen wird die „Widerwilligkeit“ fingiert, darüber muß sie eigens nachgewiesen werden. Wenn die „Einwilligungsfähigkeit“ aber in diesen Fällen zugunsten der Männer fingiert wird, dann muß sie im Rahmen des § 218 StGB erst recht zugunsten der betroffenen Frau gelten.

Beweisrechtlich folgt daraus eine „Umkehrung der Beweislast“: für die mangelnde Einsichtsfähigkeit einer Frau über 16 Jahren müssen Anhaltspunkte gegeben sein. Der erste Anschein spricht für ihre Einwilligungsfähigkeit.

Es verwundert kaum, daß das VormG Celle die Gelegenheit genutzt hat, die Darlegungslast in seinem Sinne „umzukehren“, so „daß auch ein nahezu 17 Jahre altes Mädchen bei durchschnittlicher Intelligenz und Lebenserfahrung jedenfalls im Regelfall mit der Beurteilung der Situation als überfordert anzusehen sein wird. (...) R.K. (die betref-

23 Augstein/Koch: Was man über den Schwangerschaftsabbruch wissen sollte, Beck/dtv-Rechtsberater, S. 188 sprechen von „natürlicher Einsichts- und Urteilsfähigkeit“, ähnlich: Eser/Hirsch: Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, S. 181

24 Augstein/Koch a.a.O., S. 189; Schönke/Schröder, Komm. zum StGB, § 218 a, Rdnr. 38; ähnlich auch Eser/Hirsch, a.a.O., S. 184

25 Dreher/Tröndle, § 218, Rdnr. 13

26 zitiert nach Augstein/Koch, a.a.O., S. 179

27 Richtlinien des Ministeriums für Arbeit Nr. V/4-7443 vom 9.12.1985

28 Schreiben der Vertretung Ba-Wü beim Bund

29 vgl. z.B. Dreher/Tröndle, vor § 32, 2) A b)

30 Dreher/Tröndle, vor § 218 Rdnr. 11

fene Frau, die Verfin.) weist keine Anzeichen dafür auf, daß sie ihren Altersgenossen im durchschnittlichen Entwicklungsstand so weit voraus wäre, daß für sie in diesem Zusammenhang etwas anderes gelten könnte." (S. 739)

Eine solche Regel hat freilich noch niemand aufgestellt. Selbst zurückhaltende Kommentierungen gehen davon aus, daß „letztlich entscheidend die Beurteilung im Einzelfall (ist); was eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit der Minderjährigen voraussetzt.“³¹ Um die hat sich das VormG Celle aber ganz offensichtlich gar nicht gekümmert. Zu Unrecht beruft es sich deshalb auch auf eine Entscheidung des LG Berlin.³² Dort ist immerhin im Rahmen der Erörterung der Einsichtsfähigkeit der Versuch gemacht worden, der Persönlichkeit der betroffenen Frau näher zu kommen.

Im Ergebnis kam es aber darauf nicht an; die Kammer hielt zwar die Einwilligung der Eltern für erforderlich, entschied aber gleichzeitig, daß die Eltern „mit der strikten Ablehnung eines Schwangerschaftsabbruchs, ohne die verzweifelte Situation ihrer Tochter gebührend zu berücksichtigen und ohne ihrer Tochter elterlichen Zuspriech und elterliche Hilfe zu gewähren, ihr Personensorgerecht (mißbrauchen).“ Das Gericht bestellte einen Pfleger, um die erforderliche Einwilligung zu erteilen. Auch in der dritten, mir bekannten Entscheidung zu diesem Problemkreis ist das LG München I³³ davon ausgegangen, daß die 16-jährige Betroffene die Einwilligung selbst erteilen konnte.

Dem VormG Celle ist aber ausgerechnet die Tatsache, daß die fast 17-Jährige möglicherweise selbst einwilligen konnte, Anlaß, den Abbruch unter Festsetzung von Zwangsgeld zu untersagen, denn „dem Gericht ist (bekannt), daß Abbrüche bei mindestens 16 Jahre alten Schwangeren, tatsächlich auch ohne Einwilligung des Sorgeberechtigten durchgeführt werden und daß dies, sofern der Arzt ausreichende geistige und sittliche Reife als vorhanden voraussetzt, soweit als rechtlich zulässig angesehen wird.“³⁴

In der zuletzt genannten Entscheidung des LG München I konnten die Eltern der Schwangeren dann aber gleichwohl den Schwangerschaftsabbruch untersagen: Sie verweigerten einfach ihre Zustimmung zum ärztlichen Behandlungsvertrag. Wegen §§ 107, 108 BGB war der Vertrag ohne die Einwilligung der Eltern unwirksam. Die Verweigerung dieser Zustimmung sah das LG München nicht als Sorgerechtsmißbrauch an.

Diese Möglichkeit ist allerdings, wie auch das VormG Celle in seiner Entscheidung feststellt, durch die „Abtreibung auf Krankenschein“ fraglich geworden. Bei der „Abtreibung auf Krankenschein“ werden ausschließlich Rechtsgeschäfte getätigt, durch die die Minderjährige „lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt“. Solche Geschäfte sind aber von der Zustimmung des/der gesetzlichen Vertreters/in nach § 107 BGB ausdrücklich angenommen. Den auf diese Weise verlorengegangenen Einfluß scheint das Vormundschaftsgericht dadurch ausgleichen zu wollen, daß es keine auch noch so entfernte Möglichkeit ausgelassen hat, weitreichende und grundsätzliche (Rechts-)Auffassungen kundzutun.

Kein Gericht ist jemals vorher so weit gegangen, von Amts wegen und unter Androhung eines Zwangsgeldes einen Schwangerschaftsabbruch zu untersagen. Dogmatisch vorbereitet wurde diese Entscheidung ausgerechnet durch die Arbeit von Dagmar Coester-Waltjen.

Unter Hinweis auf Dagmar Coester-Waltjen schreibt das Gericht: „Im Einzelfall ist das VormG gemäß § 1666 BGB gehalten, durch geeignete Maßnahmen den Schutz des gefährdeten menschlichen Lebens zu realisieren.“ „Die Entscheidung ergeht insoweit von Amts wegen gemäß § 1666 BGB im Interesse und zum Wohle des gezeugten, noch nicht geborenen Kindes.“³⁵

Weder Coester-Waltjen noch das VormG Celle setzen sich dabei mit dem wichtigsten Gegenargument auseinander, daß der vormundschaftlichen Konfliktregelungskompetenz nur Angelegenheiten der elterlichen Sorge unterliegen, ein nasciturus aber noch nicht der elterlichen Sorge untersteht.³⁶

Für eine analoge Anwendung fehlt, wie Jagert in seiner Arbeit überzeugend nachweist, die „erforderliche planwidrige Regelungslücke“. Die Vorschriften des BGB „schützen nur erst mit der Geburt werdende Rechte des nasciturus“. Und weiter schreibt er: „Die im Strafrecht getroffene Abwägung (...) gilt für die gesamte Rechtsordnung und darf nicht durch eine vormundschaftsgerichtliche Analogie umgangen werden.“³⁷

Für das VormG Celle sind diese dogmatischen Klippen kein Problem: „(Nach § 1666 BGB) hat das Gericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, eine Gefahr abzuwenden, die zur Abwen-

31 Eser/Hirsch, a.a.O. (Fn. 23), S. 184

32 LG Berlin, FamRZ 80/ 285

33 LG München I, NJW 80/ 646

34 AG-VormG Celle, wie Fn. 4, S. 740

35 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 739 und 740

36 siehe Fn. 15

37 Jagert, a.a.O., S. 1175

dung dieser Gefahr erforderlichen Maßnahmen zum Schutze des Kindes zu treffen (...), „Kind“ i.S. des § 1666 BGB ist auch das gezeugte, aber noch ungeborene Leben. Das ergibt sich mittelbar aus der Vorschrift des § 1912 Abs. II BGB, wonach die Fürsorge für die Leibesfrucht den Eltern soweit zusteht, als ihnen die elterliche Sorge zusteht, wenn das Kind bereits geboren wäre.“³⁸

§ 1912 Abs. 2 BGB hat allerdings einen klaren Bezug auf § 1912 Abs. 1 BGB, in dem es heißt, daß einer Leibesfrucht zur Wahrung ihrer *künftigen* Rechte ein Pfleger bestellt werden kann, soweit diese einer Fürsorge bedürfen. Diese Fürsorge in Bezug auf die zukünftigen Rechte steht aber insoweit den Eltern (und nicht dem Pfleger!) zu, als ihnen die elterliche Sorge zustünde, wenn das Kind geboren wäre (§ 1912 II BGB). § 1912 Abs. 2 BGB ist deshalb keine Durchbrechung, sondern eine Bestätigung des Prinzips, daß „(die Normen des BGB) nur solche Rechte des Ungeborenen bewahren, die erst mit der Lebendgeburt – und nur dann – zum Tragen kommen“.³⁹

Das Gericht scheint sich mit dem Hinweis auf § 1912 II BGB selbst nicht auf sicherem Grund gefühlt zu haben, denn es schreibt weiter: „Es (das Recht, Maßnahmen nach § 1666 BGB zum Schutze des Ungeborenen zu treffen, die Verfin.) folgt zum anderen deutlicher aus der Wertentscheidung des Grundgesetzes, vor dessen Hintergrund das einfache Gesetz zu interpretieren ist. (...) Die sich daraus (aus Art. 1 I und Art. 6 II GG, die Verfin.) ergebende Schutzpflicht des Staates gebietet es, sich schützend und fördernd auch vor das sich entwickelnde menschliche Leben zu stellen und es vor rechtswidrigen Eingriffen zu bewahren.“⁴⁰

Mit dem Hinweis auf das Grundgesetz und dessen angeblich objektive Werteordnung umgeht das Gericht eindeutige gesetzgeberische Wertungstatbestände. So spricht z.B. § 1 BGB in Verbindung mit den Vorschriften, die die Rechte des nasciturus für den Fall seiner Lebendgeburt sichern, dafür, daß mit dem „Bürgerlichen Gesetzbuch“ das Recht der Lebendgeborenen kodifiziert werden sollte und kodifiziert wurde. Soweit das Lebensrecht des „werdenden Lebens“ geschützt werden sollte, ist dies abschließend und für die gesamte Rechtsordnung bindend im Strafgesetzbuch geschehen.⁴¹

Wie weit sich das VormG Celle über die dort getroffene Regelung hinwegsetzt, zeigt sich an anderer Stelle noch deutlicher. Um seinen Eingriff zu rechtfertigen, mußte es feststellen, daß es sich um eine illegale Abtreibung gehandelt habe, denn selbst Dagmar Coester-Waltjen stellte in ihrem Aufsatz klar, „daß in den Fällen, in denen eine Indikationslage bejaht werden muß, eine Abwägung der Kindesinteressen durch Dritte (sei es der Staat oder der Ehemann) nicht mehr stattfinden kann.“

38 AG-VormG Celle, (wie Fn. 4), S. 739

39 Jagert, a.a.O.

40 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 740

Es verwundert kaum, daß es dem Gericht ohne weiteres gelingt, festzustellen, daß eine Indikation nicht vorliegt. Obwohl der behandelnde Gynäkologe sowohl eine Schädigung des Embryos durch die Einnahme der Überdosis ‚Marvelon‘ nicht ausschloß, als auch eine Notlagenindikation bereits in einer ärztlichen Bescheinigung attestiert, wenngleich noch nicht unterschrieben hatte, und bei seiner Anhörung ausdrücklich darauf hinwies, daß nach allgemein üblicher Praxis die soziale Indikation hier als gegeben erachtet werden müsse, lehnte das Gericht, in eigener Machtvollkommenheit, sowohl das Vorliegen einer eugenischen als auch einer sozialen Indikation ab.

Die Gründe für eine eugenische Indikation liegen nach Ansicht des Gerichtes noch nicht vor; sie seien ab der 16. Schwangerschaftswoche „mit hoher Sicherheit durch Ultraschalluntersuchung und Amniozentese“ (Hervorhebung durch das Gericht) feststellbar. Dann könne erneut eine Entscheidung des Gerichtes herbeigeführt werden.

In Bezug auf die Auslegung dieses Merkmals befindet sich das Gericht durchaus im Einklang mit den Strafrechtskommentierungen, die für die Frage, ob „nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe“ für die Annahme eugenischer Schäden sprechen, ebenfalls „einen erheblichen Grad an Wahrscheinlichkeit verlangen“⁴² und mit Vorliebe auf die Amniocentese als Mittel der Erkenntnis verweisen: „Es steht der Wissenschaft mit der Fruchtwasseranalyse ein noch verfeinerungsfähiges, risikoloses Verfahren zur Verfügung, das gewisse Krankheitsprognosen (bei 8 bis 42 Krankheiten) für das zu erwartende Kind mit Sicherheit stellen läßt“.⁴³

Trotz meiner ganz grundsätzlichen Vorbehalte gegen die eugenische Indikation und ihre ideologische Rechtfertigung glaube ich, daß sich hier rächt, daß so wenig bewußte Frauen an der strafrechtsdogmatischen Auseinandersetzung um die Auslegung des § 218 beteiligt sind.

Bindet man die eugenische Indikation an die „Sicherheit“ einer Fruchtwasseruntersuchung, dann setzt man die Frau nicht nur der alles andere als risikolosen Untersuchung aus⁴⁴, man erhöht auch bewußt die Gefahr des medizinischen Eingriffs beim Schwangerschaftsabbruch.⁴⁵ Die 22-Wochen-Frist

41 Jagert, a.a.O.

42 Dreher/Tröndle, § 218, Anm. 16; Augstein/Koch, wie Fn. 23, S. 95 ff.

43 Dreher/Tröndle, a.a.O., unter Hinweis auf die Protokolle des Bundestages, BtDrs. VI, 2183 ff. und 2189; vgl. dazu auch die differenziertere Erörterung bei Augstein/Koch a.a.O., S. 100

44 zum gentechnolog. Interesse vgl. STREIT 3/85, S. 117

45 Ketting/van Praag: Schwangerschaftsabbruch, Gesetz und Praxis im internationalen Vergleich, Tübinger Reihe 5, schreiben, daß das Komplikationsrisiko ab der 8. Schwangerschaftswoche global alle 2 Wochen um 50% zunimmt. Für die BRD errechnen sie z.B. das Risiko in der 12 - 14 Woche mit 3,7 %, in der 15 - 24. Woche mit 9,1 % (gerechnet in Postkontrazeptionswochen). Vgl. auch: Ehlers/Löb in: STREIT 2/85, S. 62; Vera Slupik: Weg mit dem § 218, EMMA-Buch, 1986, 122

bei der eugenischen Indikation „erklärt sich“, worauf Dreher/Tröndle ausdrücklich hinweisen, „daraus, daß die Amniozentese, die in der 14. bis 16. Woche nach der letzten Menstruation optimal durchführbar ist, in gewissen Fällen einen Zeitraum bis zur 22. Woche nach der Empfängnis benötigt“.⁴⁶

Mit anderen Worten: die Amniozentese und nicht das medizinische Risiko für die Frau bestimmen den Zeitpunkt des Abbruchs – und das nur, weil die Verfechter des Embryonen-Vorrangs Gewißheit brauchen, ob „dringende Gründe“ vorliegen. (Ich empfehle diese Auslegung auch für §§ 81 II, 112, 128a I StPO.) Gerade in solchen Definitions- und Auslegungsfragen wird der Zynismus deutlich, der einer Indikationen-Regelung immanent ist, die Ausnahmen von der (Strafbarkeits-)Regel formuliert. Endgültige Abhilfe schafft hier nicht der Versuch, der herrschenden Auslegung eine andere Art der Begrifflichkeit und Wertigkeit gegenüberzustellen; Abhilfe bringt nur die Abschaffung des § 218 oder zumindest die Einführung einer Fristenregelung ohne Begründungspflicht. Gleichwohl ist dies auch im Rahmen der Entscheidung des VormG Celle bestenfalls ein „Nebenwiderspruch“.

In der Tendenz richtet sich die Entscheidung klar gegen die Handhabung der sozialen Indikation.

Zunächst stellt das Gericht fest, daß die Indikationsbescheinigung des Arztes nicht ausreicht, erforderlich sei nicht nur eine „subjektive Annahme“ des Arztes, sondern eine „objektive ärztliche Erkenntnis“, deren „Schlußfolgerungen nachvollziehbar an den gesetzlichen Kriterien ausgerichtet sind“.⁴⁷ In Anwendung der gesetzlichen Kriterien kommt das Gericht zu dem Schluß, daß eine soziale Indikationslage „objektiv“ nicht gegeben sei. Die Begründung ist in ihrer „Logik“ zynisch:

R.K. befindet sich jedoch durch die Schwangerschaft weder in einer wirtschaftlichen noch in einer sozialen Notlage dieser Art, noch bestehen Anhaltspunkte dafür, daß solche eintreten werden. Sie wird über Mittel der Jugendhilfe unterhalten. Diese Unterhaltung wird durch die Schwangerschaft und deren Austragung nicht unterbrochen. Sie kann, wie dargetan, in dem bisherigen Kinderheim wohnen bleiben und für die Dauer der Entbindung und der unmittelbaren Zeit davor und danach Aufnahme in einem Heim für Mutter und Kind finden. Sie braucht zunächst ihre bisherige Lebensweise nicht mehr zu verändern, als dies durch jede Schwangerschaft bedingt ist. Auch die Versorgung des Kindes bringt sie wirtschaftlich nicht in eine andere Situation als die, in der sie sich jetzt befindet. Mangels eigener Mittel wird das Kind aus öffentlichen Mitteln unterhalten werden müssen.

R.K. gerät durch die Schwangerschaft allenfalls in eine Notlage psychischer Art durch den Umstand, daß sie einerseits unverheiratet und andererseits erst 16 Jahre alt ist. Diese Umstände machen es ihr vergleichsweise schwerer, die Schwangerschaft als solche anzunehmen und sich in sie zu schicken. Diese Notlage kann jedoch nicht als so schwerwiegend i.S. des Gesetzes angesehen werden, daß deshalb von ihr die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden könnte. Ihre dadurch möglicherweise bedingte Bedrängnis wird weniger durch objektive, von ihr nicht änderbare

äußere Bedingungen als durch die innere Einstellung zu der Schwangerschaft hervorgerufen. Diese Einstellung ist jedoch angesichts der psychisch und physisch gesunden Verfassung R.K.'s bei einem Alter von nahezu 17 Jahren veränderbar. (...) Das Gericht hat die begründete Erwartung, daß R.K. damit nicht allein gelassen wird, Einen für den Arzt straffreien Abbruch der Schwangerschaft erlaubt die Situation nicht.

Zuzugeben ist, daß die nach der Entbindung folgenden mit der Versorgung und Unterhaltung des Kindes verbundenen Einschränkungen für die in ihrer Berufsausbildung nicht fertige, alleinstehende Mutter aus deren Sicht die Gefahr einer schwerwiegenden Notlage darstellen kann. Diese könnte insofern als schwerwiegend erachtet werden, als daß damit ihr gesamter weiterer Lebensweg in einer für sie belastenden Weise geprägt werden könnte. Insofern gebietet jedoch das Gesetz, zu prüfen, ob die Notlage nicht auf andere für die Schwangere zumutbare Weise abgewendet werden kann. Das ist hier der Fall. Von der Versorgung und Unterhaltung des Kindes kann die Schwangere nach der Entbindung durch die Inpflegung des Kindes und – sofern sie dies frühestens 8 Wochen nach der Geburt wünscht – durch die Adoptionsfreigabe entlastet werden. Das ist im Hinblick auf das Lebensrecht des Embryos einer Mutter in einer derartigen Situation generell zumutbar (Dreher/Tröndle, a.a.O., Rz 27 zu § 218a). Für eine Ausnahmesituation ist hier nichts ersichtlich.

Bei der Recherche für einen solchen Artikel stellt man dann plötzlich bestürzt fest, daß dieses Gericht sich bei seiner Entscheidung nicht durch *besondere* Frauenverachtung hervorgetan hat.

Tatsächlich ist diese Urteilsbegründung fast wörtlich der Kommentierung von Dreher/Tröndle entnommen. Dort heißt es, und das schon seit über 10 Jahren:

(Als Hilfen kommen in Betracht) „Herausnahme von Kindern (? , meint wohl auch früher geborene – die Verfin) aus der Familie durch Heimunterbringung oder die des zu erwartenden Kindes durch Adoption, (...) Entscheidend ist, ob die Hilfen der konkreten Schwangeren in ihrer konkreten Situation nicht nur gewährt, sondern auch zugemutet werden können. (...) Doch wird man bei dem vom BVerfG immer wieder betonten hohen Rang des Ungeborenen Heimunterbringung, Unterbringung in einer anderen Familie oder Adoption, auch wenn dagegen generell oder vom Standpunkt der werdenden Mutter her Bedenken von Gewicht geltend gemacht werden können, in der Regel für zumutbar halten.“⁴⁸

So gelangt man durch einfache Rechtsauslegung zum faktischen Ende der sozialen Indikation. Denn wenn solche Hilfen „in der Regel zumutbar“ sind, dann ist die Gefahr auch in der Regel anders abwendbar als durch eine Abtreibung, und die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 Nr. 3 b) würden in der Regel nicht vorliegen.

Der Frage der „Zumutbarkeit“ solchen Ansinnens im konkreten Einzelfall wird dabei, wie die Entscheidung des VormG Celle zeigt, keine über- große Bedeutung beigemessen.

Was bedeutet es für eine Frau, die vielleicht grundsätzlich ein Kind will, nur zum jetzigen Zeitpunkt nicht, ein Kind austragen zu müssen? Was unterscheidet eine Schwangerschaft, die von vornherein in einer Adoption enden soll, psychisch von

46 Dreher/Tröndle, a.a.O., Anm. 18

47 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 741

48 Dreher/Tröndle, § 218 a, Anm. 27, 28

einer Leihmutter? Wie kommt jemand, und sei es auch nur gedankenspielerisch, auf die Idee, daß Eltern Kinder in ein Heim geben sollten, damit die Mutter (rechtlich) gezwungen ist, ein Ungeborenes auszutragen? Das VormG Celle formuliert das Ziel der Zumutungen: „Erfahrungsgemäß (?) (weicht) eine im Frühstadium der Schwangerschaft vorhandene psychische Verweigerungshaltung bei fortschreitender Schwangerschaft in vielen Fällen deren innerer Akzeptanz“. ⁴⁹ Was bleibt den Frauen auch anderes übrig? Frauen existieren in diesen Äußerungen nur noch als ‚Fruchtblasen‘. Willensäußerungen werden ignoriert, am liebsten mit der Begründung, daß sie nicht wissen, was gut für sie ist. Wesentliche Charaktereigenschaft scheint ihre Unmündigkeit. Wie eh und je werden Frauen zu ihrem „Glück“ gezwungen, heißt, was Männer dafür halten. (Ich schlage auch hier die Einführung des Begriffs der „vis haud ingrata“ ⁵⁰ vor.) Bei all dem wissen die Männer natürlich ganz genau, was sie tun – und was ihnen nützt (ideologisch). Den Frauen wird hier explizit verweigert, was die Ideologie des Rechts allen zugesteht: Einzelfallgerechtigkeit. Erst recht finden generalisierbare Erkenntnisse über die ‚Subkultur Frau‘ keinen Eingang in die Auslegung rechtlicher Begriffe.

Kehren wir nochmals zum Ausgangspunkt der Überlegungen zurück. Wohin führt uns die Entscheidung des VormG Celle? Sie führt zurück: von der (ehedem geforderten und versprochenen) Selbstbestimmung über die Mitbestimmung (Arzt, gesetzliche Vertreter, Ehemann, Gericht, Krankenkasse) zur völligen Fremdbestimmung (VormG Celle) – die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie überhaupt irgendetwas entscheiden darf.

Abgesehen von diesen allgemeineren Überlegungen gibt es aber auch streng rechtliche Fragen, die der Aufsatz von Philipp und die Entscheidung des VormG Celle gleichermaßen aufwerfen: In welchem Umfang nämlich dürfen Gerichte (und die Kompetenz der Krankenkassen kann sicherlich nicht weitergehen) die Indikationsfeststellungen des Arztes überprüfen?

Die Frage nach der rechtlichen Qualität der ärztlichen Indikationsfeststellung habe ich leider nirgendwo beantwortet gefunden. So muß ich zwangsläufig selbst nach einer Antwort suchen. Wir alle kennen den (privaten) Subunternehmer, dem öffentliche Aufgaben übertragen werden. Der TÜV z.B. ist solch ein Subunternehmer. Wie der TÜV zeigt, können dem Subunternehmer bei der Aufgabenerfüllung Ermessens- und Beurteilungsspielräume eingeräumt werden. In welchem Umfang diese Entscheidungsspielräume von den Gerichten überprüft werden dürfen, ist nicht ganz unstrittig.

49 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 739

50 nicht unwillkommene Gewalt

Zumindest dann, wenn die Beurteilung eine besondere Fachkunde voraussetzt, wird allgemein angenommen, daß die Überprüfungsbefugnis des Gerichtes dahingehend eingeschränkt ist, ob a) bei der Entscheidung von falschen Tatsachen ausgegangen wurde, b) allgemein gültige Bewertungsgrundsätze nicht beachtet wurden und c) sachfremde Erwägungen die Entscheidung beeinflussen haben. ⁵¹ Zwar unterliegen auch die unbestimmten Rechtsbegriffe der Auslegung. Das Gericht darf jedoch keine Sachentscheidung aufgrund eigener Bewertung vornehmen.

Meine Ausgangsthese lautet nun: Der indizierende und der ausführende Arzt sind private Subunternehmer, die originär staatliche Aufgaben wahrnehmen. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben wurde ihnen aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnis und des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patientin bewußt ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum eingeräumt. Bei einer gerichtlichen Überprüfung der Indikation ist das Gericht darauf beschränkt zu überprüfen, ob der Arzt die Rechtsbegriffe richtig ausgelegt, falsche Tatsachen zugrundegelegt hat, von allgemein, das heißt unter den (indizierenden und ausführenden) Ärzten üblichen Bewertungsmaßstäben abgewichen ist oder ob sachfremde Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind. Eine eigene Sachentscheidung steht dem Gericht nicht zu. Verläuft die Überprüfung der o.g. Faktoren negativ, ist die Indikation rechtswirksam und der Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig.

Dafür, daß nach dem Willen des Gesetzgebers allein der Arzt, aufgrund seiner besonderen Sach- und Fachkenntnis – innerhalb des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraumes – das Vorliegen einer Indikation ermitteln und feststellen sollte, gibt es objektiv gute, ja zwingende Gründe: Anders als bei den entscheidenden Gerichten herrscht bei den Ärzten das Recht der freien Arztwahl; darüber hinaus besteht für die Ärzte eine Schweigepflicht (übrigens ebenso wie für die Mitarbeiterinnen der Beratungsstellen, vgl. § 203 Abs. 1 Ziff. 4a StGB). Diese Schweigepflicht bindet den/die Arzt/in sogar gegenüber den gesetzlichen Vertretern. In den bereits zitierten Bayrischen Richtlinien heißt es ausdrücklich: „Der Anspruch auf Beratung ist höchstpersönlicher Art“. Durch dieses Verfahren, bei dem die Schwangere ihre „Notlage“ nur vor einem Arzt/einer Ärztin ihrer Wahl und ihres Vertrauens schildern muß, der die Voraussetzungen des § 218a prüft, im übrigen aber ausschließlich über die medizinischen Risiken und die öffentlichen und privaten Hilfen beraten wird, wird die Feststellung einer Notlage, die sich in der Regel nur in einem vertrauten, persönlichen Gespräch offenbart, erst ermöglicht.

Tatsächlich kann ein Gericht, und das erweist die Entscheidung des VormG Celle eindeutig, eine Notlage nicht in Erfahrung bringen, weil ein persön-

51 vgl. z.B. BVerwGE 21, 130

licher Eindruck in einem Gerichtsverfahren nicht zu gewinnen ist. Das Unverständnis, mit dem das VormG Celle die Lage der Frau beschreibt, legt genau hiervon Zeugnis ab. Und weil das Gericht von der Frau selbst nichts erfahren hat, muß es allenthalben auf allgemeine Erkenntnisse zurückgreifen oder seine eigenen Wertungen und sein eigenes (Un-)Verständnis an die Stelle setzen. Das Ergebnis ist eindrucklich.

Wenn der Schutz des werdenden Lebens eine Aufgabe des Staates ist, wie es das BVerfG-Urteil mehrfach beschreibt, dann nimmt der Arzt, der das Vorliegen einer Indikation feststellt, originär staatliche Aufgaben wahr. Dies zeigt sich auch daran, daß die Regelungen der § 218a, 218b StGB nicht nur strafrechtliche Rechtfertigungen darstellen, sondern auch Leistungsvoraussetzungen z.B. im Bereich des Krankenversicherungsrechts und faktisch den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen (z.B. städtische Krankenhäuser) regeln. Qualitativ handelt es sich insoweit um eine öffentlich-rechtliche Leistungsgewährung.

Bei Indikationenfeststellung handelt es sich demnach um die Delegation öffentlicher Aufgaben auf einen Privaten. Bei der Wahrnehmung der delegierten Aufgabe ist dem Arzt ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum eingeräumt (vgl. Augstein/Koch a.a.O., Seite 86). Sicheres Zeichen hierfür ist die Verwendung sog. unbestimmter Rechtsbegriffe, von denen § 218a StGB gleich eine ganze Reihe aufzuweisen hat: „ärztliche Erkenntnis“, „dringende Gründe“, „sonst angezeigt“, „die so schwer wiegt, daß ... nicht verlangt werden kann“, „nicht auf andere ... zumutbare Weise abgewendet werden kann“.

Darüber, in welchem Umfang solche Beurteilungsspielräume durch ein Gericht überprüft werden dürfen, gibt es eine überaus differenzierte Rechtsprechung. Die dabei aufgestellten Grundsätze müssen auch im Rahmen der Indikationenfeststellung gelten. Dafür spricht m.E. insbesondere auch, daß der Gesetzgeber die Indikation zum Schwangerschaftsabbruch in allen Alternativen ausdrücklich an die „ärztliche Erkenntnis“ gebunden hat (§ 218a, 219 StGB). Dem Gericht steht es deshalb nicht offen, das Vorliegen einer Indikation zu verneinen, wenn ein Arzt die Indikation bejaht und dabei den ihm eingeräumten Beurteilungsspielraum eingehalten hat. Schon gar nicht kann eine Krankenkasse ein solches Recht haben.

M.E. hat das VormG Celle die ihm eingeräumte Überprüfungsbefugnis überschritten. Rechtlich zulässig wäre nur eine Prüfung der Frage gewesen, ob der Arzt seinen Beurteilungsspielraum in den rechtlich zulässigen Grenzen ausgeübt hat. Dies war der Fall. Rechtsbegriffe sind von dem Arzt nicht falsch ausgelegt worden, tatsächlich hat er wohl nur die Fragen der „Schwere“ der Notlage und der „Zu-

mutbarkeit“, sie anders als durch eine Abtreibung abzuwenden, anders beurteilt. Genau das liegt aber innerhalb des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraumes. Ganz offensichtlich ist der Arzt auch nicht von einer falschen Tatsachengrundlage ausgegangen. Allgemeine Bewertungsgrundsätze hat er nach seinen Angaben nicht verletzt, weil er innerhalb der allgemein üblichen Praxis verfahren hat. Allgemeine Bewertungsgrundsätze wären hier im übrigen wiederum durch die Ärzte aufzustellen, dort hätte das Gericht Informationen einholen müssen. Auch das VormG räumt an mehreren Stellen ein, daß bestimmte Auswirkungen der Schwangerschaft zu einer schwerwiegenden Notlage i.S.d. § 218a führen könnten.⁵²

Mit dieser Rechtsauffassung wäre der betroffenen Frau (möglicherweise noch anderen), nicht aber dem zuständigen Richter geholfen gewesen. Er nutzte ganz offensichtlich die Chance, einen „Mißstand“ zu beseitigen:

Das Gericht verkennet nicht, daß in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen in der Praxis anders verfahren wird. Die weite Auslegung, die § 218a StGB dabei in der Praxis vornehmlich durch Ärzte erfährt, ist weder von dessen Wortlaut noch von seiner systematischen Stellung als Ausnahmevorschrift noch unter Berücksichtigung der vorrangigen Verfassungsnormen rechtlich haltbar. Sie kommt vielmehr bekanntermaßen der vom Bundesverfassungsgericht eindeutig verworfenen Fristenlösung praktisch nahe. Sie ist grund- und strafrechtswidrig. Daß sich daraus bisher in größerem Umfange staatsanwaltliche Ermittlungs- und gerichtliche Strafverfahren nicht ergeben haben, der Mißstand vielmehr lediglich unter den Politikern und in den Medien diskutiert, beklagt oder verteidigt wird, hat verschiedenste Gründe, auf die hier nicht näher eingegangen werden muß. Das an Gesetz und Recht gebundene Gericht kann die geübte Praxis deshalb nicht zum Maßstab nehmen.⁵³

III.

Die Argumente gleichen sich. Auch das geplante Beratungsgesetz soll, so Rita Süßmuth, lediglich einen Mißbrauch verhindern.⁵⁴ „Alle Beratung muß auf der Grundlage der Gesetze und dem Urteil des BVerfG erfolgen. Dazu gehört wesentlich, daß auf ein Ja zum Leben hin beraten wird“.⁵⁵ Die geplanten Maßnahmen, so behauptet sie im Spiegel, würden nicht über den geltenden § 218 hinausgehen. Rita Süßmuth hat recht.

Für die Aufregung um das geplante Beratungsgesetz gilt ganz ähnliches wie für die Entscheidung des VormG Celle: Aufgeschreckt durch eine Rechtsänderung stellt man fest, daß sich soviel gar nicht ändert. Tatsächlich kann das geplante Beratungsgesetz nicht viel weitergehen als in § 218b Abs. 1 Ziff. 1 seit langem angelegt. Dort heißt es, daß die Schwangere „über die zur Verfügung stehenden

52 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 741

53 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 741

54 zitiert nach Spiegel Nr. 11/1987, S. 28

55 „Heute in der Presse“, wie Fn. 9

öffentlichen und privaten Hilfen für Schwangere, Mütter und Kinder (zu beraten ist), insbesondere über solche Hilfen, die die Fortsetzung der Schwangerschaft und die Lage von Mutter und Kind erleichtern.“ Auch hier hatten die Kommentierungen längst den Weg in die Zukunft geebnet. Dreher/Tröndle schreiben, daß eine „verfassungskonforme“ Auslegung erfordere, „die Frau (...) zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu motivieren (...) Die Beratung muß sich auf die gesamte Konfliktlage der Schwangeren (...) erstrecken, auch darauf, wie einem Drängen des Schwängerers auf Abbruch zu begegnen ist.“⁵⁶ Nach Ansicht der Kommentatoren muß bei der Beratung auch auf die Möglichkeit der Heimunterbringung und Adoption hingewiesen werden.⁵⁷

Richtlinien des Landes Baden-Württemberg für die Beratung nach § 218 b I Nr. 1 StGB

Ziel der Beratung

Die Beratung dient dem Schutz des ungeborenen Lebens. Sie ist an die Wertordnung des Grundgesetzes gebunden, wonach dem sich im Mutterleib entwickelnden Kind das Recht auf Leben uneingeschränkt zukommt und welche den Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich mißbilligt. Der Beratung obliegt daher die Pflicht, sich schützend und fördernd vor das ungeborene Leben zu stellen und es der werdenden Mutter dadurch zu ermöglichen, ihre Not- und Konfliktlage zu bewältigen und die Schwangerschaft fortzusetzen.

Form und Inhalt der Beratung

Die werdende Mutter ist in einem unmittelbaren persönlichen Gespräch (Beratungsgespräch) zu beraten. Mit ihrer Einwilligung sollen am Beratungsgespräch auch Per-

In Umsetzung dieser Grundsätze haben die einzelnen Bundesländer Richtlinien für die Beratung nach § 218b Abs. 1 Nr. 1 StGB herausgegeben. Beispielhaft die Richtlinie von BA-Wü, die allgemein als Vorbild eines zukünftigen bundeseinheitlichen Beratungsgesetzes behandelt wird.

⁵⁶ Dreher/Tröndle, § 218 b, Rdnr. 10

⁵⁷ Dreher/Tröndle, a.a.O., i.V.m. § 218 a, Rdnr. 27

sonen teilnehmen, die zur Bewältigung der Not- und Konfliktlage beitragen können. Dies gilt insbesondere für den Vater des ungeborenen Kindes und – bei minderjährigen werdenden Müttern – auch für deren Eltern.

Die Beratung darf sich nicht in einer schriftlichen oder mündlichen Aufzählung von allgemein möglichen Hilfen oder in einer Unterrichtung oder Übergabe schriftlichen Materials (z.B. Broschüren und Merkblätter) erschöpfen. Im Beratungsgespräch sind vielmehr mit der werdenden Mutter die für sie bestehenden, möglicherweise nicht nur auf der