

Das Urteil des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch von 1993¹

Gegenstand des Verfahrens war die Frage, „ob verschiedene ... Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch, die Teil der durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Februar 1975 (BVerfGE 39, 1 ff.) veranlaßten Neuregelungen im 15. Strafrechtsänderungsgesetz und im Strafrechtsreform-Ergänzungsgesetz oder aber Teil des nach Herstellung der deutschen Einheit für Gesamtdeutschland neu erlassenen Schwangeren- und Familienhilfegesetzes sind, der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates genügen, das ungeborene menschliche Leben zu schützen.“^{2,3}

Der Entscheidung sind eine Vielzahl von Leitsätzen und eine umfangreiche Entscheidungsformel vorangestellt. Da sie ausdrücklich auf die Entscheidung vom 25.02.1975 Bezug nimmt⁴, wird – auch der Übersichtlichkeit halber – auf eine Darstellung dieses Teils verzichtet.

Die „eugenische Indikation“⁵

Nach der Entscheidung des BVerfG vom 25.02.1975⁶ war die „eugenische“ Indikation, bei deren Vorliegen ein Schwangerschaftsabbruch bei Einhalten bestimmter Fristen straffrei gestellt gegeben, „wenn nach ärztlicher Erkenntnis *dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Ein-*

¹ Fundstelle: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>

² BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, A. (S. 7 [die Seitenangaben beziehen sich auf das unter der o.a. URL abgerufene Dokument im rtf-Format])

³ Hinweis: Entsprechend dem Jahr der Entscheidung ist diese nach den seinerzeitigen Rechtschreibregeln abgefasst. Die Zitate wurden wörtlich aus der genannten Quelle übernommen; lediglich offensichtliche Fehler (möglicherweise beim Einscannen entstanden) wurden korrigiert.

⁴ vgl. Bernd Masmeier, Das Urteil des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch von 1975, veröffentlicht unter www.politik-fuer-menschen-mit-handicap.de/documents/Das_Urteil_des_BVerfG_zum_Schwangerschaftsabbruch_von_1975.pdf.

⁵ Hier sind lediglich Passagen der Entscheidung wiedergegeben, die der Erörterung der Frage dienen, ob sich trotz dieser Entscheidung des BVerfG und der ihr zugrunde liegenden aus dem Jahr 1975 Argumente für einen verbesserten Lebensschutz von Embryonen finden lassen, bei denen durch Maßnahmen der pränatalen Diagnostik (PND) voraussichtliche Schädigungen festgestellt werden.

⁶ vgl. Fn 4

flüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann“; gem. Abs. 3 der Vorschrift durften in diesen Fällen seit der Empfängnis nicht mehr als 22 Wochen verstrichen sein. Darüber hinaus blieb die schwangere Frau bei einem Abbruch der Schwangerschaft bis zur 22. Woche nach der Empfängnis straffrei, wenn zuvor eine gesetzlich vorgeschriebene und definierte Beratung stattgefunden oder sich die Frau in einer „besonderen Bedrängnis“ befunden hatte; in diesen Fällen wurde nur der den Schwangerschaftsabbruch durchführende Arzt von einer Strafe bedroht. Selbst bei Vorliegen einer Indikation machte sich der den Schwangerschaftsabbruch durchführende Arzt strafbar, wenn sich nicht zuvor ein anderer Arzt zum Vorliegen der Indikation schriftlich geäußert hatte.^{7,8}

In dem nach dem Auftrag des Einigungsvertrages notwendig gewordenen Gesetz⁹ hatte § 218a Abs. 3 StGB folgenden Wortlaut: *„Die Voraussetzungen des Absatzes 2¹⁰ gelten auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann. Dies gilt nur, wenn die Schwangere dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 3 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, und wenn seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind.“¹¹* Zudem galten die im vorangehenden Absatz beschriebenen weiteren Regelungen zur Straffreiheit der schwangeren Frau fort (Abs. 4 der Vorschrift).

⁷ Hier ist der Inhalt der §§ 218a, 218b StGB in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.03.1987, BGBl. Teil I S. 945 vom 26.03.1987 sinngemäß wiedergegeben.

⁸ In der DDR galt eine Fristenregelung. Diese galt nach der Vereinigung der beiden deutschen Staaten zunächst fort. Art. 31 Abs. 4 des Einigungsvertrages vom 31. August 1990 verpflichtete den gesamtdeutschen Gesetzgeber, spätestens bis zum 31. Dezember 1992 eine Regelung zu treffen, die den Schutz des vorgeburtlichen Lebens und die verfassungskonforme Bewältigung von Konfliktsituationen schwangerer Frauen besser gewährleistet, als dies in den beiden Teilen Deutschlands zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages der Fall war.

⁹ Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1995, BGBl. Teil I S. 1398

¹⁰ *„Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn nach ärztlicher Erkenntnis der Abbruch notwendig ist, um eine Gefahr für das Leben der Schwangeren oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes abzuwenden, sofern diese Gefahr nicht auf andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.“* (zit. nach BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, A. II. 3. [S. 15 f.]

¹¹ zit. nach ebenda (S. 16)

Die Argumente der Kläger¹²

„Das Grundgesetz stelle in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 das sich im Mutterleib entwickelnde Leben unter den Schutz des Staates. Die Schutzpflicht habe ... die je individuelle und einzigartige Existenz jedes einzelnen Menschen (zum Gegenstand). Der so geschützte Mensch existiere als einzigartiges Individuum nicht erst mit der Geburt, sondern auch schon vorher.“¹³ Im Übrigen macht die bayerische Staatsregierung darauf aufmerksam, dass mit den Möglichkeiten der pränatalen Diagnostik, die künftig sicher noch verbessert werden würden, Schädigungen des Embryos auch vor dem Ende der 12. Schwangerschaftswoche feststellbar seien. Die Regelungen des streitigen Gesetzes ließen es nun zu, dass in diesen Fällen bis zur 12. Schwangerschaftswoche ein Abbruch der Schwangerschaft straffrei sei, „ohne daß es darauf ankomme, ob die Schädigung des Gesundheitszustandes behebbar sei oder so schwer wiege, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden könne. Damit werde ein Schwangerschaftsabbruch aus rein eugenischen Gründen möglich.“¹⁴

Die Gegenargumente¹⁵

„Die Strafdrohung könne die Chance gefährden, werdendes Leben zu bewahren. Sie könne die Frau, die sich des Vorliegens einer Indikation nicht sicher sei, davon abhalten, sich einer Beratung zu stellen. Bei anderen Frauen könne das Bestreben, eine Indikationsfeststellung um jeden Preis zu erhalten, zu nicht wirklichkeitsgetreuen Darstellungen ihrer Lage führen.“¹⁶ Und weiter: „Wer auf Beratung und Hilfe und nicht nur auf Strafdrohung setze, habe zahlreiche und plausible Gründe für die Erwartung, er werde damit das ungeborene Leben besser schützen: Die Beratung sei eine Voraussetzung für eine verantwortliche Entscheidung der schwangeren Frau. Auf sie setze der Gesetzgeber als den wirksamsten Schutzschirm, den der vom Schwangerschaftsabbruch bedrohte Embryo habe.“¹⁷

¹² vgl. die in Fn 5 erwähnte Einschränkung.

¹³ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, C. II. 1. (S. 22)

¹⁴ a.a.O. (S. 23)

¹⁵ vgl. nochmals Fn 5

¹⁶ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, C. III. 1. (S. 27)

¹⁷ a.a.O., C. III. 2. (S. 28)

Die Entscheidungsgründe¹⁸

„Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben zu schützen. Zum menschlichen Leben gehört auch das ungeborene. Auch ihm gebührt der Schutz des Staates. Die Verfassung untersagt nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das ungeborene Leben, sie gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen“¹⁹ „Menschenwürde kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu, nicht erst dem menschlichen Leben nach der Geburt oder bei ausgebildeter Persönlichkeit (vgl. bereits § 10 I 1 ALR: ‚Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis.‘).“²⁰

„...in ... der Schwangerschaft handelt es sich bei dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das im Prozeß des Wachstums und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt... Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu... Diese Würde des Menschseins liegt auch für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen. Es zu achten und zu schützen bedingt, daß die Rechtsordnung die rechtlichen Voraussetzungen seiner Entfaltung im Sinne eines eigenen Lebensrechts des Ungeborenen gewährleistet... Dieses Lebensrecht, das nicht erst durch die Annahme seitens der Mutter begründet wird, sondern dem Ungeborenen schon aufgrund seiner Existenz zusteht, ist das elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht; es gilt unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen, über die der Rechtsordnung eines religiös-weltanschaulich neutralen Staates kein Urteil zusteht.“²¹ Und weiter: „Die Schutzpflicht für das ungeborene Leben ist bezogen auf das einzelne Leben, nicht nur auf menschliches Leben allgemein.“²²

„Verhaltensanforderungen zum Schutz des ungeborenen Lebens stellt der Staat, indem er durch Gesetz Gebote und Verbote ausspricht, Handlungs- und Unterlassungspflichten festlegt. Dies gilt auch für den Schutz des nasciturus gegenüber seiner Mutter, ungeachtet der Verbindung, die zwischen beiden besteht und bei Mutter und Kind zu einem Verhältnis der ‚Zweiheit in Einheit‘ führt. Ein solcher Schutz des Ungeborenen gegenüber seiner Mutter ist nur möglich, wenn der Gesetzgeber ihr

¹⁸ vgl. nochmals Fn 5

¹⁹ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, D. I. 1. (S. 30)

²⁰ a.a.O., D. I. 1. a) (S. 30)

²¹ Ebenda (S. 31)

²² a.a.O., D. I. 1. b)

einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbietet und ihr damit die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen.“²³ „Solche Verhaltensgebote können sich nicht darauf beschränken, Anforderungen an die Freiwilligkeit zu sein, sondern sind als Rechtsgebote auszugestalten. ... Rechtliche Verhaltensgebote sollen Schutz in zwei Richtungen bewirken. Zum einen sollen sie präventive und repräsentive Schutzwirkungen im einzelnen Fall entfalten, wenn die Verletzung des geschützten Rechtsguts droht oder bereits stattgefunden hat. Zum anderen sollen sie im Volke lebendige Wertvorstellungen und Anschauungen über Recht und Unrecht stärken und unterstützen und ihrerseits Rechtsbewußtsein bilden ..., damit auf der Grundlage einer solchen normativen Orientierung des Verhaltens eine Rechtsgutsverletzung schon von vornherein nicht in Betracht gezogen wird.“²⁴

Diese Feststellungen werden jedoch in der Folge – ebenso wie in der Entscheidung aus dem Jahr 1975 – dahingehend relativiert, dass der dem Ungeborenen eingeräumte Anspruch auf Lebensschutz kein absoluter sei, sondern im Recht der Mutter auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie in ihrem Persönlichkeitsrecht seine Begrenzung finde.

Art und Umfang des (Lebens-)Schutzes zu bestimmen, sei Sache des Gesetzgebers, so das Gericht weiter. Dabei habe er allerdings ein *Untermaßverbot*²⁵ zu beachten; insoweit unterliege er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. „Notwendig ist ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener Schutz; entscheidend ist, daß er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein...“²⁶

„Soll das Untermaßverbot nicht verletzt werden, muß die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entsprechen.“²⁷ „Hierzu zählt, daß der Schwangerschaftsabbruch für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen wird und demgemäß rechtlich verboten ist... Die Grundrechtspositionen der Frau führen allerdings dazu, daß es in Ausnahmefällen zulässig, in manchen dieser Fälle womöglich geboten ist, eine solche Rechtspflicht [zum Austragen des Kindes; Anm. d. Verf.] nicht aufzuerlegen.“²⁸ Solche Ausnahme-

²³ a.a.O., D. I. 2. (S. 31)

²⁴ a.a.O., D. I. 2. a) (S. 32)

²⁵ Mit diesem Begriff wird (positiv gewendet) das an die staatliche Gewalt gerichtete Gebot bezeichnet, ein Mindestmaß an Leistung vorzuhalten (in dem hier behandelten Zusammenhang wohl, dass eine Mindestanforderung an den Grundrechtsschutz nicht unterschritten werden darf).

²⁶ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, D. I. 2. b) (S.32)

²⁷ vgl. hierzu a.a.O., D. I. 2. c) (S. 33)

²⁸ a.a.O., D. I. 2. c) aa) (S. 33)

lagen zu Ausnahmetatbeständen zu fassen, ist Sache des Gesetzgebers. Um dabei das Untermaßverbot nicht zu verletzen, muß er allerdings in Rechnung stellen, daß die miteinander kollidierenden Rechtsgüter hier nicht zu einem verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden können, weil auf der Seite des ungeborenen Lebens in jedem Fall nicht ein Mehr oder Weniger an Rechten, die Hinnahme von Nachteilen oder Einschränkungen, sondern alles, nämlich das Leben selbst, in Frage steht. Ein Ausgleich, der sowohl den Lebensschutz des nasciturus gewährleistet als auch der schwangeren Frau ein Recht zum Schwangerschaftsabbruch einräumt, ist nicht möglich, weil Schwangerschaftsabbruch immer Tötung ungeborenen Lebens ist. Das bedeutet indes nicht, daß eine Ausnahmelage, die es von Verfassungs wegen zuläßt, die Pflicht zum Austragen des Kindes aufzuheben, nur im Falle einer ernstesten Gefahr für das Leben der Frau oder einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihrer Gesundheit in Betracht kommt. ... Eine Unzumutbarkeit kann allerdings nicht aus Umständen herrühren, die im Rahmen der Normalsituation einer Schwangerschaft verbleiben. Vielmehr müssen Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, daß dies von der Frau nicht erwartet werden kann.“²⁹

„Soweit die Unzumutbarkeit die Pflicht der Frau, das Kind auszutragen, begrenzt, ist damit die Schutzpflicht des Staates, die gegenüber *jedem* ungeborenen menschlichen Leben besteht, nicht aufgehoben. Sie wird den Staat insbesondere veranlassen, durch Rat und Hilfe der Frau beizustehen und sie dadurch womöglich doch für das Austragen des Kindes zu gewinnen...“³⁰

Das Strafrecht, so das Gericht weiter, sei zwar nicht das einzige Mittel des Schutzes von Rechtsgütern; es unterliege dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Als letztes Mittel zur Durchsetzung des Schutzes von Rechtsgütern sei es allerdings einzusetzen, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“³¹

Aber: „Der Staat genügt seiner Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen menschlichen Leben nicht allein dadurch, daß er Angriffen wehrt, die diesem von anderen Menschen drohen. Er muß auch denjenigen Gefahren entgegentreten, die für dieses Leben in den gegenwärtigen und absehbaren realen Lebensverhältnissen der Frau und der Familie begründet liegen und der Bereitschaft zum Austragen des Kindes entgegenwirken. Darin berührt sich die Schutzpflicht mit dem Schutzauftrag aus Art.

²⁹ a.a.O., D. I. 2. c) bb) (S. 33 f.)

³⁰ a.a.O., D. I. 2. c) cc) (S. 34)

³¹ vgl. a.a.O., D. I. 2. c) dd) (S. 34 f.)

6 Abs. 1 und 4 GG³² ... Art. 6 Abs. 4 GG enthält einen für den gesamten Bereich des privaten und öffentlichen Rechts verbindlichen Schutzauftrag, der sich auch auf die schwangere Frau erstreckt. Diesem Auftrag entspricht es, Mutterschaft und Kinderbetreuung als eine Leistung zu betrachten, die auch im Interesse der Gemeinschaft liegt und deren Anerkennung verlangt.³³ Zwar könne der Staat den Eltern nicht alle Belastungen abnehmen, die ihnen durch die Pflege und Erziehung von Kindern erwachsen; er könne – und müsse ggfls. – aber auch Dritte an der Aufgabe beteiligen, Eltern bei diesen Aufgaben zu entlasten: „Eltern übernehmen mit der Erziehung ihrer Kinder zugleich Aufgaben, deren Erfüllung sowohl im Interesse der Gemeinschaft als Ganzer als auch jedes einzelnen gelegen ist. Darum ist der Staat gehalten, eine kinderfreundliche Gesellschaft zu fördern, was auch auf den Schutz des ungeborenen Lebens zurückwirkt. Mit Blick darauf hat der Gesetzgeber nicht nur im Bereich des Arbeitsrechts, sondern auch in anderen Bereichen des Privatrechts Regelungen mit besonderer Rücksicht auf Familien mit Kindern zu erwägen...“³⁴

„Der Schutzauftrag verpflichtet den Staat schließlich auch, den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewußtsein zu erhalten und zu beleben. ... Das betrifft auch und gerade die Lehrpläne der Schulen. ... Öffentlich-rechtlicher wie privater Rundfunk sind bei Ausübung ihrer Rundfunkfreiheit ... der Würde des Menschen verpflichtet...; ihr Programm hat daher auch teil an der Schutzaufgabe gegenüber dem ungeborenen Leben.“³⁵

„Die Umstände erheblichen Gewichts, die einer Frau das Austragen eines Kindes bis zur Unzumutbarkeit erschweren können, bestimmen sich nicht nur nach objektiven Komponenten, sondern auch nach ihren physischen und psychischen Befindlichkeiten und Eigenschaften.“³⁶

Der erkennende Senat befasst sich ausführlich mit der Befindlichkeit der schwangeren Frau, die sich in einer Notlage sieht, und erkennt an, dass eine Strafandrohung, aber auch das Erfordernis der Feststellung einer Indikation durch Dritte, die Bereitschaft der Frau zur Führung eines Beratungsgesprächs so beeinträchtigen könne, dass es eher vermieden werde.³⁷ „Anders liegt es bei einer medizinischen, embryopathischen oder auch kriminologischen Indikation. Die Notlage ist hier greifbar, wenn

³² Art. 6 Abs. 1 GG: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.“ – Art. 6 Abs. 4 GG: „Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.“

³³ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, D. I. 3.

³⁴ vgl. hierzu a.a.O., D. I. 3. a) (S. 35 f.)

³⁵ a.a.O., D. I. 3. d) (S. 36 f.)

³⁶ a.a.O., D. II. 2. (S. 39)

³⁷ vgl. hierzu a.a.O., D. II. 4. (S. 40 f)

ärztlich festgestellt ist, daß sich die Frau mit der Fortsetzung der Schwangerschaft einer beachtlichen Gefahr für ihre Gesundheit aussetzt oder die erhebliche Gefahr einer schweren Schädigung des Kindes besteht, oder wenn die Frau Opfer einer Straftat ist. Der vorgegebene objektive Sachverhalt verändert auch die Thematik und die Funktion der Beratung so, daß Frauen kaum Anlaß haben, einer solchen Indikationsfeststellung auszuweichen oder die Beratung nicht mit der notwendigen Offenheit anzunehmen.“³⁸

„Das Beratungskonzept ist darauf angelegt, das Verantwortungsbewußtsein der Frau zu stärken, die – unbeschadet der Verantwortlichkeiten des familiären und weiteren sozialen Umfeldes sowie des Arztes ... – letztlich den Abbruch der Schwangerschaft tatsächlich bestimmt und insofern verantworten muß (Letztverantwortung). Das erfordert Rahmenbedingungen, die positive Voraussetzungen für ein Handeln der Frau zugunsten des ungeborenen Lebens schaffen.“³⁹ „Zu den notwendigen Rahmenbedingungen eines Beratungskonzepts gehört an erster Stelle, daß die Beratung für die Frau zur Pflicht gemacht wird und ihrerseits darauf ausgerichtet ist, die Frau zum Austragen des Kindes zu ermutigen.“⁴⁰ „In das Schutzkonzept einzubeziehen sind aber auch Personen des familiären und des weiteren sozialen Umfeldes einer schwangeren Frau, die diese, wie aus Berichten von Beratern und Ärzten sowie aus wissenschaftlichen Untersuchungen hervorgeht, häufig – und dies nicht selten in strafwürdiger Weise – gegen das Kind beeinflussen...“⁴¹

„Auch im konkreten Schwangerschaftskonflikt kann die normative Orientierung auf den Schutz des ungeborenen Lebens nicht entfallen; der verfassungsrechtliche Rang des Rechtsguts des ungeborenen menschlichen Lebens muß dem allgemeinen Rechtsbewußtsein weiterhin gegenwärtig bleiben (sog. positive Generalprävention).“

„Schließlich verlangt eine Beratungsregelung, die vorwiegend auf präventiven Schutz setzt, daß ein Angebot sozialer Hilfen für Mutter und Kind - auch tatsächlich - bereitsteht, das durch Beseitigung oder Linderung konkreter Bedrängnisse und sozialer Nöte eine Entscheidung der Eltern für das Kind stützen und die Frau zum Austragen des Kindes ermutigen kann...“

„Wenn das Strafrecht einen Rechtfertigungsgrund vorsieht, muß das im allgemeinen Rechtsbewußtsein so verstanden werden, als sei das im Rechtfertigungstatbestand bezeichnete Verhalten erlaubt. Auch die Rechtsordnung im übrigen würde bei den

³⁸ a.a.O., D. II. 5. b) (S. 41)

³⁹ a.a.O., D. III. (S. 42)

⁴⁰ a.a.O., D. III. 1. a) (S. 42)

⁴¹ a.a.O., D. III. 1. b) (S. 42)

jeweiligen Regelungen über Recht und Unrecht in ihren Teilbereichen davon ausgehen, daß der Schutz für dieses Leben durch die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe aufgehoben sei. ... Werden hingegen Schwangerschaftsabbrüche unter bestimmten Voraussetzungen aus dem Straftatbestand ausgeklammert, so bedeutet dies lediglich, daß sie nicht mit Strafe bedroht sind. Eine Entscheidung des Gesetzgebers darüber, ob der Schwangerschaftsabbruch in anderen Teilen der Rechtsordnung als rechtmäßig oder rechtswidrig anzusehen und zu behandeln ist, bleibt damit offen... In anderen Bereichen der Rechtsordnung können dann eigenständige Regelungen getroffen werden, die dort den Schwangerschaftsabbruch als rechtswidrig zugrunde legen. Geschieht dies allerdings nicht, so wirkt sich der Ausschluß des Straftatbestandes wie ein Rechtfertigungsgrund aus, womit den Mindestanforderungen der Schutzpflicht nicht mehr genügt wäre.^{42,43,44}

Weitere Kernsätze aus der Entscheidungsbegründung: „Die Verfassung verspricht dem noch in jeder Weise von der Mutter abhängigen Ungeborenen Schutz auch dieser gegenüber.“ – „Das Rechtsbewußtsein wird durch widersprüchliche rechtliche Bewertungen verunsichert.“⁴⁵ – „Die Beratungsregelung hat nach allem zur Folge, daß die Frau, die ihre Schwangerschaft nach Beratung abbricht, eine von der Rechtsordnung nicht erlaubte Handlung vornimmt.“⁴⁶ – „Die Beraterinnen oder Berater müssen sich von dem Bemühen leiten lassen, die Frau zur Fortsetzung ihrer Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen.“⁴⁷ – „Ein Schwangerschaftskonflikt erwächst in aller Regel aus einem elementaren Zwiespalt zwischen der Erkenntnis, schutzbedürftiges menschliches Leben

⁴² a.a.O., D: III. 2. a) (S. 44)

⁴³ Die in diesem Absatz wiedergegebenen Erwägungen mögen juristisch bzw. verfassungsrechtlich korrekt sein, vermögen allerdings kaum in das Bewusstsein der Bevölkerung einzudringen. Wenn bei Vorliegen einer (voraussichtlichen) Schädigung des Embryos der Abbruch der Schwangerschaft strafrei gestellt wird – gleichgültig ob im Wege einer Rechtfertigung oder als Ausnahmetatbestand – ist dies im Bewusstsein jedenfalls des überwiegenden Teils der Bevölkerung eine „erlaubte Handlung“. Dies wiederum hat Auswirkungen auf die gesellschaftliche Akzeptanz von Menschen, die mit einer Behinderung geboren werden. Zudem wird in dem Urteil selbst die embryopathische Indikation als „Rechtfertigungsgrund“ für einen Schwangerschaftsabbruch bezeichnet (E. I. 3.)

⁴⁴ Entgegenstehend aber eine Einlassung im Minderheitenvotum der Richter Mahrenholz und Sommer (vgl. S. 13 unten)

⁴⁵ Mit dieser Bemerkung zielt das Gericht auf den Umstand, dass entsprechend den im Verfahren auf dem Prüfstand stehenden Bestimmungen des StGB zum Schwangerschaftsabbruch einerseits eine Straffreiheit für den Abbruch innerhalb von 12 Wochen nach der Empfängnis nach Durchführung einer Beratung vorgesehen war, andererseits aber die Straffreiheit vom Vorliegen bestimmter Indikationen abhängig sein sollte. Sie lässt sich allerdings ebenso auf den Umstand anwenden, dass ein Abbruch der Schwangerschaft grundsätzlich rechtswidrig ist, beim (voraussichtlichen) Vorliegen einer Schädigung und hiermit verbundener ernstlicher Gefahr für Leben oder körperliche Unversehrtheit der Mutter gleichwohl strafrei gestellt wird.

⁴⁶ Die Wahrnehmung in der Bevölkerung ist eine andere (vgl. oben, Fn 13).

⁴⁷ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, D. IV. 1. (S. 49)

in sich zu tragen, dem Wunsch, das Kind haben zu wollen einerseits und andererseits der Sorge, der damit verbundenen Aufgabe nicht gewachsen, schweren Konflikten im persönlichen Umfeld ausgesetzt zu sein oder eigene Lebensvorstellungen zurückstellen zu müssen. Eine Beratung, die diesen Zwiespalt aufdeckt und sich darum bemüht, die dem Kinderwunsch entgegenstehenden Umstände bewältigen zu helfen und die Frau zum Austragen der Schwangerschaft zu ermutigen, ist deshalb keine von außen kommende Fremdbestimmung. Daß die Frau solcher Hilfe bedarf, belegen auch psychische Folgeprobleme⁴⁸, die nach einem Schwangerschaftsabbruch nicht selten auftreten.⁴⁹ – Aufgrund der Beratung, so fordert das Gericht, „muß der Frau bewußt sein, daß nur in Ausnahmesituationen nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch in Betracht gezogen werden darf, nämlich nur, wenn der Frau eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, daß sie die zumutbare Obergrenze übersteigt. ... Das Beratungskonzept geht gerade davon aus, daß auch die schwangere Frau, die sich in einer Not- und Konfliktlage sieht, zu einer verantwortlichen, die Belange des ungeborenen Lebens achtenden Entscheidung in der Lage sei; dann ist es nur folgerichtig anzunehmen, daß sie bei ihrer Entscheidung mit in Erwägung ziehen wird, was die Rechtsordnung insoweit als Recht und Unrecht ansieht.“⁵⁰ – „Die Erfüllung der Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen menschlichen Leben erfordert es weiter, daß in der Beratung soziale und sonstige Fördermaßnahmen, die der Staat ergriffen hat, der Frau vorgestellt werden und sie bei der Inanspruchnahme der Leistungen so effektiv wie möglich unterstützt wird. Gleiches gilt, soweit Dritte, wie etwa Kirchen oder Stiftungen, Mittel zum Schutze des Lebens bereithalten. Nur so ist gewährleistet, daß alle diese Hilfen gerade die Frauen, die ihrer oft am meisten bedürfen, auch erreichen und ihren Willen zum Kind fördern.“⁵¹ – „In Fällen, in denen es um die Beratung in einer besonders schwierigen Lage geht, muß es möglich sein, auf Sachverständige zurückzugreifen, die über die jeweils erforderlichen Fachkenntnisse verfügen; so etwa wenn eine embryopathische

⁴⁸ Ein Schwangerschaftsabbruch ist straffrei, wenn eine (voraussichtliche) Schädigung des Embryos vorliegt und sich hieraus eine Gefahr für Leben oder körperliche Unversehrtheit der Mutter ergibt (embryopathische oder eugenische Indikation); dabei umfasst der Begriff „körperliche Unversehrtheit“ (jedenfalls in seiner gegenwärtigen Auslegung) auch die seelische Gesundheit der Mutter. Hier wird nun vom BVerfG darauf hingewiesen, dass ein Schwangerschaftsabbruch „nicht selten“ zu „psychische(n) Folgeprobleme(n)“ führen kann, mithin also ebenfalls eine – jedenfalls potenzielle – Gefährdung der „körperlichen Unversehrtheit“ der Mutter darstellt. Diese Folge kann durchaus auch bei einem Abbruch aufgrund der embryopathischen Indikation eintreten. Das wirft die Frage auf, ob es gerechtfertigt ist, dem Lebensrecht dieses Embryos das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Mutter entgegenzuhalten, jedenfalls dann, wenn es um die Besorgung seelischer und nicht körperlicher Schäden geht.

⁴⁹ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, ebenda (S. 49)

⁵⁰ a.a.O., D. IV. 1. a) (S. 50)

⁵¹ a.a.O. D. IV. 1. c) (S. 51)

Indikation in Frage steht, auf den bei den Fachärzten und in den Behindertenverbänden versammelten Sachverstand und deren besondere Erfahrungen.“⁵²

Eine sehr weit gehende Rolle weist das Gericht bei der Umsetzung des Beratungskonzepts, aber auch insbesondere bei einer effektiven Verwirklichung des Lebensschutzes des Ungeborenen, dem Arzt zu: „Der Arzt darf einen verlangten Schwangerschaftsabbruch nicht lediglich vollziehen, sondern hat sein ärztliches Handeln zu verantworten. Er ist Gesundheit und Lebensschutz verpflichtet und darf deshalb nicht unbesehen an einem Schwangerschaftsabbruch mitwirken. Die staatliche Schutzpflicht erfordert es hier, daß die im Interesse der Frau notwendige Beteiligung des Arztes zugleich Schutz für das ungeborene Leben bewirkt. Der Arzt ist schon durch Berufsethos und Berufsrecht darauf verpflichtet, sich grundsätzlich für die Erhaltung menschlichen Lebens, auch des ungeborenen, einzusetzen. Daß der Arzt dieser Schutzaufgabe bei der ärztlichen Beratung und der Entscheidung über die Mitwirkung am Schwangerschaftsabbruch nachkommen kann, muß der Staat sicherstellen. Er muß ferner gerade dann, wenn die Rechtsordnung darauf verzichtet, das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für den Schwangerschaftsabbruch im Einzelfall feststellen zu lassen, den Arzt verpflichten, die ihm zukommende Schutzaufgabe wahrzunehmen.“⁵³

„Weiterhin obliegt es dem Arzt, über die rein medizinischen Aspekte des Schwangerschaftsabbruchs hinaus den Schwangerschaftskonflikt, in dem die Frau steht, im Rahmen ärztlicher Erkenntnismöglichkeiten zu erheben. Dazu hat er sich die Gründe, aus denen die Frau den Schwangerschaftsabbruch verlangt, darlegen zu lassen. Soweit diese – wie etwa der Gesundheitszustand der Frau – ärztlicher Untersuchung zugänglich sind, obliegt dem Arzt grundsätzlich eine eigene Beurteilung. Bei anderen Gründen darf der Arzt regelmäßig von den Angaben der Frau ausgehen, sofern sie ihm - gegebenenfalls nach entsprechender Vergewisserung - glaubhaft erscheinen. Etwaige tieferliegende Ursachen des Schwangerschaftskonflikts soll er in Erfahrung zu bringen suchen. Vor allem hat er sein Augenmerk darauf zu richten, ob die Frau tatsächlich den Schwangerschaftsabbruch innerlich bejaht oder ob sie insbesondere Einflüssen unterlegen ist, die von ihrem familiären oder weiteren sozialen Umfeld – etwa dem Ehemann, dem Partner, den Eltern oder dem Arbeitgeber – ausgegangen sind. In solchen Fällen kann vermehrt die Gefahr nachfolgender psychischer Störungen bestehen, die der Arzt bei seiner Beratung und Entscheidung berücksichtigen und über die er die Frau in geeigneter Weise aufklären muß. Der Arzt darf weiterhin

⁵² a.a.O., D. IV. 3. b) (S. 52)

⁵³ a.a.O., D. V. (S. 53)

Umstände nicht außer acht lassen, die darauf hindeuten, daß der Schwangerschaftsabbruch der Frau in ihrem Konflikt nicht hilft.“

Im Beratungsgespräch hat der Arzt der Frau in geeigneter Weise, ohne vorhandene Ängste und seelische Nöte zu verstärken, ein hinreichendes Wissen davon zu vermitteln und zur Sprache zu bringen, daß der Schwangerschaftsabbruch menschliches Leben zerstört. Aus dem einschlägigen Schrifttum sind Schilderungen von Frauen bekannt, daß sie vor dem Schwangerschaftsabbruch falsche Vorstellungen über das tatsächliche Geschehen gehabt hätten und bei ausreichender Kenntnis den Abbruch nicht hätten vornehmen lassen. In solchen Fällen ist der ärztlichen Aufklärungspflicht nicht genügt worden.

...

Da verantwortliches ärztliches Handeln normativ am Schutz des ungeborenen Lebens orientiert ist, hat der Arzt zu berücksichtigen, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsordnung einen Schwangerschaftsabbruch als nicht rechtswidrig ansieht. Notwendig dafür ist eine – dem Recht verpflichtete – ärztliche Beurteilung der Konfliktlage⁵⁴, die als Grundlage des Gesprächs mit der Frau und der eigenen Entscheidung des Arztes dienen kann. Dabei hat der Arzt der Frau die für seine Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte mitzuteilen.“⁵⁵

„Eine zivilrechtliche Sanktion für die Schlechterfüllung des Vertrages [über die ärztlichen Beratungs- und Behandlungspflichten; Anm. d. Verf.] und für eine deliktische Beeinträchtigung der körperlichen Integrität der Frau ist grundsätzlich erforderlich; dies betrifft nicht nur eine Verpflichtung zur Rückzahlung der vergeblich geleisteten Vergütung, sondern auch den Ersatz von Schäden einschließlich – im Rahmen der §§ 823, 847 BGB – einer billigen Entschädigung der Frau für die immateriellen Belas-

⁵⁴ Ohne auch nur einem Arzt zu nahe treten zu wollen: Bei den Berichten über Frauen (bzw. Paare), bei denen bei pränataler Diagnostik das (voraussichtliche) Vorliegen einer Schädigung des Embryos festgestellt wurde (z.B. und insbesondere beim so genannten Down-Syndrom), kann in vielen Fällen die Vermutung ausgesprochen werden, dass der beratende bzw. mit dem Abbruch betraute Arzt diesem Kriterium nicht gerecht wird. In diesen Fällen wird überwiegend zum Abbruch der Schwangerschaft geraten, obwohl in den allermeisten Fällen diese Kinder von ihrer Familie liebevoll angenommen und entsprechend ihren Möglichkeiten gefördert werden. Viele Eltern berichten sogar, nach dem „ersten Schock“ sei dieses Kind „eine Bereicherung für ihr Leben“ gewesen. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass in der weit überwiegenden Anzahl dieser Fälle eine Gefahr für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit der Mutter, die allein den Abbruch rechtfertigen würde, nicht bestand (vgl. auch Fn 48).

⁵⁵ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, D. V. 1. a) - c) (S. 54 f.)

tungen, die mit dem fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruch oder mit der Geburt eines behinderten Kindes für sie verbunden waren.⁵⁶⁵⁷

„Eine Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs kann nur in Betracht kommen, wenn eine – festzustellende – tatbestandlich näher umschriebene Notlage gegeben ist, die – vergleichbar den Fällen der medizinischen, embryopathischen oder kriminologischen Indikation⁵⁸ – so schwer wiegt, daß der schwangeren Frau die Austragung der Schwangerschaft nicht zugemutet werden kann.“⁵⁹

„Diese Verpflichtung [zur Korrektur oder Nachbesserung eines Gesetzes, von dem sich nach seiner Verabschiedung durch Beobachtung seiner Wirkung herausstellt, dass seine Wirkung nicht mehr den von der Verfassung vorgegebenen Grundsätzen entspricht; Anm. d. Verf.] folgt auch daraus, daß der Gesetzgeber von Verfassung wegen grundsätzlich gehalten ist, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes sobald als möglich zu beseitigen... Sie ist vor allem dann von Bedeutung, wenn ein bei Erlaß verfassungsmäßiges Gesetz nachträglich verfassungswidrig wird, weil sich die tatsächlichen Verhältnisse, auf die es einwirkt, grundlegend gewandelt haben oder sich die beim Erlaß des Gesetzes verfassungsrechtlich unbedenkliche Einschätzung seiner künftigen Wirkungen später als ganz oder teilweise falsch erweist... Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) erschöpft sich nämlich nicht in der Verpflichtung, bei Erlaß eines Gesetzes die verfassungsrechtlichen Grenzen einzuhalten; sie umfaßt auch die Verantwortung dafür, daß die erlassenen Gesetze in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleiben... Die Nachbesserungspflicht schließt nicht generell eine fortlaufende Kontrolle der Gesetze durch den Gesetzgeber ein. Vielfach aktualisiert sie sich erst dann, wenn die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes erkannt oder doch jedenfalls deutlich erkennbar wird...“⁶⁰

⁵⁶ Hier wird offenbar die Geburt eines behinderten Kindes, sofern der Schwangerschaftsabbruch fehlschlägt, als „Schaden“ begriffen. Dies wird in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung nach meinen Informationen inzwischen jedenfalls in Teilen anders beurteilt; dennoch stellt sich die Frage, ob diese seinerzeitige Sichtweise des BVerfG unter Berücksichtigung des zwischenzeitlich ins Grundgesetz eingefügten Art. 3 Abs. 3 Satz 2 und der am 26. März 2009 für Deutschland wirksam gewordenen Übereinkunft der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen noch haltbar ist.

⁵⁷ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, D. V. 6. (S. 57)

⁵⁸ Die Annahme eines „Rechtfertigungsgrundes“ bei den Indikationen ist offenbar notwendig, damit in diesen Fällen die gesetzliche Krankenversicherung verfassungsrechtlich unbedenklich die Kosten für den Schwangerschaftsabbruch tragen kann (vgl. auch Fn 43).

⁵⁹ BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, E. I. 2. (S. 60)

⁶⁰ a.a.O., E. IV. 1. b) (S. 66)

Minderheitenvoten

Die Richter Mahrenholz und Sommer haben ein Minderheitenvotum zu der Entscheidung abgegeben. Darin heißt es u.a.: „Das einzigartige Zuordnungsproblem der ‚Zweiheit in Einheit‘ kann grundrechtlich auch nicht annähernd in einer *bloßen Gegenüberstellung* von Embryo und Frau eingefangen werden. Ihre eigene grundrechtliche Lage ist vielmehr ihrem Wesen nach durch die Verantwortung für das andere Leben mit-bestimmt, weil sie dieses Leben in sich trägt. Damit wird nicht ausgeklammert, daß der Frau dieses andere Leben mit eigener menschlicher Würde auch ‚gegenübersteht‘. ... Mit dem Fortschreiten der Schwangerschaft und dem Heranwachsen des nasciturus verschieben sich die Gewichte in der Zuordnung; der Inhalt der Grundrechtsposition der Frau und die Rolle des Staates in der Wahrnehmung seiner Schutzpflicht sind in der Frühphase anders zu beurteilen als im fortgeschrittenen Stadium.“⁶¹

„Abwägungen nach dem Maßstab der Zumutbarkeit gehen von sich gegenüberstehenden Rechtsgütern aus, deren eines zerstört wird. Bei diesem Ausgangspunkt dürfte die Schutzpflicht des Staates aber folgerichtig nur durch den rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB⁶² begrenzt werden. Geschieht dies nicht, läuft die Handhabung des Zumutbarkeitskriteriums auf eben den ‚Vorrang‘ für die Frau hinaus, den der Senat ablehnt... Der Senat verwendet den Zumutbarkeitsgedanken nicht so wie der Erste Senat, also im Sinne einer praktizierten und auf tatsächlich wirksam werdenden Lebensschutz gerichteten Scheidung der gerechtfertigten von den verwerflichen Abbrüchen... Um der Offenheit der Beratung willen steht der Unzumutbarkeit nicht mehr der Gegenbegriff zumutbarer Fortsetzung der Schwangerschaft und deshalb strafbaren Abbruchs gegenüber. Dadurch verändert das Zumutbarkeitskriterium seine rechtliche Bedeutung. Indem es in der allgemeinen Notlagenindikation nur noch der – rechtlich folgenlosen – Orientierung der schwangeren Frau für ihre Entscheidung dient, der Abbruch aber in jedem Fall rechtswidrig ist, wurzelt das Kriterium letztlich nur noch im sittlichen und kaum noch im rechtlichen Bereich. Maßstäbliche Schutzpflicht und praktische Schutzpflicht lassen sich nicht mehr miteinander

⁶¹ Abweichende Meinung der Richter Mahrenholz und Sommer zum BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, I. 1. (S. 85)

⁶² „Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.“

verbinden. Insofern steht die Beratungsregelung zum Indikationsmodell des Senats quer.⁶³

„Der Senat sieht es – wie hervorgehoben – als Bestandteil des Schutzkonzepts der Beratungslösung an, der einzelnen Frau die Gewißheit zu verweigern, daß der Abbruch, für den sie sich nach Abschluß des Beratungsverfahrens entscheidet, von der Rechtsordnung gebilligt ist⁶⁴...“⁶⁵

„Der Deutsche Bundestag hat vorgetragen, nach Befragungen des Allensbach-Instituts in den Jahren 1983, 1987 und 1988 hielten zwei Drittel der Deutschen den Schwangerschaftsabbruch für erlaubt.⁶⁶“⁶⁷

„In der mündlichen Verhandlung über die hier zu beurteilenden Anträge hat Prof. Dr. Eser darauf hingewiesen, daß im Gegensatz zur Kennzeichnung einer Handlung als ‚nicht rechtswidrig‘ die tatbestandliche Ausnahme von einem sonst mit Strafe bedrohten Verhalten als eine Freigabe des Schutzgutes in diesem Bereich verstanden werden müsse...“⁶⁸

⁶³ Abweichende Meinung der Richter Mahrenholz und Sommer zum BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, I. 4. (S. 88)

⁶⁴ Die beiden das Minderheitenvotum tragenden Richter setzen sich dafür ein, dass der Frau, die sich nach einer Pflicht-Beratung für den Abbruch einer Schwangerschaft entscheidet, mit allen Konsequenzen – also auch der Verpflichtung der Solidargemeinschaft GKV, die Kosten hierfür zu tragen – das Moment der Rechtfertigung zugestanden wird (zu den vom Senat angenommenen gesellschaftlichen Wirkungen der Rechtfertigung s. auch Fn 43 mit zugehörigem Text). Nun erscheint es aber mindestens problematisch, eine Tötungshandlung zu rechtfertigen, selbst wenn diese durch die Wahrung der Grundrechte anderer legitimiert sein mag. Welche rechtlichen Folgerungen ergäben sich (neben der Unmöglichkeit, Leistungen der GKV für den Abbruch in Anspruch zu nehmen; vgl. hierzu aber das Minderheitenvotum des Richters Böckenförde [S, 14]), wenn man einem Schwangerschaftsabbruch generell die Rechtfertigung versagen und eine in bestimmten Fällen gewährte Straffreiheit dem „Tatbestandsmerkmal“ zuordnen würde? Folgt man dem Gericht (dem die Träger des Minderheitenvotums allerdings auch in diesem Punkt nicht folgen), so ergäbe sich auf der gesellschaftlichen Ebene der durchaus positive Effekt, dass der Abbruch einer Schwangerschaft nicht mehr grundsätzliche Billigung, sondern grundsätzliche Missbilligung erfahren würde – auch (und vielleicht sogar gerade) im Falle einer so genannten „embryopathischen Indikation“ (s. aber den übernächsten Avbsatz).

⁶⁵ Abweichende Meinung der Richter Mahrenholz und Sommer zum BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, II. 2. a) (S. 91)

⁶⁶ Diese dokumentierte Auffassung der Bürger dürfte nicht zuletzt der „sexuellen Revolution“ und dem damit gewachsenen Selbstbewusstsein der Frau geschuldet sein. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1975 unmissverständlich ein Lebensrecht des gezeugten Kindes von Anfang an angenommen. Folgt man dieser Sichtweise, handelt es sich beim Abbruch einer Schwangerschaft zunächst einmal grundsätzlich um ein Tötungsdelikt; demzufolge müsste eine Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs grundsätzlich mit der Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Tötungsdeliktes verbunden und die Antworten zueinander in Relation gesetzt werden.

⁶⁷ Abweichende Meinung der Richter Mahrenholz und Sommer zum BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, II. 2. b) (S. 92)

⁶⁸ a.a.O. (S. 93)

Der Richter Böckenförde hat ein weiteres Minderheitenvotum abgegeben. Dieses befasst sich insbesondere mit der von der Senatsmehrheit abgelehnten Verpflichtung der GKV, Schwangerschaftsabbrüche zu finanzieren, die nicht wegen Vorliegens einer Indikation durchgeführt werden. Darin wird u.a. ausgeführt: „Wie der Senat mit Recht sagt, können nur bestimmte Ausnahmelagen, die eine solche Belastung hervorrufen, daß sie eine rechtliche Pflicht zum Austragen des Kindes für die Frau als unzumutbar erscheinen lassen..., dazu führen, Schwangerschaftsabbrüche als gerechtfertigt anzusehen. Daß diese Voraussetzungen bei beratenen Abbrüchen generell vorliegen, läßt sich weder aufgrund eines allgemeinen Erfahrungssatzes annehmen noch typischerweise unterstellen. Das gleiche gilt aber auch umgekehrt: Eine Vermutung, beratene Abbrüche entsprächen diesen Voraussetzungen generell nicht, ist ebenso wenig begründet. Die beratenen Abbrüche stellen mithin eine ungeschiedene Gesamtheit von – materiell-rechtlich gesehen (unabhängig von der fehlenden Feststellung durch einen Dritten) – gerechtfertigten und nicht gerechtfertigten Abbrüchen dar. Damit stellt sich für das Sozialversicherungsrecht, das insoweit Folgerecht ist, die Frage, wie mit dieser ungeschiedenen Gesamtheit der beratenen Abbrüche im Blick auf die Gewährung von Versicherungsleistungen zu verfahren ist. Das Schutzkonzept der Beratungsregelung beruht darauf, wie der Senat darlegt..., daß generell und ausnahmslos von der Feststellung des Vorliegens der Indikation einer sozialen Notlage abgesehen wird. Die Gesamtheit der beratenen Abbrüche kann also nicht nach rechtswidrigen und nicht rechtswidrigen Abbrüchen aufgelöst werden; sie muß und kann nur einheitlich behandelt werden.“⁶⁹ Der Ausschluss als rechtswidrig eingeordneter Schwangerschaftsabbrüche aus der Leistungspflicht der GKV „mag ein mögliches Ergebnis gesetzgeberischer Regelung sein. Daß er jedoch verfassungsrechtlich zwingend vorgeschrieben ist und jede andere Lösung einen Verfassungsverstoß darstellt, läßt sich weder aus der Schutzpflicht für das ungeborene menschliche Leben noch sonst verfassungsrechtlich herleiten.“⁷⁰ Diese Position wird von dem Richter im Folgenden unter den Buchstaben a) - d) näher begründet; dies an dieser Stelle ausführlich darzustellen, erscheint allerdings nicht unbedingt geboten. Diese Ausführungen gipfeln letztlich in der Feststellung: „Hiernach kommt es darauf an, ein Rechtsbewußtsein zu bilden und zu stützen, das – gemäß den dargelegten verfassungsrechtlichen Maßgaben – zwischen gerechtfertigten und unrechtmäßigen Schwangerschaftsabbrüchen⁷¹ zu unterscheiden weiß.“⁷²

⁶⁹ Abweichende Meinung des Richters Böckenförde zum BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, 1. - 2. (S. 95)

⁷⁰ vgl. ebenda

⁷¹ Auch Richter Böckenförde gibt die Unterscheidung zwischen „gerechtfertigten“ und „unrechtmäßigen“ Schwangerschaftsabbrüchen nicht auf; zur Vermeidung von Wiederholungen sei hier auf Satz 2 von Fn 54 verwiesen.

Der Richter findet schließlich ein „Schlusswort“, das wohl an alle gerichtet ist, die mit der jeweils geltenden Regelung des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs unzufrieden sind, und das auch bei den Bemühungen, den Lebensschutz ungeborenen behinderten Lebens zu verbessern, im Hinterkopf behalten werden sollte: „Eine gesetzliche Regelung des Abtreibungsproblems wird stets ein Stück weit ‚Notordnung‘ sein und sein müssen, wenn es ihr nicht nur darum geht, in der normativen Sphäre ein stringent auf den Schutz des ungeborenen Lebens ausgerichtetes Regelwerk zu formulieren, dessen praktische Wirksamkeit dahinstehen mag, sondern auch und gerade darum, soweit möglich wirksamen Schutz für das einzelne, ungeborene menschliche Leben zu erreichen. Eine rechtlich normative Ordnung, die in der normativen Sphäre bei sich bleibt, sich nicht in tatsächlich wirksamen Schutz des ungeborenen Lebens umsetzt, trägt zum Schutz dieses Lebens nicht wirklich bei und erfüllt damit auch nicht die Aufgabe, die dem Recht obliegt. Eine rechtliche Regelung aber, die gemäß der sozialordnenden Aufgabe des Rechts auf tatsächliche Wirksamkeit abzielt und sie herbeiführen will, muß auch die eigenen Wirksamkeitsbedingungen mit in Rechnung stellen. Diese ergeben sich ebenso aus der *conditio humana* wie aus der konkreten Verfaßtheit einer Gesellschaft. Diese Wirksamkeitsbedingungen gegebenenfalls zu ändern, kann nicht allein oder primär die Aufgabe des Rechts sein; es vermag dazu zwar, aber nur in begrenztem Umfang, beizutragen.“⁷³

Düsseldorf, den 10. August 2010⁷⁴

⁷² Abweichende Meinung des Richters Böckenförde zum BVerfG-Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 –, 2. d) (S. 98)

⁷³ a.a.O., 4. (S. 99)

⁷⁴ Dieses Dokument wurde Ende Dezember 2018 einer Überarbeitung unterzogen, da ich im Rahmen einer weiteren Ausarbeitung nochmals darauf zurückgreifen wollte und mir bei dieser Gelegenheit auffiel, dass bei der ursprünglichen Abfassung Quellenangaben unterblieben waren.