

Die Problematik der „eugenischen Indikation“ als Rechtfertigungsgrund i.S.v. § 218 a II StGB n.F.,

insbesondere im Vergleich mit den entsprechenden Regelungen in Tschechien und Ungarn

von

Ulrike Berg

Inaugural – Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades des Fachbereiches Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2003 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus – Liebig – Universität Gießen als Dissertation angenommen.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 18. November 2004 statt.

Für die Veröffentlichung wurden Rechtsprechung und Literatur bis September 2005 berücksichtigt.

Besonders bedanken möchte ich mich an dieser Stelle zunächst bei meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Walter Gropp für die wissenschaftliche Betreuung und darüber hinausgehende, vielfältige Förderung meines Promotionsvorhabens. Ferner gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Arthur Kreutzer für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ein Stipendium der Konrad – Adenauer – Stiftung e.V. hat es mir ermöglicht, mich vollständig auf die Abfassung dieser Dissertation zu konzentrieren und zudem interdisziplinär zu arbeiten. Es sei der Stiftung an dieser Stelle nochmals herzlichst gedankt.

Sehr zu Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Dr. Hans-Georg Koch, Leiter des Referats Recht und Medizin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg im Breisgau für seine Unterstützung.

Unzählige kleine und große Hilfen aus meinem Freundeskreis erleichterten mir die Arbeit an meiner Dissertation; hervorheben möchte ich Frau Felicitas Kärgel, Herrn Patrick Klawa und Herrn Dr. Tino Naumann, die die umfangreiche Arbeit des Korrekturlesens übernommen haben.

Vor allem aber danke ich meinen Eltern für die stets vorbehaltlose und umfassende Unterstützung während meiner Ausbildung und der gesamten Zeit der Erstellung dieser Arbeit.

Inhaltsverzeichnis

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	<i>I</i>
<i>Gliederungsaufriß</i>	<i>VII</i>
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>X</i>
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	<i>XXXVIII</i>
Teil 1 : Einleitung	1
Teil 2: Eugenische Gründe für Schwangerschaftsabbrüche	3
A. BERÜCKSICHTIGUNG EUGENISCHER GRÜNDE IN DER VERGANGENHEIT	3
I. Zeit des Nationalsozialismus – Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses	4
II. Zeit bis zum Inkrafttreten des Schwangeren- und Familienhilfe- Änderungsgesetzes.....	6
1. Berücksichtigung in der bundesdeutschen Regelung (bis zum 03.Okt.1990)	6
(a) Zeit von 1945 bis 1949	6
(b) Zeit nach 1949 bis zum Inkrafttreten des 15. StrÄG	7
(c) Regelung nach dem 15. StrÄG	8
2. Berücksichtigung in den Regelungen der DDR	9
(a) Kriegsende bis 1950	9
(b) Zeit von 1950 bis 1972	11
(c) 1972 bis 1990	14
3. Zeit nach der Wiedervereinigung	19
III. Zusammenfassung	25
B. EUGENISCHE GRÜNDE IN DER GEGENWART - DIE BESTEHENDE GESETZESLAGE , § 218 a II StGB n.F.	26
I. Die Einordnung der Sachlagen der eugenischen „Indikation“ durch das SFHÄndG vom 21.08.1995 in das System der §§ 218 ff StGB n.F.	26
1. Systematik der §§ 218 ff StGB n.F.	27
(a) Strafbegründungsnormen	27
(b) Straffreiheitsnormen	28
2. Der Regelungsbereich der §§ 218 ff StGB n.F.	28
(a) Geschütztes Rechtsgut	28
(b) Angriffsobjekt	29
(c) Tathandlung und Taterfolg	32
(d) Abgrenzung zu den Tötungsdelikten	32
II. Die Entscheidung des BVerfG vom 28.05.1993 – Ihre Aussagen für die eugenische Indikation	36
III. Die Problematik der „Verlagerung“ der eugenischen in die medizinisch-soziale Indikation	38
1. Vergleich zur bisherigen Regelung der eugenischen Indikation – der nunmehrige „Wegfall“ der eugenischen Indikation	38
(a) Meinungsstand in der Literatur	39
aa) Stimmen gegen die Abschaffung der eugenischen Indikation	39
bb) Stimmen für die Abschaffung der eugenischen Indikation	41
(b) Argumente für den kompletten Wegfall der eugenischen Indikation im geltenden Recht	43
aa) Wortlaut	43
bb) Motive des Gesetzgebers	44
cc) Gesetzgebungsgeschichte	46
dd) Verhältnis der eugenischen Indikation, § 218 a II Nr.1 StGB a.F., zur medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a I Nr.2 StGB a.F.	49
ee) Artikel 3 Abs.3 S.2 GG	51
(c) Argumente gegen den kompletten Wegfall der eugenischen Indikation im geltenden Recht ...	54
aa) Gesetzgeberischer Wille	54
bb) Anerkennung durch das BVerfG	55
cc) Existenzberechtigung der Früheuthanasie	57
(1) Rechtliche Zulässigkeit der Früheuthanasie	58
(2) Kriterien der Grenzziehung beim Behandlungsverzicht	61
(3) Übertragbarkeit der Grundsätze des Behandlungsverzichts auf den Schwangerschaftsabbruch	62
dd) Stellung der ehemaligen Einzelindikationen untereinander	64

ee) Beurteilungsmaßstab hinsichtlich des Zumutbarkeitskriteriums	65
(d) Zusammenfassende Stellungnahme.....	66
aa) Praktische Folgen eines Wegfalls.....	70
bb) Eigene Bewertung	76
(e) Fazit.....	80
2. Bedenken gegen diese mögliche Einordnung in die medizinisch-soziale Indikation, § 218 a II StGB	
n.F.	80
(a) Verfassungsrechtliche Bedenken.....	80
aa) Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot, Art.103 Abs.2 GG	82
(1) Anwendbarkeit auf Rechtfertigungsgründe	84
(1.1.) Meinungen in der Literatur.....	84
(1.2.) Die Interessenabwägung als Kriterium für eine „unbestimmtere“ Fassung bei Rechtfertigungsgründen	85
(1.3.) Zwischenergebnis	86
(2) Bestimmtheit des Rechtfertigungstatbestandes, § 218 a II StGB	87
(2.1.) Bestimmtheit des Kriteriums „schwerwiegend(e)“ Beeinträchtigung	89
(2.1.1.) Grammatische Auslegung.....	89
(2.1.2.) Systematische Auslegung	91
(2.1.3.) Historische Auslegung.....	92
(2.1.4.) Teleologische Auslegung.....	93
(2.1.5.) Zwischenergebnis	94
(2.2.) Bestimmtheitsnachweis für das Merkmal „Gesundheitszustand“	94
(2.2.1.) Grammatische Auslegung.....	95
(2.2.2.) Systematische Auslegung	96
(2.2.3.) Historische Auslegung.....	97
(2.2.4.) Auslegung nach Sinn und Zweck	98
(2.2.5.) Zwischenergebnis	99
(2.3.) Bestimmtheit des Kriteriums „zumutbar(e) (Weise)“.....	100
(2.3.1.) Grammatische Auslegung.....	100
(2.3.2.) Systematische Auslegung	102
(2.3.3.) Historische Auslegung.....	104
(2.3.4.) Teleologische Auslegung.....	105
(2.3.5.) Zwischenergebnis	106
(2.4.) Bestimmtheit des Tatbestandsmerkmals „ärztliche Erkenntnis“	106
(2.4.1.) Grammatische Auslegung.....	106
(2.4.2.) Systematische Auslegung	108
(2.4.3.) Historische Auslegung.....	109
(2.4.4.) Teleologische Auslegung.....	111
(2.4.5.) Zwischenergebnis	112
(3) Konkrete Anwendung.....	113
(4) Ergebnis.....	117
bb) Prüfung der Vereinbarkeit mit Art. 3 III S.2 GG	117
(1) Die Vorschrift des Art.3 III S.2 GG - Allgemeines	118
(2) Träger des Rechts aus Art.3 III S.2 GG.....	120
(2.1.) Behindertenbegriff.....	120
(2.2.) Beschränkbarkeit des Behindertenbegriffes	121
(2.3.) Der Nasciturus als Grundrechtsträger	123
(2.3.1.) Träger des Rechts aus Art.3 Abs.3 S.2 GG.....	123
(2.3.2.) Erforderlicher Behinderungsgrad	124
(3) Verbotene Benachteiligung i.S.v. Art.3 III S.2 GG.....	124
(3.1.) Unterscheidung	125
(3.2.) Verbotene Benachteiligung	126
(3.2.1.) Betroffenheit der Merkmalsträger	127
(3.2.2.) Vergleich	128
(3.3.) „Wegen“ der Behinderung.....	134
(3.3.1.) Deutungsmodelle für das Kriterium „wegen“	136
(3.3.2.) Zwischenergebnis	142
(3.3.3.) Prüfung der geltenden Regelung des § 218 a II StGB anhand des favorisierten („gemäßigten“) Anknüpfungsmodells	143
(3.3.4.) Stellungnahme	146
(3.3.4.1) in der Literatur	147
(3.3.4.2.) eigene Beurteilung	148

(4) Ergebnis.....	153
cc) Fazit der verfassungsrechtlichen Prüfung.....	153
(b) Anderweitige Bedenken bei einer Integration eugenischer Fälle in § 218 a II StGB n.F.	153
aa) Verschiedenheit der Leitbilder von medizinischer und ehemaliger eugenischer Indikation	157
(1) Stellungnahme zur Versagung der Möglichkeit der Einordnung.....	159
(2) Möglichkeit des „Unterschlupfs“	161
bb) Verschiedenheit der Legitimationsgründe	162
cc) Nähe der ehemaligen eugenischen Indikation zur früheren „Notlagenindikation“	166
(1) Argumente	166
(2) Stellungnahme	168
dd) Verlust des abschließenden Charakters der medizinischen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F.	171
ee) Bedenken hinsichtlich eines Wandels des Bewusstseins.....	176
ff) Fazit.....	177
(c) Stellungnahme	177
aa) Verständnis vom geltenden § 218 a II StGB	178
bb) Kongruenzerfordernis	180
cc) Ärztliche Erkenntnis.....	181
dd) Zumutbarkeitskriterium	185
ee) Zwischenergebnis.....	188
ff) Schlussfolgerung	189
3. Die Integration von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in § 218 a II StGB	
n.F. konkret	190
(a) Ansätze der angestrebten Einordnung – das Erfordernis der Gefahrenlage	191
(b) Die Tatbestandsmerkmale der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. ...	192
aa) Gefahrenlage – Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr für die Schwangere	192
(1) Allgemeines zur Gefahrenlage	194
(2) Lebensgefahr	195
(3) Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes.....	197
(3.1.) Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes	198
(3.1.1.) Notwendigkeit einer Krankheit im engen medizinischen Sinne	202
(3.1.2.) Zwischenergebnis	205
(3.2.) „Schwerwiegende“ Beeinträchtigung	205
(3.2.1.) Objektiver und subjektiver Deutungsansatz	207
(3.2.2.) Zwischenergebnis	209
(3.2.3.) Mindestmaßbestimmung.....	210
(3.2.3.1.) juristische Vorschläge.....	210
(3.2.3.2.) Eigene Bestimmung.....	212
(3.2.4.) Ergebnis.....	214
(4) Konkretheit der Gefahrenlage.....	215
bb) Eugenische Fälle als Auslöser der Gefahrenlage --- die Berücksichtigung der „Kindesvoraussetzungen“ gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG.....	218
(1) Meinungsstand.....	219
(2) Merkmal der „Nichtbehebbarkeit“ der Kindeschädigung	221
(2.1.) Allgemeines	221
(2.2.) im Rahmen von „Gefahr für das Leben“	222
(2.3.) im Rahmen von „Gesundheitsgefahr“	223
(2.4.) im Rahmen von „Konkretheit der Gefahrenlage“	226
(2.5.) im Rahmen des Merkmals der „Zumutbarkeit“	226
(3) Merkmal der „dringenden Gründe“ der Kindeschädigung.....	226
(3.1.) Allgemeines	227
(3.2.) im Rahmen der Konkretheit der Gefahrenlage	228
(4) Merkmal der Schädigung beim Kind.....	230
(4.1.) Art und Schwere der Kindeschädigung.....	230
(4.2.) Berücksichtigung im Rahmen der „Lebensgefahr“ für die Schwangere.....	232
(4.3.) Berücksichtigung im Rahmen der „schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“	233
(4.4.) Berücksichtigung im Rahmen der „Zumutbarkeit“ für die Mutter	235
cc) Zwischenergebnis	235
dd) Ärztliche Erkenntnis	235
(1) Allgemeines.....	236
(2) Berücksichtigung der „Kindesvoraussetzungen“ gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG ..	238
ee) Zumutbarkeitskriterium i.R.d. § 218 a II StGB n.F.	240

(1) Medizinische (Nicht-)Abwendbarkeit unter Berücksichtigung der „Kindesvoraussetzungen“ gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG.....	242
(1.1.)Frühgeburt	245
(1.2.) Fetaltherapie oder –operation	245
(1.3.) Adoption oder Heimunterbringung.....	247
(2) „Zumutbarkeits – Prüfung“ unter Berücksichtigung der „Kindesvoraussetzungen“ gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG	247
(2.1.) Adoption oder Heimunterbringung.....	247
(2.2.) Frühgeburt	249
(2.3.) Betreuung und nachgeburtliche Hilfestellungen.....	250
(2.4.) Intrauterine Therapie und Operation.....	250
(2.5.) Besondere Problemkonstellationen.....	253
(2.5.1.) Geringfügige Missbildungen	253
(2.5.2.) Zunehmendes Schwangerschaftsalter – mögliche Lebensfähigkeit.....	255
(2.5.3.) Verantwortung Mutter – Kind	256
(3) Ergebnis zur Zumutbarkeit	257
ff) Sonstige allgemeine Voraussetzungen für einen straffreien medizinisch-sozial indizierten Abbruch	257
4. Gesamtergebnis zur Integration von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in § 218 a II StGB n.F.	259

C. DIE KONSEQUENZEN AUS DER BESTEHENDEN GESETZESLAGE FÜR DIE „EUGENISCHEN“ FALLKONSTELLATIONEN.....260

I. Der spezielle Aspekt des Fortfalls der 22-Wochen-(Begrenzungs-)Frist.....	260
1. Vergleich der Gesetzeslagen nach dem 15.StÄG, dem SFHG und nach dem SFHÄndG hinsichtlich der Abtreibungsfristen bei Fällen mit behinderten Kindern	261
2. Auswirkungen des Fristfortfalles von 22 Wochen	265
(a) Spätabtreibungen.....	265
aa) Die Möglichkeit der Ausschöpfung der pränatalen Diagnostik.....	269
bb) Nachteilige Folgen einer Spätabtreibung	280
(1) Lebendgeburt.....	281
(1.1.) Lebendgeburt und strafrechtliche Konsequenzen	282
(1.2.) „Lebenserhaltungspflicht“	284
(1.3.) Berufsrechtliche und –ethische Konflikte des Arztes	287
(1.4.) Möglichkeiten zur Umgehung von Lebendgeburten	291
(1.4.1.) Fetozid	291
(1.4.2.) Festlegung eines frühen Abtreibungstermins.....	297
(2) Schmerzempfindlichkeit des Ungeborenen	299
(2.1.) Grundsätzliches	300
(2.2.) Voraussetzungen der Schmerzempfindung.....	301
(2.3.) Schlussfolgerungen.....	304
(2.4.) Konsequenzen.....	304
cc) Begrenzungsmöglichkeiten für Spätabtreibungen	308
(1) Begrenzungen i.R.d. Pränataldiagnostik.....	308
(1.1.) Generelles Verbot der Pränataldiagnostik	309
(1.2.) Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen zur pränatalen Diagnostik	309
(1.3.) Verschweigen des Diagnostikresultats	310
(1.4.) Würdigung der Möglichkeiten.....	310
(2) Wiedereinführung einer Frist.....	314
(3) Wortlaut des § 218 a Abs.2 StGB neue Fassung	321
(4) Ergebnis zu den Begrenzungsmöglichkeiten.....	325
(b) Vermehrung von Fällen der sog. „Früheuthanasie“	325
(c) Die mögliche Narkosepflicht für vorgenommene Spätabtreibungen.....	328
(d) Die (potentielle) Zwangslage der Schwangeren	329
(e) Zwischenergebnis.....	332
II. Der Wegfall des Weigerungsrechtes, § 12 Abs.2 SchKG	333
1. Das Weigerungsrecht gem. § 12 Abs.1 SchKG und seine Möglichkeiten	333
2. Die Grenze des Weigerungsrechtes in § 12 Abs.2 SchKG und das daraus folgende Fazit für ein Bestehen des Weigerungsrechtes bei „eugenischen“ Fallkonstellationen innerhalb § 218 a II StGB n.F.	337
III. Wegfall der Beratungspflicht	339
1. Die Beratungspflicht in § 218 b Abs.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG.....	339

2. Die Beratung der Schwangeren nach der Neuregelung durch das SFHÄndG in den Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation	340
IV. Weitere Konsequenzen aus der geltenden Gesetzeslage für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Konstellationen.....	346
1. Wegfall der Drei-Tages-Frist zwischen „Sozialberatung“ und Schwangerschaftsabbruch.....	346
2. Statistische Kontrolle	347
V. Stellungnahme und Vorschläge.....	348
1. Der Vorschlag von Schumann und Schmidt-Recla	349
2. Der Vorschlag von Gropp	350
3. Würdigung der Vorschläge	352
4. Resümee	353
5. Eigener Standpunkt	356
Teil 3: Vergleich mit den Regelungen eugenisch motivierter Abtreibungen in Tschechien und Ungarn.....	358
D. REGELUNG DES SCHWANGERSCHAFTSABBRUCHES IN TSCHECHIEN.....	358
I. Kurzer geschichtlicher Abriss	359
II. Grundkonzeption.....	360
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	360
2. Schutzgüter und ihr Stellenwert	360
3. Regelungs-Grundmodell	361
4. Zeitliche Ein- und Abgrenzung	362
(a) Beginn	362
(b) Abgrenzung zur Kindestötung.....	362
5. Geltendes Recht	362
(a) Der nach geltendem Recht erlaubte Schwangerschaftsabbruch	362
aa) Überblick.....	362
bb) Voraussetzungen beim Abbruch aus gesundheitlichen Gründen	363
cc) Verfahrensrechtliche Vorschriften	365
(b) Der nach geltendem Recht unerlaubte Abbruch.....	367
6. Ergebnis	368
III. Vergleich des geltenden tschechischen Rechts des Schwangerschaftsabbruchs v.a. in Bezug auf „eugenische“ Gründe zu dem Recht in der Bundesrepublik	368
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	368
2. Bewertung der geltenden Regelungen.....	371
E. UNGARISCHES RECHT DES SCHWANGERSCHAFTSABBRUCHES.....	374
I. Kurzer geschichtlicher Abriß	375
II. Grundkonzeption.....	379
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	379
2. Schutzgüter und ihr Stellenwert	381
3. Regelungs-Grundmodell	382
4. Zeitliche Ein- und Abgrenzung	383
5. Geltendes Recht	383
(a) Der nach geltendem Recht erlaubte Schwangerschaftsabbruch	384
(b) Der nicht erlaubte Schwangerschaftsabbruch.....	387
(c) Ergebnis.....	387
III. Vergleich des geltenden ungarischen Rechts des Schwangerschaftsabbruches v.a. in Bezug auf „eugenische“ Gründe zu dem Recht in der Bundesrepublik	388
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	388
2. Bewertung der geltenden Regelungen.....	391
Teil 4 : Zusammenfassung.....	393
Teil 5 : Anhang.....	395
A. REGELUNGEN IN TSCHECHIEN.....	395
I. Übersetzungen aus dem Tschechischen	395
II. Originaltexte aus dem Tschechischen	407
B. REGELUNGEN IN UNGARN.....	424
I. Übersetzungen aus dem Ungarischen	424
II. Originaltexte aus dem Ungarischen.....	434

C. REGLUNGEN IN DEUTSCHLAND.....443

Gliederungsaufriß

Literaturverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XXXVIII
Teil 1 : Einleitung	1
Teil 2: Eugenische Gründe für Schwangerschaftsabbrüche	3
A. BERÜCKSICHTIGUNG EUGENISCHER GRÜNDE IN DER VERGANGENHEIT	3
I. Zeit des Nationalsozialismus – Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses	4
II. Zeit bis zum Inkrafttreten des Schwangeren- und Familienhilfe- Änderungsgesetzes.....	6
1. Berücksichtigung in der bundesdeutschen Regelung (bis zum 03.Okt.1990)	6
(a) Zeit von 1945 bis 1949	6
(b) Zeit nach 1949 bis zum Inkrafttreten des 15. StrÄG	7
(c) Regelung nach dem 15. StrÄG.....	8
2. Berücksichtigung in den Regelungen der DDR	9
(a) Kriegsende bis 1950	9
(b) Zeit von 1950 bis 1972.....	11
(c) 1972 bis 1990	14
3. Zeit nach der Wiedervereinigung	19
III. Zusammenfassung.....	25
B. EUGENISCHE GRÜNDE IN DER GEGENWART - DIE BESTEHENDE GESETZESLAGE , § 218 a II StGB n.F.	26
I. Die Einordnung der Sachlagen der eugenischen „Indikation“ durch das SFHÄndG vom 21.08.1995 in das System der §§ 218 ff StGB n.F.	26
1. Systematik der §§ 218 ff StGB n.F.	27
(a) Strafbegründungsnormen	27
(b) Straffreiheitsnormen.....	28
2. Der Regelungsbereich der §§ 218 ff StGB n.F.....	28
(a) Geschütztes Rechtsgut.....	28
(b) Angriffsobjekt	29
(c) Tathandlung und Taterfolg.....	32
(d) Abgrenzung zu den Tötungsdelikten.....	32
II. Die Entscheidung des BVerfG vom 28.05.1993 – Ihre Aussagen für die eugenische Indikation	36
III. Die Problematik der „Verlagerung“ der eugenischen in die medizinisch-soziale Indikation.....	38
1. Vergleich zur bisherigen Regelung der eugenischen Indikation – der nunmehrige „Wegfall“ der eugenischen Indikation.....	38
(a) Meinungsstand in der Literatur	39
(b) Argumente für den kompletten Wegfall der eugenischen Indikation im geltenden Recht	43
(c) Argumente gegen den kompletten Wegfall der eugenischen Indikation im geltenden Recht ...	54
(d) Zusammenfassende Stellungnahme.....	66
(e) Fazit.....	80
2. Bedenken gegen diese mögliche Einordnung in die medizinisch-soziale Indikation, § 218 a II StGB n.F.	80
(a) Verfassungsrechtliche Bedenken.....	80
(b) Anderweitige Bedenken bei einer Integration eugenischer Fälle in § 218 a II StGB n.F.	153
(c) Stellungnahme	177
3. Die Integration von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in § 218 a II StGB n.F. konkret	190
(a) Ansätze der angestrebten Einordnung – das Erfordernis der Gefahrenlage	191
(b) Die Tatbestandsmerkmale der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. ...	192
4. Gesamtergebnis zur Integration von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in § 218 a II StGB n.F.	259
C. DIE KONSEQUENZEN AUS DER BESTEHENDEN GESETZESLAGE FÜR DIE „EUGENISCHEN“ FALLKONSTELLATIONEN	260
I. Der spezielle Aspekt des Fortfalls der 22-Wochen-(Begrenzungs-)Frist	260
1. Vergleich der Gesetzeslagen nach dem 15.StÄG, dem SFHG und nach dem SFHÄndG hinsichtlich der Abtreibungsfristen bei Fällen mit behinderten Kindern	261

2.	Auswirkungen des Fristfortfalles von 22 Wochen	265
(a)	Spätabtreibungen	265
(b)	Vermehrung von Fällen der sog. „Früheuthanasie“	325
(c)	Die mögliche Narkosepflicht für vorgenommene Spätabtreibungen.....	328
(d)	Die (potentielle) Zwangslage der Schwangeren	329
(e)	Zwischenergebnis	332
II.	Der Wegfall des Weigerungsrechtes, § 12 Abs.2 SchKG	333
1.	Das Weigerungsrecht gem. § 12 Abs.1 SchKG und seine Möglichkeiten	333
2.	Die Grenze des Weigerungsrechtes in § 12 Abs.2 SchKG und das daraus folgende Fazit für ein Bestehen des Weigerungsrechtes bei „eugenischen“ Fallkonstellationen innerhalb § 218 a II StGB n.F.	337
III.	Wegfall der Beratungspflicht	339
1.	Die Beratungspflicht in § 218 b Abs.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG	339
2.	Die Beratung der Schwangeren nach der Neuregelung durch das SFHÄndG in den Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation	340
IV.	Weitere Konsequenzen aus der geltenden Gesetzeslage für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Konstellationen.....	346
1.	Wegfall der Drei-Tages-Frist zwischen „Sozialberatung“ und Schwangerschaftsabbruch.....	346
2.	Statistische Kontrolle	347
V.	Stellungnahme und Vorschläge.....	348
1.	Der Vorschlag von Schumann und Schmidt-Recla	349
2.	Der Vorschlag von Gropp	350
3.	Würdigung der Vorschläge	352
4.	Resümee	353
5.	Eigener Standpunkt	356

Teil 3: Vergleich mit den Regelungen eugenisch motivierter Abtreibungen in Tschechien und Ungarn..... 358

D.	REGELUNG DES SCHWANGERSCHAFTSABBRUCHES IN TSCHECHIEN.....	358
I.	Kurzer geschichtlicher Abriss	359
II.	Grundkonzeption	360
1.	Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	360
2.	Schutzgüter und ihr Stellenwert	360
3.	Regelungs-Grundmodell	361
4.	Zeitliche Ein- und Abgrenzung	362
(a)	Beginn	362
(b)	Abgrenzung zur Kindestötung.....	362
5.	Geltendes Recht	362
(a)	Der nach geltendem Recht erlaubte Schwangerschaftsabbruch	362
(b)	Der nach geltendem Recht unerlaubte Abbruch.....	367
6.	Ergebnis	368
III.	Vergleich des geltenden tschechischen Rechts des Schwangerschaftsabbruchs v.a. in Bezug auf „eugenische“ Gründe zu dem Recht in der Bundesrepublik	368
1.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede	368
2.	Bewertung der geltenden Regelungen.....	371
E.	UNGARISCHES RECHT DES SCHWANGERSCHAFTSABBRUCHES.....	374
I.	Kurzer geschichtlicher Abriß	375
II.	Grundkonzeption.....	379
1.	Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	379
2.	Schutzgüter und ihr Stellenwert	381
3.	Regelungs-Grundmodell	382
4.	Zeitliche Ein- und Abgrenzung	383
5.	Geltendes Recht	383
(a)	Der nach geltendem Recht erlaubte Schwangerschaftsabbruch	384
(b)	Der nicht erlaubte Schwangerschaftsabbruch.....	387
(c)	Ergebnis.....	387
III.	Vergleich des geltenden ungarischen Rechts des Schwangerschaftsabbruches v.a. in Bezug auf „eugenische“ Gründe zu dem Recht in der Bundesrepublik	388
1.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede	388
2.	Bewertung der geltenden Regelungen.....	391

<i>Teil 4 : Zusammenfassung</i>	393
<i>Teil 5 : Anhang</i>	395
A. REGELUNGEN IN TSCHECHIEN	395
I. Übersetzungen aus dem Tschechischen	395
II. Originaltexte aus dem Tschechischen.....	407
B. REGELUNGEN IN UNGARN	424
I. Übersetzungen aus dem Ungarischen	424
II. Originaltexte aus dem Ungarischen.....	434
C. REGLUNGEN IN DEUTSCHLAND	443

Literaturverzeichnis

- Amelung, Knut
Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von
Roxin
in: JZ 1982, 617 ff
- Apelt, Willibalt
Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art.3 Abs.1 des
Grundgesetzes
in: JZ 1951, 353 ff
- Arnade, Sigrid
Deutschland in bessere Verfassung
Benachteiligungsverbot für Behinderte in das Grundgesetz
Workshop vom 15.April 1994
Bonn 1994
- Arzt, Gunther
Weber, Ulrich
Strafrecht – Besonderer Teil
1.Bnd., Giesecking Verlag,
Bielefeld 2000
- Baumann, Jürgen /
Weber, Ulrich /
Mitsch, Wolfgang
Strafrecht – Allgemeiner Teil
11.Aufl., Giesecking Verlag
Bielefeld 2003
- Beckmann, Rainer
Der „Wegfall“ der embryopathischen Indikation
in: MedR 1998, S.155 ff
- Beermann, Astrid
Schwangerschaft im Fadenkreuz
Am Beispiel von Pränataldiagnostik und Erlanger Fall
Centaurus Verlagsgesellschaft
Pfaffenweiler 1997

- Beleites, Eggert
Wegweiser für ärztliches Handeln
in: Dt.Ärztebl. 1998, S. C-1689 ff
- Beller, Fritz K.
Sind Abortgesetze biologisch gerechtfertigt?
in: Medwelt 1985, S.693 ff
- ders.
Rechtliche und ethische Aspekte der pränatalen Diagnostik
in: Pränatale Medizin
Springer Verlag
Berlin/N.York 1987
- Belling, Claus
Ist die Rechtfertigungsthese zu 218 a StGB haltbar?
Walter de Gruyter Verlag
Berlin 1987
- ders.
Die Rechtfertigungsproblematik beim Schwangerschaftsabbruch nach dem 2.Fristenlösungsurteil des Bundesverfassungsgerichts
in: MedR 1995, S.184 ff
- Betke, Klaus
Intensivmedizin: Indikation und Grenzen
in: Monatsschrift Kinderheilkunde 1982, S.353 ff
- Betke, Klaus /
Künzer, Wilhelm /
Schaub, Jürgen
Lehrbuch der Kinderheilkunde
6.Aufl., Georg Thieme Verlag
Stuttgart 1991
- Beulke, Werner
Zur Reform des Schwangerschaftsabbruchs durch das 15.Strafrechtsänderungsgesetzes
in: FamRZ 1976, S.596 ff

- Beyer, Karl-Heinz /
Rothe, Joachim Zur Verhütung illegaler Schwangerschaftsunterbrechungen
in: NJ 1966, S.396 ff
- Bleckmann, Albert Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht
Carl Heymanns Verlag
Köln/Berlin 1993
- Bockelmann, Paul Strafrecht des Arztes
2.Aufl., Keip Verlag
Stuttgart 1996
- Böhme, K. /
Marr, G. Schwangerschaftsunterbrechung aus psychiatrischer Indikation
in: DMW 1975, S.865 ff
- Brießmann, Ermin Grundlinien einer verfassungskonformen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs
in: JR 1991, S.397 ff
- Büchner, Bernward Kein Rechtsschutz für ungeborene Kinder?
in: ZRP 1991, S.431 ff
- Bundesärztekammer Thesenpapier des Ausschusses der BÄK zur Problematik des Schwangerschaftsabbruches
in: Der Frauenarzt 1991, S.473 ff
- Bundesärztekammer Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik
in: Der Frauenarzt 1998, S.322
in: Dt.Ärztebl.1998, S. A-3013 ff

- Bundesärztekammer
Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten
und Krankheitsdispositionen
in: Dt.Ärztebl. 1998, S. C-2284
- Bundesärztekammer
Pränatale und perinatale Schmerzempfindung
in: Dt.Ärztebl.1991, S. B-2714 ff
- Cramer, Stephan
Embryopathische Indikation und pränatale Diagnostik
in: ZRP 1992, S.136 ff
- Degen, Barbara
Buchbesprechung zu Kerstin Freudiger
in: KJ 1998, S.128 ff
- Degenhart, Christoph
Staatsrecht I (Staatsorganisationsrecht)
20. Aufl., Müller Juristischer Verlag
Heidelberg 2004
- Denninger, Erhard /
Hassemer, Winfried
Zum Verfahren zu §§ 218 ff StGB vor dem Bundesver-
fassungsgericht
in: KritV 1993, S.78 ff
- Deutsch, Erwin
Medizinrecht
4.Aufl., Springer Verlag
Berlin/N.York 1999
- Dohnanyi, Hans von /
Schäfer, Ernst
Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931-1935
Tübingen 1936
- Dolzer, Rudolf /
Vogel, Klaus
Bonner Kommentar zum Grundgesetz
Bnd.VIII , Stand: 1998
Bnd.I, Stand: Mai 1996

Müller Verlag, Heidelberg

Dombrowski, Lothar

Strafgesetzgebung
Verlag Kohlhammer
Stuttgart 1948

Dreher, Eduard /
Tröndle, Herbert /
Fischer, Thomas

Strafgesetzbuch Kommentar
45.Aufl., 46.Aufl., 47.Aufl., 52.Aufl.
ab 52.Aufl. unter Mitarbeit von Th. Fischer;
C.H. Beck Verlag
München 1991/ 1993/ 1995/ 2004

Dreher, Eduard

Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe
in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am
01.Januar 1972
Walter de Gruyter Verlag
Berlin 1972

Dreier, Horst

Grundgesetz – Kommentar
Bnd.I, Mohr Siebeck Verlag
Tübingen 2004

Ebbinghaus, Julius

Das Lebensrecht des Nasciturus und das Verbot der
Schwangerschaftsunterbrechung
in: Ehe & Familie (später:FamRZ) 1959, S.93

Eberbach, Wolfram

Pränatale Diagnostik – Fetaltherapie – selektive Abtrei-
bung: Angriffe auf § 218 a Abs.2 Nr.1 StGB
in: JR 1989, S. 265

- Ehrlich, Susanne
Denkverbot als Lebensschutz
Westdeutscher Verlag
Opladen 1993
- Erb, Volker
Die Schutzfunktion von Art.103 Abs.2 GG bei Rechtfertigungsgründen
in: ZStW 1996 (108), S.266 ff
- Eser, Albin /
Koch, Hans-Georg
Schwangerschaftsabbruch: auf dem Weg zu einer Neuregelung
1.Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden 1992
- dies.
Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich
Teil 1 – Europa
1.Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft
Baden- Baden 1988
- dies.
Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich
Teil 3
1.Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft
Baden Baden 1999
- Eser, Albin
Ärztliche Erkenntnis und Richterliche Überprüfung bei Indikation zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB
in: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70.Geburtstag, 22.Juni 1992
Giesecking Verlag
Bielefeld 1992

- ders. Schwangerschaftsabbruch: Reformversuche in Umsetzung
des BVerfG –Urteils
in: JZ 1994, S.503 ff
- Eser, Albin /
Hirsch, Hans A. Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch
Enke Verlag
Stuttgart 1980
- Feige, Axel /
Rempen, A. /
Würfel, W. u.a. Frauenheilkunde
Verlag Urban und Schwarzenberg
München 2001
- Fischer, Gerfried Schadenersatz wegen unterbliebener Abtreibung
in: NJW 1981, 1991 ff
- Forster, Balduin /
Ropohl, Dirk Rechtsmedizin
5.Aufl., F. Enke Verlag
Stuttgart 1989
- Freudiger, Kerstin Selbstbestimmung der Frau und Verfassung. Die Ausei-
nandersetzung um die Reform des § 218 StGB vor dem
BVerfG
Hannover 1995
- Frommel, Monika § 218: Strafflos, aber rechtswidrig; zielorientiert, aber er-
gebnisoffen – Paradoxien der Übergangsregelungen des
Bundesverfassungsgerichts
in: KJ 1993, S.324 ff
- dies. Vorschläge für eine Neufassung des § 218 StGB / BRD
in: NJ 1990, S.329 ff

- dies. Strategien gegen die Demontage der Reform der §§ 218 ff
StGB in der Bundesrepublik
in: ZRP 1990, S. 351 ff
- Gante, Michael § 218 in der Diskussion: Meinungs- und Willensbildung
1945-1976
1.Aufl., Verlag Droste
Düsseldorf 1991
- Geiger, Willi Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung
Kohlhammer Verlag
Stuttgart 1960
- Geilen, Gerd Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme
in: JZ 1968, S.145 ff
- Gerchow,J. / Der strafrechtliche Gedanke der Güterabwägung und me-
Schewe,G. dizinische Aspekte der Schutzbedürftigkeit des werdenden
Lebens
in: Beiträge gerichtliche Medizin 1970, Vol.27, S.61 ff
- Gescher, Susanne Rechtsprobleme des Schwangerschaftsabbruches bei A-
nencephalen
Verlag Peter Lang
Münster 1994
- Giesen, Thomas Wie oft wird in Deutschland abgetrieben? Verbindliche
Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts werden mißbach-
tet
in: ZfL 1997, S.57 ff

- Gropp, Walter Der straflose Schwangerschaftsabbruch
Verlag J.C.B. Mohr
Tübingen 1981
- ders. Das zweite Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Re-
form der §§ 218 ff. – ein Schritt zurück?
in: GA 1994, S. 147 ff
- ders. § 218 a StGB als Rechtfertigungsgrund: Grundfragen zum
rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch
in: GA 1988, S. 1 ff
- ders. Strafrecht Allgemeiner Teil
2. Aufl., Springer Verlag
Berlin /N.York 2001
- ders. Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen
Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit
in: GA 2000, S.1 - 18
- ders. Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die
fragmentarische Natur des Strafrechts
in: GiKS 1999, Bnd.10, S.285 ff
- ders. Kommentierung zu den §§ 218 ff StGB
in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch
Band 3, C.H. Beck Verlag
München 2003
- Grotewohl, Otto Im Kampf um die einige DDR
Bnd.3 (Auswahl aus den Jahren 1952-1953)
Dietz – Verlag
Berlin 1954

- Gründel, Johannes Sterbehilfe aus ethischer Sicht
in: MedR 1985, S.2 ff
- Günther, Hans Ludwig Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik im vereinten
Deutschland
in: ZStW 1991 (103), S.851 ff
- Gusy, Christoph Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes
in: JUS 1982, S.33 ff
- Gütt, Arthur /
Rüdin, Ernst /
Ruttke, Falk Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom
14.Juli 1933
2.Aufl., Verlag Lehmann
München 1936
- Hanack, Ernst-Walter Zum Schwangerschaftsabbruch aus sogenannter kindlicher
Indikation als Grenzproblem
in: Gedächtnisschrift für Peter Noll
Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1984
S.197 ff
- ders. Euthanasie in strafrechtlicher Sicht
in: Gynäkologe 1982, S. 104 ff
- ders. Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstge-
schädigten Neugeborenen aus juristischer Sicht
in: MedR 1985, S.33 ff
- Helmke, Thomas Kritische Anmerkungen zum neuen Abtreibungsrecht
in: ZRP 1995, S.441

- Hennies, G. Schwangerschaftsabbruch bei schweren embryonalen Schäden?
in: Arztrecht 1998, S.127 ff
- Hepp, H. Pränatalmedizin und reformierter § 218 a StGB – oder: die versteckte Indikation
in: Gynäkologie 1996, S.407 ff
- ders. Medizinisch-ethische Implikationen der Neuregelung des § 218 StGB
in: § 218 StGB – Dimensionen einer Reform
R.v. Decker's Verlag
Heidelberg 1983
- ders. Berufsethische und berufsrechtliche Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs
in: Katholische Ärztarbeit Deutschlands – Berufsethische und berufsrechtliche Konsequenzen aus dem Urteil des BVerfG zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruches
1.Aufl., Ernst Knoth Verlag
Melle 1995
- Herdegen, Matthias Deutschland in bessere Verfassung
Benachteiligungsverbot für Behinderte in das Grundgesetz
Workshop vom 15.April 1994
Bonn 1994
- Hesselberger, Dieter Das Grundgesetz
13.Aufl., Luchterhand Verlag
Bonn 2003

- Hiersche, Hans-Dieter § 218 StGB aus der Sicht eines Frauenarztes
Quo vadisjustitia? – Quo vadis medicina!
Festschrift für Herbert Tröndle zum 70.Geburtstag
Verlag Walter de Gruyter
Berlin, N.York 1989
- ders. Der schwere Fruchtschaden als mütterliche Indikation zum
Schwangerschaftsabbruch im Rahmen des § 218 StGB
und dessen Wandlung in der deutschen Rechtsprechung
1975/1995
in: ZfG&N 1996, S.236 ff
- ders. Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstge-
schädigten Neugeborenen
Weitere Hrsg.: Günter Hirsch; Toni Graf-Baumann
Springer Verlag, Berlin 1987
- ders. Ultraschalldiagnostik in der Pränatal – Medizin aus medi-
zinrechtlicher Sicht
in: MedR 1989, S.304 ff
- ders. Der Schwangerschaftsabbruch aus rechtlicher Sicht für
den Arzt
in: Gynäkologe 1982, S.72 ff
- Hiersche, Hans-Dieter /
Jähnke, B. Der todkranke Foetus – Probleme des Schwangerschafts-
abbruchs aus sog. kindlicher Indikation
in: MDR 1986, S. 1 ff
- Hilgendorf, Eric Scheinargumente in der Abtreibungsdiskussion – am Bei-
spiel des Erlanger Schwangerschaftsfalls
in: NJW 1996, S.758 ff

- ders. Ektogenese und Strafrecht
in: MedR 1994, S. 429 ff
- Hille, H. Pränataldiagnostik zwischen fetaler Medizin und Selektion
in: Der Frauenarzt 1999, S. 75 ff
- Hinderer, Hans Gedanken über die künftige Regelung des Schwangerschaftsabbruchs in der Bundesrepublik Deutschland
in: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag,
22. Juni 1992
Giesecking Verlag
Bielefeld 1992
- Hirsch, Günter E. Reduktion von Mehrlingen – Abriß der rechtlichen Probleme
in: MedR 1988, S.293
- Hochreuter, Anna Pränatale Diagnostik und Embryopathie
in: KritV 1996, S. 171 ff
- Hoerster, Norbert Abtreibung im säkularen Staat
2.Aufl., Suhrkamp Verlag
Frankfurt a.M. 1995
- ders. Das angebliche Menschenrecht des Embryos auf Leben
in: JR 1995, S.51 ff
- ders. Ein „verringertes“ Lebensrecht zur Legitimation der Fristenregelung?
in: NJW 1997, S.773 ff

- ders. Neugeborene und das Recht auf Leben
1.Aufl., Suhrkamp Verlag
Frankfurt a.M. 1995
- Höfling, Wolfram Menschen mit Behinderungen, das Menschenrechtsüber-
einkommen zur Biomedizin und die Grund- und Men-
schenrechte
in: KritV 1998, S.99 ff
- Hülsmann, Christoph Produktion und Reduktion von Mehrlingen
Enke Verlag
Stuttgart 1992
- ders. Fetozyd: Bemerkungen aus strafrechtlicher Sicht
in : NJW 1992, 2335
- Ibolya, Jakus The new abortion Act
in: The Hungarian Quarterly 1993, S.83 ff
- Ipsen, Jörn Staatsrecht II
6.Aufl.; Luchterhand Verlag
Neuwied / Berlin 2003
- Isemer, Friedrich-Eckart / Rechtsprobleme bei Anencephalen
Lilie, Hans in: MedR 1988, S.66 ff
- Isensee, Josef / Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutsch-
Kirchhof, Paul land
Bnd.I (1987), Bnd.V (1992) Müller Juristischer Verlag
Heidelberg

- Jarass, Hans D. /
Pieroth, Bodo
Grundgesetz – Kommentar
7.Aufl., C.H. Beck Verlag
München 2004
- Jescheck, Hans-Heinrich /
Weigend, Thomas
Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil
5.Aufl., Duncker & Humblot Verlag
Berlin 1996
- Jescheck, Hans-Heinrich /
Ruß, Wolfgang /
Willms, Günther
Leipziger Kommentar – Strafgesetzbuch
10.Aufl., 5.Bnd.(1989) u. 2.Bnd.(1985)
Walter de Gruyter Verlag
Berlin/N.York
- Jobbágyi, Gábor
Az Alkotmánybíróság történelmi döntése a magzat jogi
helyzetéről, ...
in: Jogtudományi Közlöny 1992, S.305 ff
- Jürgens, Gunther
Die verfassungsrechtliche Stellung Behinderter nach Än-
derung des Grundgesetzes
in: ZfSH/SGB 1995, S.353 ff
- ders.
Grundrecht für Behinderte
in: NVwZ 1995, S.452
- Kaufmann, Arthur
Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der soge-
nannten Früheuthanasie
in: JZ 1982, S.481 ff
- Keller, Rolf /
Reiter, Johannes
Paragraph 218: Urteil und Urteilsbildung
Verlag Herder
Freiburg i.B. 1993

- Kettner, Matthias Beratung als Zwang
Campus Verlag
Frankfurt a.M./N.York 1998
- Klinkhammer, Gisela Schwachstelle
in: Dt.Ärztebl.1998, S. A-57
- dies. Keine Abtreibung nach der 20.Woche
in: Dt.Ärztebl.1998, S. B-641
bzw. Dt.Ärztebl. 1998, S. C-441 ff
- dies. Was nützt die Gentechnik dem Menschen? Diagnostik an
medizinische Zwecke binden?
in: Dt.Ärztebl.1998, S. A-2975
- dies. Kirchenwort zur pränatalen Diagnostik: Entschieden ge-
gen eugenische Tendenzen
in: Dt.Ärztebl.1997, S. A-1485
- Kluth, Winfried Die Neufassung des § 218 StGB – Ärztlicher Auftrag oder
Zumutung an den Ärztestand?
in: MedR 1996, S.546 ff
- Knippel, Siegmund Was ist für die ungeborenen Kinder zu tun?
in: ZRP 1992, S.152
- Kohlrausch, Eduard /
Lange, Richard Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen
38.Aufl., Walter de Gruyter Verlag
Berlin 1944

- Kopp, Ferdinand O. /
Ramsauer, Ulrich
Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar
8.Aufl.; C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München 2003
- Krey, Volker
Strafrecht Besonderer Teil
Bnd.1, 12.Aufl., Verlag Kohlhammer
Stuttgart 2002
- Lackner, Karl /
Kühl, Kristian
Strafgesetzbuch
Kommentar
23.Aufl. (2001); 22.Aufl. (1997); 21.Aufl. (1995)
C.H.Beck Verlag
München
- Lackner, Karl
Strafgesetzbuch
Kommentar
20.Aufl. (1993); 19.Aufl. (1991)
- ders.
Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs
in: NJW 1976, S.1233 ff
- Lange, Richard
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
2.Aufl., Landesverlag Thüringen
Weimar 1948
- Larenz, Karl /
Canaris, Claus – Wilhelm
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
3.Aufl., Springer Verlag
Berlin 1995

- Lau, H. Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch
2.Aufl., Demeter Verlag
Gräfelfing 1982
- Laufhütte, Heinrich /
Wilkitzki, Peter Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwanger-
schaftsabbruch
in: JZ 1976, S.329 ff
- Laufs, Adolf Arztrecht
5.Aufl., C.H. Beck Verlag
München 1993
- ders. Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts
in: NJW 1999, S. 1758 ff
- ders. Pränatale Diagnostik und Lebensschutz aus arztrechtlicher
Sicht
in: MedR 1990, S.231 ff
- ders. Arzt und Recht – Fortschritte und Aufgaben
in: NJW 1998, S.1750 ff
- Lenckner, Theodor Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der
Satz „nullum crimen sine lege“
in: Jus 1968, S. 249 ff
- ders. Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr
in: GA 1968, S.1 ff
- Leonardy, Helmut Sterbehilfe
in: DRiZ 1986, S.281 ff

- Loewenich, V. von Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei schwerst-
geschädigten Neugeborenen aus ärztlicher Sicht
in: MedR 1985, S.30 ff
- Losch, Bernhard /
Radau, W. Christine Die „Kind als Schaden“ – Diskussion
in: NJW 1999, S. 821 ff
- Losch, Bernhard Lebensschutz am Lebensbeginn: Verfassungsrechtliche
Probleme des Embryonenschutzes
in: NJW 1992, S.2926 ff
- Lüttger, Hans Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnata-
len Folgen
in: NStZ 1983, S.481
- ders. Der Beginn der Geburt und das Strafrecht
in: JR 1971, S.133 ff
- Mampel, Siegfried Zum Gesetz der DDR über die Unterbrechung der
Schwangerschaft
in: ROW 1972, S.205 ff
- ders. Die sozialistische Verfassung der DDR
Kommentar
Metzner Verlag
Frankfurt a.M. 1972
- Mangoldt, Hermann von /
Klein, Friedrich /
Starck, Christian Das Bonner Grundgesetz
4.Aufl., Bnd.1, Vahlen Verlag
München 1999

- Maunz, Theodor /
Dürig, Günter
u.a. Grundgesetz – Kommentar
Bnd.I, Stand: Febr.2005, Bnd.V, Stand: Dez.1992
C.H. Beck Verlag
München
- Maurach, Reinhart /
Zipf, Heinz Strafrecht – Allgemeiner Teil
Teilbnd. 1, 8.Aufl., C.F.Müller Juristischer Verlag
Heidelberg 1992
- Maurach, Reinhart /
Schroeder, Friedrich-Christian /
Maiwald, Manfred Strafrecht – Besonderer Teil
Teilbnd.1, 8.Aufl., C.F. Müller Verlag
Heidelberg 1995
.
- Miebach, Klaus /
Sander, Günther M. Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch
Band 3 (§§ 185 – 262); Verlag C.H. Beck
München 2003
- Münch, Ingo von Grundgesetz – Kommentar
Bnd.III (1996); Bnd.I (2000), C.H. Beck Verlag
München
- Opderbecke, H.W. Grenzen der Intensivmedizin
in: MedR 1985, S.23 ff
- Otto, Harro Die strafrechtliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs
in: JURA 1996, S. 135 ff
- Petersen, U. Schwangerschaftsabbruch – unser Bewußtsein vom Tod
im Leben
Verlag Urachhaus

Stuttgart 1986

Petters, Walter

Strafgesetzbuch
22.Aufl., Verlag Schweitzer
Berlin 1954

Pluisch, Frank

Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation
im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik
Springer – Verlag
Berlin, Heidelberg 1992

Podlech, Adalbert

Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrecht-
lichen Gleichheitssatzes
Duncker & Humblot Verlag
Berlin 1971

Radvanova, Senta /
Stolpe, Ilona

Zum Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft
in der CSSR
in: NJ 1989, S. 239 ff

Reinhardt, Uwe

Einige Bemerkungen zum Dohrn-Urteil
in: JR 1964, S.368 ff

Renesse, Margot von

§§ 218 f StGB – eine unvollkommene Antwort auf ein
unlösbares Problem
in: ZRP 1991, S.321 ff

Roellecke, Gerd

Lebensschutz, Schutz von Ehe und Familie und Abtrei-
bung
in: JZ 1991, S.1045 ff

- Ropers, Hans-Hilger Die Erforschung des menschlichen Genoms; Ein Zwischenbericht
in: Dt.Ärztebl.1998, S. C-509 ff
- Roxin, Claus Entwicklung und gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs
in: JA 1981, S.226 ff
- ders. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht
in: JUS 1964, S.373 ff
- ders. Die sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts
in: ZStW 1981 (93), S.68 ff
- ders. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem
2.Aufl., Walter de Gruyter Verlag
Berlin 1973
- Rudolphi, Hans-Joachim Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
Stand: April 2000, Luchterhand Verlag
Neuwied
- Sachs, Michael Das Grundrecht der Behinderten aus Art.3 Abs.3 Satz 2 GG
in: RdJB 1996, S.154 ff
- ders. Grundgesetz – Kommentar
C.H. Beck Verlagsbuchhandlung
München 1996

- ders. Grenzen des Diskriminierungsverbotes
Vahlen Verlag
München 1987
- ders. in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik
Deutschland
Bnd.V, C.F. Müller Verlag
Heidelberg 1992
- Sannwald, Rüdiger Die Reform des Grundgesetzes
in: NJW 1994, S.3313 ff
- Schindele, Eva Gläserne Gebärmutter
(Vorgeburtliche Diagnostik – Fluch oder Segen)
Fischer Tagebuch Verlag
Frankfurt a.M. 1990
- Schlüchter, Ellen Bochumer Erläuterungen zum 6.StrRG
EuWi – Verlag
Frankfurt a.M., Thüngersheim 1998
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno /
Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz
8.Aufl., Luchterhand Verlag
Neuwied/Berlin 1995
- Schmitt, Rudolf Überlegungen zur Reform des Abtreibungsstrafrechts
in: JZ 1975, S.356 ff
- ders. Eugenische Indikation vor und nach der Geburt
in: Festschrift für Ulrich Klug zum 70.Geburtstag
Bnd.I, Deubner Verlag
Köln 1983

- ders. Der Anwendungsbereich von §1 StGB (Art.103 Abs.2 GG)
In: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70.Geburtstag
2.Halbbnd., Duncker & Humblot Verlag
Berlin 1985
- ders. Euthanasie aus Sicht des Juristen
in: JZ 1979, S.462 ff
- ders. Von der Aufgabe, Gesetze zu machen
(Ein Beitrag zur Geschichte der Reform unseres Abtreibungsstrafrechts)
in: FamRZ 1976, S.595 ff
- Schönke, Adolf /
Schröder, Horst Strafgesetzbuch
Kommentar
26.Aufl. (2001); 25.Aufl. (1997); 24. Aufl. (1991)
C.H. Beck Verlag
München
- Schreiber, Hans-Ludwig Der Spielraum des Gesetzgebers bei der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruches
in: FamRZ 1975, S.669 ff
- Schroeder, Friedrich-Christian Abtreibung wegen allgemeiner Notlage?
in: ZRP 1972, S.105 ff
- ders. Die Bestimmtheit von Strafgesetzen am Beispiel des gro-
ben Unfugs
in: JZ 1969, S.775 ff

- Schroeder-Kurth, Traute Pränatale Diagnostik – Probleme der Indikationsstellung
und zukünftige Trends
in: Geistige Behinderung 1988, S.180 ff
- dies. Ethische Probleme bei genetischer Beratung in der
Schwangerschaft
in: Monatsschrift Kinderheilkunde 1982, S.71 ff
- Schrömbgens, Gerhard Fruchtschadensindikation
Heidelberg, 1976
- Schumann, Eva /
Schmidt-Recla, Adrian Die Abschaffung der embryopathischen Indikation – eine
ernsthafte Gefahr für den Frauenarzt?
in: MedR 1998, S.497 ff
- Schünemann, Bernd Quo vadis § 218 StGB?
in: ZRP 1991, S.379 ff
- Seebode, Manfred Wortlautgrenze und Strafbedürfnis
in: JZ 1998, S.781 ff
- Seibert, Claus In einem anderen Land – Streiflichter aus dem Lütticher
Euthanasie – Prozeß
in: DRiZ 1963, S.20 f
- Sorgenicht, Klaus Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik
Staatsverlag der DDR
Berlin 1969
- Spranger, Tade Matthias Wen schützt Art.3 III S.2 GG?
in: DVBl.1998, S.1058 ff

- Starck, Christian Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen
menschlichen Lebens
in: JZ 1993, S.816 ff
- Stern, Klaus Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland
Bnd.I, 2.Aufl., C.H.Beck Verlag
München 1984
- Stürner, Rolf Die Unverfügbarkeit ungeborenen menschlichen Lebens
und die menschliche Selbstbestimmung
in: JZ 1990, S.709 ff
- Süssmuth, Rita Vorschlag eines Lebensschutzgesetzes
in: ZRP 1990, S.366 ff
- Tröndle, Herbert /
Fischer, Thomas Strafgesetzbuch Kommentar
49.Aufl., C.H. Beck Verlag
München 1999
- Tröndle, Herbert Das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz
in: NJW 1995, S.3009
- ders. Beratungsschutzgesetz, ein Tabu für die Kriminologie?
in: Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag
2.Halbbnd., Duncker & Humblot Verlag
Berlin 1998
- ders. Strafgesetzbuch – Kommentar
48.Aufl., C.H. Beck Verlag
München 1997

- Ulsenheimer, Klaus
Arztstrafrecht
2.Aufl., C.F. Müller Verlag
Heidelberg 1998
- Wassermann, Rudolf
Kommentar zum Strafgesetzbuch
Reihe Alternativkommentare
Bnd.I, Luchterhand Verlag
Neuwied 1990
- ders.
Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland
Reihe Alternativkommentare
Bnd.2, 2.Aufl., Luchterhand Verlag
Neuwied 1989
- Weiß, Axel
Zur Strafbarkeit der Körperverletzung und Tötung Unge-
borener, vor und nach der Nidation
in: GA 1995, S.373 ff
- Wessels, Johannes /
Hettinger, Michael
Strafrecht Besonderer Teil 1 (Straftaten gegen Persönlich-
keits- und Gemeinschaftswerte)
27.Aufl., C.F. Müller Juristischer Verlag
Heidelberg 2003
- Wilkitzki, Peter /
Lauritzen, Christian
Schwangerschaftsabbruch in der Bundesrepublik Deutsch-
land
Kriminalistik Verlag
Heidelberg 1981

Witter, Hermann

Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für
das Strafrecht

in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag

Walter de Gruyter Verlag

Berlin 1976

Abkürzungsverzeichnis

Mit Ausnahme der folgenden Abkürzungen entsprechen alle in der Arbeit verwandten den Anforderungen des Dudens.

a.F.	= alte Fassung
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVersorgG	= Bundesversorgungsgesetz
B-Reg.	= Bundesregierung
d.h.	= das heißt
ders.	= derselbe
dies.	= dieselbe / dieselben
DB	= Durchführungsbestimmung
ebd.	= ebenda
FN	= Fußnoten
GG	= Grundgesetz
grds.	= grundsätzlich
gem.	= gemäß
h.M.	= herrschende Meinung
i.S.v.	= im Sinne von
i.R.d.	= im Rahmen des/der
i.R.e.	= im Rahmen einer/eines
i.S.d.	= im Sinne des/der
i.S.e.	= im Sinne einer/eines
i.d.S.	= in dem/diesem Sinne
i.d.F.	= in der/dieser Fassung
lt.	= laut
MdE	= Minderung der Erwerbstätigkeit
mgl.	= möglich
n.F.	= neue Fassung
p.D.	= pränatale Diagnostik
Rspr.	= Rechtsprechung
Rz.	= Randzeichen

SSA	= Schwangerschaftsabbruch
SFHG	= Schwangeren- und FamilienHilfeGesetz
SFHÄndG	=Schwangeren- und FamilienHilfeÄnde- rungsGesetz
SSW	= Schwangerschaftswoche
Schwangerschaftswoche p.c.	= Schwangerschaftswoche post conceptionem
Schwangerschaftswoche p.m.	= Schwangerschaftswoche post menstruationem
StÄG	= StrafrechtsänderungsGesetz
SUG	= SchwangerschaftsunterbrechungsGesetz
s.a.	= siehe auch
s.o.	= siehe oben
s.u.	=siehe unten
u.U.	= unter Umständen
U V	= Ungarische Verfassung
vgl.	= vergleiche
v.a.	= vor allem
ZNS	= Zentrales Nervensystem

Die Problematik der „eugenischen Indikation“ als Rechtfertigungsgrund i.S.v. § 218 a II StGB n.F., insbesondere im Vergleich mit den entsprechenden Regelungen in Tschechien und Ungarn

Teil 1 : Einleitung

Die rechtlich gebilligten Eingriffe in ungeborenes menschliches Leben erfassen nach der Neufassung der §§ 218 ff StGB durch das SFHÄndG vom 25. August 1995 „nur noch“ die medizinisch-soziale, § 218 a Abs.2 StGB, sowie die „kriminologische“ Indikation, § 218 a Abs.3 StGB. Nicht von der Rechtsordnung gebilligt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts aber trotzdem von Strafe freigestellt ist der beratene Schwangerschaftsabbruch. Die embryopathische Indikation ist dem ersten Anschein nach wegen der kompletten Streichung aus dem Gesetzeswortlaut „weggefallen“.

Vor 1995 erlaubte das bundesdeutsche Recht Eingriffe, welche sowohl auf medizinischen als auch „kriminologischen“, sozialen und „eugenischen“ Gründen beruhten.

Dabei war auffallend, daß die auf „eugenischen“ Konstellationen basierende Indikation jedenfalls aus juristischer Sicht in der Diskussion geradezu ein Schattendasein führte. Nur ganz vereinzelt¹ fanden sich Abhandlungen, in denen die eugenische Indikation umfassend behandelt wurde; zumeist, und selbst das nur selten, wurden bestimmte Problempunkte dieser Indikation herausgegriffen und kritisch erläutert. Eine derartige Zurückhaltung gab es im strafrechtlichen Schrifttum bei der Behandlung der anderen Indikationen nicht.

Recht lebhaft war v.a. die Diskussion um die Bezeichnung „eugenische Indikation“. Dort herrschte keine Einigkeit: „eugenische“, „genetische“, „kindliche“ bzw. „embryopathische“ Indikation waren geläufig. Während die Bezeichnung der Ausnahmelage als „genetische“ den tragenden Abbruchgrund nicht sachgerecht zum Ausdruck brachte, und die als „embryopathische“ ebenfalls nicht umfassend war, erschien die als „kindliche“ geradezu paradox. Letztere mochte den Anschein erwecken, als sei schon aufgrund der Schädigung des Kindes ein Grund zum straffreien Schwangerschaftsabbruch gegeben, wenn nicht sogar der Eindruck entstand, daß es sich bei der „kindlichen“ Indikation um eine Maßnahme zum Wohl oder im

¹ Hervorzuheben ist Pluisch, Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik; bereits 1976 erschien die Dissertation von Schrömbgens, der sich mit der sog. „kindlichen“ Indikation beschäftigte.

Interesse des Kindes handelte. Dabei war die Indikation aber letztlich nur mit Rücksicht auf die Frau zugelassen worden.

Ob und inwieweit diese Indikation trotz ihres tatsächlichen Entfallens aus dem Wortlaut innerhalb der bestehenden Gesetzeslage weiterhin zur Geltung gelangt, und v.a. welche Konsequenzen dies nach sich zieht, wird zwar in der Literatur diskutiert; allerdings scheint sich die im alten Recht bereits getätigte Zurückhaltung auch unter der neuen Gesetzeslage fortzusetzen.

Diese Arbeit soll mit dieser Zurückhaltung brechen; die durch die geänderte Gesetzeslage geschaffene Situation für eugenische Fallkonstellationen wird umfassend dargestellt und insbesondere auf die Möglichkeit der „Verlagerung“ in einer fortbestehenden Ausnahmelage eingegangen. Dabei wird die Komplexität i.R.d. Ausnahmelage berücksichtigen, welche v.a. durch den engen Zusammenhang der Bereiche Recht, Medizin und Ethik gekennzeichnet ist.

In die Betrachtung und Beurteilung fließen speziell die medizinischen Faktoren der fortschreitenden Medizintechnik und die Verschiedenheit der Krankheitsbilder ein. Letztere wie auch der geschichtliche Hintergrund in Deutschland könnten die Ursache dafür sein, dass nach der alten wie auch der geltenden Gesetzeslage die Auseinandersetzung mit der Problematik der „eugenisch motivierten Abtreibungen“ nicht gesucht wird. Dies zu ändern ist Zweck der Arbeit.

Zunächst erfolgt eine Betrachtung der Berücksichtigung „eugenischer“ Gründe in vergangenen Regelungen, beginnend ab der NS-Zeit, daran an schliesst sich die Betrachtung in der Gegenwart. Schlußendlich wird zudem ein Vergleich mit den Vorschriften aus Ungarn und Tschechien hinsichtlich der Möglichkeit „eugenisch motivierter Abtreibungen“ vorgenommen.

Trotz der Bedenken, daß die gängige Bezeichnung als „eugenische“ zu einseitig in bevölkerungspolitischem Sinne verstanden werden könnte, wurde und wird wegen des allgemeinen Gebrauchs dieser Begriff auch im folgenden (weiter)benutzt.

Teil 2: Eugenische Gründe für Schwangerschaftsabbrüche

Zu untersuchen ist, inwieweit eugenisch motivierte Gründe ausschlaggebend für die bejahte Zulassung von Schwangerschaftsabbrüchen sowohl in der Vergangenheit waren, als auch in der Gegenwart sind. Neben dem „OB“ wird auf das „WIE“ und dessen Konsequenzen einzugehen sein. Besondere Aufmerksamkeit verdient die nunmehr in Deutschland bestehende Gesetzeslage.

A. BERÜCKSICHTIGUNG EUGENISCHER GRÜNDE IN DER VERGANGENHEIT

Vom Gedanken der Eugenik getragene Tendenzen hat es in vielfältigen Bereichen des Lebens, und somit auch im Recht, seit jeher gegeben. Dies zeigt die Herausbildung des Wortes bei den Griechen. Dem Wandel unterlag in den Auffassungen und der Zeit nur die Auslegung des Begriffes Eugenik.

Allgemein definiert als Lehre von den Einflüssen, welche die angeborenen und erblich wertvollen Eigenschaften eines Volkes verbessern und entfalten, prägte in der Zeit des Nationalsozialismus das Bild von der Herauszüchtung „reiner Rassen“ den Begriff.²

Dabei verfolgten eugenische Gründe ausgehend vom Begriffsverständnis der Eugenik stets nur das Ziel, erbbedingte Krankheiten oder Behinderungen auszuschalten.

Damit waren und sind unter solchen Gründen für einen Schwangerschaftsabbruch die zu verstehen, bei denen die (wahrscheinliche) Schädigung des noch ungeborenen Kindes zumindest Motivationsanlass ist.

Inwieweit diese Gründe konkret in der Vergangenheit zur Begründung von Abbrüchen einer Schwangerschaft herangezogen wurden, soll im Folgenden beginnend mit der NS-Zeit eingehender betrachtet werden.

² Das eugenische Konzept, das einseitig die frühen humangenetischen Entdeckungen überbetonte und z.B. soziale Faktoren vernachlässigte, wurde in der nationalsozialistischen Ideologie übernommen und führte in Deutschland zu Zwangsmaßnahmen gegen Bevölkerungsgruppen, denen erbliche Minderwertigkeit zugeschrieben wurden; bspw. zu Zwangssterilisationen, und diente schließlich auch als Rechtfertigung für die Vernichtung „lebensunwerten Lebens“.

I. Zeit des Nationalsozialismus – Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses

Die Entwicklung hin zu anerkannten Fällen zulässiger Abtreibung, sog. Indikationen als Ausnahmetatbestände, bei deren Vorliegen die in § 218 StGB verankerte grundsätzliche Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruches ausgeschlossen ist³, begann mit der aufsehenerregenden Entscheidung des Reichsgerichts im Jahre 1927.⁴ Das Reichsgericht entschied, dass entgegen dem im deutschen Strafgesetzbuch von 1871 rigoros geltenden § 218 StGB mit ausnahmsloser Strafbarkeit für Eigen- und Fremdadtreibung der ärztlich angezeigte Schwangerschaftsabbruch durch die Schwangere selbst oder mit Einwilligung der Schwangeren durch einen Dritten nicht rechtswidrig sei, „wenn sie das einzige Mittel ist, um die Schwangere aus einer gegenwärtigen Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung i.S. des § 224 StGB zu befreien“.⁵ Diese Rechtfertigung basierte auf einem übergesetzlichen Notstand, dessen Grundgedanke das Prinzip der Interessen- und Güterabwägung bildete. In einer Situation, in der von zwei Rechtsgütern nur eines erhalten werden konnte, wurden das Leben und die Gesundheit der Schwangeren als „fertiger Mensch“ vom Reichsgericht unter Hinzuziehung eines Vergleichs der strengeren Strafdrohung für Tötung gegenüber der Abtreibung als höherwertig als das Leben der Leibesfrucht angesehen.⁶ Mit dieser Entscheidung gab es seit 1927 für künstliche Aborte, die aufgrund einer medizinischen Indikation vorgenommen wurden, zwar keine gesetzliche, aber eine durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geschaffene Rechtsgrundlage. Eugenische Gründe neben den medizinischen konnten für sich allein zu diesem Zeitpunkt einen zulässigen Schwangerschaftsabbruch nicht begründen.

Während diese medizinische Indikation in der Nationalsozialistischen Ära (1933 bis 1945) zunächst in § 14 ErbGesG vom 14.07.1933⁷ und dessen Änderung vom 26.06.1935⁸ gesetzlich fixiert und damit auf eine greifbare Grundlage gestellt wurde, kamen in § 10a ErbGesG vom 26.06.1935⁹ erstmals auch eugenische Tendenzen für eine dementsprechend anerkannte Indikation beim Schwangerschaftsabbruch zum Tragen.

Eine solche eugenische Indikation war allerdings nur als Folge einer unterbliebenen Zwangssterilisation bei bestimmten Erbkrankheiten möglich.¹⁰ Die für die Sterilisation und den Schwangerschaftsabbruch maßgeblichen Erbkrankheiten waren in einem Katalog in § 1 Abs.2

³ BVerfGE 88, S.255; D/T, 46.Aufl., Vor § 218; Rz.1

⁴ RGSt 61, S.242 ff

⁵ Gante, S.16

⁶ Gante ebd.; Roxin: JA 1981, S.226 (227)

⁷ RGBI 1933, I, S.529

⁸ RGBI 1935, I, S.773

⁹ RGBI 1935, I, ebd.

¹⁰ Belling, Rechtfertigungsthese, S.4; Roxin: JA 1981, S. 226 ff(227); Schmitt, JZ 1975, S.357 f

des ErbGesG aufgezählt. Eindeutige Krankheitsbilder fanden sich in Nr.1 bis 7 des Absatzes, während Nr.8 eine Generalklausel („schwere erbliche körperliche Mißbildung“) enthielt.¹¹ Hierunter sind z.B. auch der angeborene Klumpfuß und die angeborene Hüftverrenkung subsumiert worden, wobei ausdrücklich auf die Unerheblichkeit der Besserung „(...)durch eventuelle operative, orthopädische, medikamentöse oder sonstige ärztliche Maßnahmen (...)“ hingewiesen wurde.¹² Weitere Abtreibungsgründe aus erbgesundheitlicher Hinsicht wurden nicht zugelassen, während des Nationalsozialismus wurden im Gegenteil die Strafen bei der Fremdabtreibung sogar bis zur Todesstrafe verschärft. Allerdings flossen vermehrt vermisch eugenisch – rassenhygienische Gesichtspunkte in den Straftatbestand der Abtreibung ein. Hervorzuheben ist die gesetzvertretende Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 09.03.1943¹³, die in Art.2 § 5 Abs. III ein Novum beim Rechtsgut der Abtreibung einführt. Nicht in erster Linie das individuelle keimende Leben, sondern die „Lebenskraft des deutschen Volkes“ unterlag dem strafrechtlichen Schutz vor Schwangerschaftsabbrüchen. Damit wurde die seit der Bambergensis kodifizierte und seither fortentwickelte deutsche Rechtstradition im Rahmen des Abtreibungsrechts gebrochen.¹⁴ Unter Hinzunahme des Art.3 § 11 Abs. I o.g. Verordnung, der den persönlichen Geltungsbereich dieser im Protektorat Böhmen und Mähren nur für deutsche Staatsangehörige festlegte, wird deutlich, dass sogar die Strafbarkeit an sich in der Zeit des Nationalsozialismus von eugenischen Zielen bestimmt und abhängig gemacht wurde.¹⁵ Dementsprechend hob der Strafgesetzbuchkommentar von Kohlrausch und Lange hervor, daß die so bezeichnete Beeinträchtigung der Lebenskraft des deutschen Volkes dann nicht vorliegen müsse, „wenn der Nachwuchs vom Standpunkt der Volksgemeinschaft nicht wertvoll und lebenskräftig gewesen wäre“. ¹⁶ Insoweit lag bei erblich nicht wertvollen Ungeborenen schon tatbestandlich keine Abtreibung vor.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß in der Zeit von 1933 bis 1945 erstmals eine eugenische Indikation im Rahmen der Abtreibung als zulässig anerkannt und auf eine gesetzliche Grundlage (§ 10 a ErbGesG) gestellt wurde, wenn auch nur im Zusammenhang mit der Durchführung einer Sterilisation. Mit Zunahme der Auswüchse des nationalsozialistischen Regimes kam es gleichzeitig zu einem Anstieg eugenisch geprägter Ausformungen im Recht des

¹¹ Schäfer/v.Dohnanyi, Strafgesetzgebung, S.270 ff

¹² Vgl. Gütt-Rüdin-Ruttke, S.167 ff (zitiert bei Schmitt, JZ 1975, S.358)

¹³ RGBI 1943, I, S.140 f

¹⁴ Gante, S. 18 ff, auch Kohlrausch/Lange, 38.Aufl., S.479 ff

¹⁵ Gante, S. 20 f

¹⁶ Kohlrausch/Lange, 38.Aufl., S.479 ff

Schwangerschaftsabbruches, bspw. konnte die Strafbarkeit für (erblich) geschädigte Kinder bei einem Abbruch zurückgenommen werden, Art.2 § 5 III der Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 09.03.1943.

II. Zeit bis zum Inkrafttreten des Schwangeren- und Familienhilfe- Änderungsgesetzes

1. Berücksichtigung in der bundesdeutschen Regelung (bis zum 03.Okt.1990)

(a) Zeit von 1945 bis 1949

Nach dem Ende der NS-Zeit wurden 1945 alle Regelungen aus der vergangenen Ära durch die Alliierten als Inhaber der obersten Regierungsgewalt und der damit einhergehenden gesetzgeberischen Tätigkeit aufgehoben, wenn sie Ausdruck nationalsozialistischer Auffassungen waren.¹⁷ Zunächst bestand Unklarheit darüber, ob auch der Abtreibungsparagraph 218 in seiner Gesamtheit davon betroffen sei, denn durch die Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 09. März 1943 waren neben dem individuellen Lebensschutz des Ungeborenen auch das Schutzgut der „Lebenskraft des deutschen Volkes“ eingeführt worden.¹⁸ Dieses Schutzgut wurde in der NS – Zeit bei (erblich) geschädigten Föten aufgrund eugenischer Motive als nicht beeinträchtigt angesehen.

Die Rechtsunsicherheit ist gut an den verschiedenen Kommentierungsversionen des § 218 in den zeitgenössischen Strafgesetzbuchcommentaren erkennbar: entweder der Paragraph wird in vollem Umfang in der Fassung vom 18.März 1943 abgedruckt¹⁹, oder der Zusatz „ Hat der Täter dadurch die Lebenskraft(...)“ wird zwar gebracht, aber drucktechnisch gegen den übrigen Text abgehoben.²⁰ Andere Kommentare ließen diesen Zusatz ganz fort.²¹

Als Ausdruck nationalsozialistischer Gesinnung angesehen und deshalb mit Ausnahme weniger Paragraphen aufgehoben wurde das ErbGesG. Damit entfiel gleichzeitig der mit dem Änderungsgesetz vom 26.06.1935 eingefügte § 10 a ErbGesG, der erstmalig, wenn auch nur im Zusammenhang mit der Durchführung einer Sterilisation, eine eugenische Indikation als zu-

¹⁷ Gante, S.24 f

¹⁸ Gante, eben da

¹⁹ So z.B. bei Lange, S. 73 f; Petters, S.117; Dombrowski, S.85

²⁰ So bspw. Kohlrausch/Lange, 38.Aufl., S.69

²¹ So Lange, S. 91

lässig anerkannt hatte.²² Vom Verbot des Schwangerschaftsabbruchs ausgenommene eugenische Abbruchsgründe gab es in der Nachkriegszeit daher nicht.²³

(b) Zeit nach 1949 bis zum Inkrafttreten des 15. StrÄG

Auch nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland blieb es bis zum Jahre 1974 einzig bei der medizinischen Indikation²⁴ als rechtlich anerkanntem Ausnahmetatbestand vom ansonsten geltenden Verbot der Kindesabtreibung, wobei Rechtsgrundlage nunmehr „nur“ die Entscheidung des Reichsgerichtes bildete.

Zwar gab es auch zu dieser Zeit in der Ärzteschaft Befürworter einer eugenischen Indikation, wobei sich die oft nur verdeckt vorgetragene Zustimmung zu dieser aber nicht eigentlich auf medizinische Argumente, sondern auf ein allem Anschein nach intuitiv motiviertes anthropologisches Unwerturteil über das behinderte ungeborene Leben stützte. Die ablehnenden Stimmen konnten sich neben der eindeutigen juristischen Aussage zugunsten nur der medizinischen Indikation auch auf einen medizinisch-technischen Grund bis in die sechziger Jahre hinein stützen²⁵; nämlich die Unsicherheit der sicheren Prognose eines körperlichen Schadens am Embryo bzw. Fötus. Es kann jedoch angenommen werden, daß in einem nicht weiter quantifizierbaren Umfang auch die eugenische Indikation unter dem „Deckmäntelchen“ der medizinischen Indikation schon zwischen Kriegsende und Beginn der sechziger Jahre angewandt wurde. Von einem restriktiv gehandhabten ärztlich indizierten Abort konnte also nicht die Rede sein.²⁶

Nachdem der 1962 von der Bundesregierung vorgelegte amtliche Entwurf für ein neues Strafgesetzbuch unter dem Einfluß christlich-naturrechtlicher Strömungen wiederum nur die medi-

²² Roxin, JA 1981, S.227; Gante, S.24 f

²³ Als einziger Fall erlaubten Schwangerschaftsabbruches wurde in der Zeit vom Kriegsende an bis 1949 in den Ländern der westlichen Zonen der künstliche Abort aufgrund einer medizinischen Indikation angesehen, dessen Zulässigkeit dort auf unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen beruhte. Um die bestehende Diskrepanz zwischen der ausdrücklichen Norm des § 218 und der Rechtswirklichkeit zu verringern, bildeten sich im Bereich verschiedener Kommunen in Deutschland regionale Provisorien, die in Reaktion auf die vorkommenden, massenhaften Vergewaltigungen die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen aufgrund einer kriminologischen Indikation befürworteten und erlaubten, so z.B. Marburg und Hessen, Greifswald. Da weithin die Wertvorstellung existierte, dass ungeborenes menschliches Leben nur in Fällen seltener, extremer Grenzsituationen angetastet werden dürfte, gingen diese Sonderregelungen über die Zulässigkeit der medizinischen und kriminologischen Indikation nicht hinaus, insb. wurde keine eugenische Indikation zugelassen. (Gante, S.25)

²⁴ Diese wurde nicht als eine Indikation im engen somatischen Sinne verstanden, denn selbst die Reichsgerichtsentscheidung von 1927 hatte eine Selbstmorddrohung als ausreichend für die Bejahung der medizinischen Indikation angesehen, so dass also physische wie psychische Ursachen möglich waren, so Gante, S.35; RG St 61, S.242 ff

²⁵ Gante, S.50 f

²⁶ Gante, S.64 f

zinische Indikation vorsah, geriet diese „starre“ Haltung des Gesetzgebers²⁷ mehr und mehr in Widerspruch zur Realität des sozialen Lebens.²⁸ So wurden in der Bundesrepublik nach seriösen Schätzungen jährlich etwa 75.000 – 300.000 illegale Abtreibungen vorgenommen; zur Verurteilung kam es allerdings nur bei 100 – 200 Personen pro Jahr, wobei auch bei diesen zumeist nur eine Geldstrafe verhängt wurde.²⁹ In Anbetracht dieser Tatsachen konnte der Gesetzgeber sich nicht mehr mit dem Bewußtsein begnügen, eine Strafvorschrift geschaffen zu haben, deren erstrebenswertes Ziel, Schutz des ungeborenen Lebens, nur auf dem Papier stand.

Lebhafte Reformdiskussionen, in deren Verlauf verschiedene Entwürfe zu einer Neuregelung erarbeitet wurden, waren die Folge.

Am Ende der Diskussionen konnte sich im 5.StRG vom 18.06.1974 zunächst das Fristenmodell durchsetzen. Nach dem 1. Fristenlösungsurteil des BVerfG als einzig gangbare Möglichkeit aufgrund der BVerfG-Vorgaben angesehen³⁰ und schließlich den ab 1976 maßgebenden Vorschriften im Schwangerschaftsabbruchsrecht im 15.StrÄG zugrunde gelegt wurde jedoch das ebenfalls in den Diskussionen vorgeschlagene Indikationsmodell.³¹

(c) Regelung nach dem 15. StrÄG

Die im 15.StrÄG vom 18.05.1976³² verwirklichte Regelung hielt demgemäß am grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruches fest. Im Rahmen einer zeitlich abgestuften Indikationsregelung wurden aber Ausnahmen in Gestalt der medizinischen, eugenischen, „kriminologischen“ sowie der „sozialen“ Indikation zugelassen. Diese Konzeption des Rechts des

²⁷ Diese lag lt. Freudiger, Selbstbestimmung, S.17, in der Kontinuität der in der NS-Zeit begangenen Verletzung des Tötungstabus und dem darauffolgenden Verlangen nach Schutz des menschlichen Lebens in der Nachkriegsdiskussion begründet. „Nach der totalen Bedrohungwurde der totale Schutz gefordert.“ Degen, KJ 1998, 128ff (129), schlußfolgert, daß ein „ungeheurer politischer Projektionsprozeß stattgefunden hat“ – (da) Schwangerschaftsabbrüche und NS-Verbrechen in der Nachkriegsdiskussion quasi gleichgesetzt (wurden / werden) und (man damit) Frauen auch indirekt zu den eigentlich Verantwortlichen, zu den in Wahrheit Mächtigen über Leben und Tod auch in der NS-Zeit (macht), versucht(e) man „darüber“ (und mittels verschärften Lebensschutzes) das kollektive Gewissen zu entlasten.

²⁸ Roxin, JA 1981, S.227

²⁹ BVerfG E 39, S.1 ff (82) – Sondervotum von Rupp -v.Brünneck und Simon

³⁰ Das BVerfG hatte sich in diesem Urteil (E 39, S.1 ff) dem übereinstimmenden Standpunkt aller auf dem Indikationsmodell beruhenden Entwürfe (Erwähnenswert ist hier der Entwurf der Bundesregierung von 1972, der vier Ausnahmen vom prinzipiell weiterhin strafbaren Schwangerschaftsabbruch zuließ – die medizinische, eugenische, kriminologische und soziale Indikation; Roxin, JA 1981, 226 (228); BT-Drs.VI / 3434; D/T, 46.Aufl., Vor. §218 Rz.2) angeschlossen, dass die Tötung ungeborenen Lebens grundsätzlich strafwürdig und auch strafbedürftig ist und nur ausnahmsweise in unzumutbaren Konfliktsituationen zugelassen werden könnte, da nur so das Recht auf Leben, wie es jedem – und damit auch dem ungeborenen Kind gem. Art.2 II S.1 GG i.V.m. Art.1 I GG – zusteht, hinreichend gewährleistet ist.

³¹ Roxin, JA 1981, S.228; Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.3ff

³² BGBl. 1976, I, S. 1213 f

Schwangerschaftsabbruchs sah sich zwar von Beginn an (verfassungs-)rechtlicher Kritik³³ ausgesetzt; sie war jedoch geltendes Recht bis zum erneuten Reformanlauf nach der Wiedervereinigung Deutschlands. Daß mit einer Neuregelung vor diesem Zeitpunkt realistischerweise nicht gerechnet werden konnte, ist insbesondere einer Erklärung der damaligen Regierung im September 1988 zu entnehmen, in der selbst eine Neufassung der umstrittenen „Notlagenindikation“ als nicht beabsichtigt abgelehnt wurde.³⁴

2. Berücksichtigung in den Regelungen der DDR

(a) Kriegsende bis 1950

Wie in den westlichen Besatzungszonen so wurden auch in der sowjetischen Besatzungszone nach Kriegsende die „typisch“ nationalsozialistischen Vorschriften aufgehoben bzw. zumindest nicht angewandt.³⁵ Davon betroffen war auch das ErbGG mit seinem § 10 a, der erstmals, wenn auch nur im Zusammenhang mit der Durchführung einer Sterilisation, eine eugenische Indikation anerkannt hatte.³⁶

Damit bleibt festzuhalten, daß kurz nach Kriegsende in der sowjetischen Besatzungszone keine Möglichkeiten zum Schwangerschaftsabbruch aus eugenischer Motivation bestanden.

Schon 1945 ergingen dann Verwaltungsanordnungen der Länder der sowjetischen Besatzungszone, die den Schwangerschaftsabbruch unter bestimmten Voraussetzungen erlaubten, wenn deren Vorhandensein von einem hierzu gebildeten Ausschuß festgestellt worden war.³⁷

³³ Die an der geschaffenen Abbruchsregelung geübte Kritik bezog sich v.a. auf die (zu unbestimmte) Notlagenindikation, auf die statistisch belegt die größte Anzahl legal durchgeführter Schwangerschaftsabbrüche entfiel. Die Finanzierung von Abbrüchen insgesamt und dieser Indikation im speziellen durch öffentliche Mittel unterlag scharfen Rügen und etlichen Klageversuchen bis vor das BVerfG. Des Weiteren wurde die Ineffizienz des Beratungs- und Indikationsverfahrens beklagt. Anfang der 80-er Jahre setzte die Diskussion in der juristischen Lehre um die verbrechenssystematische Einordnung der in § 218 a aufgeführten Indikationen ein. Durch die (geschickte) Formulierung des Gesetzgebers als „nicht strafbar“ war eine Einordnung auf jeder Ebene des Verbrechensaufbaues möglich. Der favorisierten Deutung als Rechtfertigungsgrund wurden v.a. verfassungsrechtliche Bedenken entgegengesetzt. Höhepunkt der Auseinandersetzung um die Verfassungsmäßigkeit der §§ 218 ff a.F. kann das von der Bayerischen Regierung vor dem BVerfG in Gang gesetzte abstrakte Normenkontrollverfahren betrachtet werden, dass sich in erster Linie gegen das Beratungs- und Indikationsfeststellungsverfahren richtete. (vgl. weiter die zusammenfassende Darstellung bei Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 Rz.4)

³⁴ BT-Drs. 11/2907, S.10

³⁵ Mampel, ROW 1972, 205 ff (205) Fn.5; Gante, S.24

³⁶ Gante, S.24, Roxin, JA 1981, 226 ff (227)

³⁷ Die erste gesetzliche Regelung erließ das Land Thüringen. Veranlaßt durch die Zunahme der Vergewaltigungen konnte eine Schwangerschaftsunterbrechung durch das Vormundschaftsgericht für zulässig erklärt werden, wenn die Schwangerschaft durch eine strafbare Handlung i.S.v. § 176 II oder § 177 RStGB herbeigeführt worden war (= sog. „ethische Indikation“) und binnen 2 Monaten nach der Tat die Schwangere oder ihr gesetzlicher

In den Jahren 1947 / 48 wurden durch die Länder der sowjetischen Besatzungszone im wesentlichen einheitliche Gesetze über den Abbruch der Schwangerschaft erlassen, wobei alle Länder, außer Sachsen-Anhalt, es bei der grundsätzlichen Strafbarkeit der Abtreibung belieben, jedoch im Vergleich zur vorherigen Rechtslage unter mildereren Straffandrohungen. Hervorzuheben ist, daß alle Neuregelungen Rechtfertigungsgründe für vorgenommene Schwangerschaftsabbrüche normierten; welche Gründe solche Ausnahmelagen herbeiführen konnten, und wie diese in der Gesetzessystematik eingeordnet wurden, wurde von den Ländern jedoch unterschiedlich geregelt.³⁸

Eine gewisse Sonderstellung nahmen dagegen die länderübergreifend festgelegte medizinische³⁹ und die ethische⁴⁰ Indikation ein, die beide als Ausnahmelage für Schwangerschaftsabbrüche anerkannt wurden und bei deren Vorliegen der Frau Straffreiheit gewährt wurde.

Die „eugenische“ Indikation hingegen, wie auch die sog. „soziale“, wurde nicht überall in der SBZ als rechtfertigender Grund einer Abtreibung normiert. Nur das Gesetz von Mecklenburg sah auch in Fällen, in denen „nach einwandfreiem ärztlichen Gutachten mit größter Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, dass das Kind an einem oder mehreren ernsten körperlichen oder seelischen Erbschäden leiden würde, und die Mutter deshalb den Antrag auf Abbruch der Schwangerschaft gestellt hatte“ eine Abtreibung als zulässig an.⁴¹

Einheitlich in der sowjetischen Besatzungszone galt für alle Indikationen in Hinsicht auf das Verfahren⁴², dass über die Zulässigkeit der Gründe und dem folgenden Abbruch ein der Verwaltung zugeordneter Ausschuß entscheiden mußte; seine Entscheidung stellte einen Verwaltungsakt dar. Die Strafverfolgungsbehörden waren an diesen Akt der Erlaubnis gebunden.

Damit wurden die Befugnisse der Verwaltung erheblich erweitert.

Vertreter beim Vormundschaftsgericht einen Antrag auf Zulässigkeitsklärung einer solchen Unterbrechung stellte. (Gante, S.27)

³⁸ Der Logik – bei Beibehaltung des Grundsatzes der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruches – entsprechend wurde in allen Ländern außer in Sachsen-Anhalt in den Gesetzen zunächst die Strafbarkeit des Abbruches postuliert, und erst dann folgten die Rechtfertigungsgründe nach. Sachsen-Anhalt dagegen stellte die Fälle voran, in denen die Unterbrechung erlaubt war. Die Straftatbestände erfassten dann die Selbst- und Fremdatbreibung soweit diese entgegen den Vorschriften über ihre Zulässigkeit vorgenommen wurden. (Mampel, ebd. S.206) Damit konnte diese Regelung als Vorläufer der Bestimmungen im StGB der DDR von 1968 bezeichnet werden.

³⁹ Mampel, ebd. S.206

⁴⁰ Schwangerschaft durch eine strafbare Handlung nach § 176 I S.2 oder § 177 RStGB

⁴¹ Mampel, ebd.

⁴² In der sowjetischen Besatzungszone galt auch, dass die *persönliche* oder schriftliche Einwilligung der Schwangeren für den Eingriff nötig war. *Nur* bei der medizinischen Indikation konnte der Abbruch auch ohne Einwilligung erfolgen, wenn die weitere Schwangerschaft zu einer ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit der schwangeren Mutter führen würde. Länderübergreifend gleich geregelt war auch, daß die Abtreibung nur von einem Arzt in einer dazu ermächtigten Krankenanstalt vorgenommen werden konnte. Für die soziale und ethi-

(b) Zeit von 1950 bis 1972

Knapp ein Jahr nach der Gründung der DDR wurde die Frage der Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs einheitlich für ihr Staatsgebiet durch § 11 des Gesetzes über den Mutter- und Kinderschutz und die Rechte der Frau (MuSchG) vom 27.09.1950 geregelt.⁴³ Hinsichtlich der Straftatbestände der Abtreibung und der Strafdrohungen blieben die jeweiligen Ländergesetze aufrechterhalten; für den Ostsektor Berlins galten hierfür die §§ 218 bis 220 RStGB in der oben genannten Fassung weiter.

Absatz 1 des als gesetzliche Grundlage für Schwangerschaftsabbrüche ausgestalteten § 11 MuSchG bestimmte nun, daß der künstliche Schwangerschaftsabbruch nur in zwei Fällen für zulässig erklärt werden konnte⁴⁴:

- (1) wenn die Austragung des Kindes das Leben oder die Gesundheit der Schwangeren ernstlich gefährdete
- oder
- (2) wenn ein Elternteil mit schwerer Erbkrankheit belastet war.

Beide Tatbestände wurden als Rechtfertigungsgründe aufgefasst.⁴⁵

Die Qualifizierung als Rechtfertigungsgründe folgte auch in der DDR der Tradition der Reichsgerichtsentscheidung zum übergesetzlichen Notstand aus dem Gedanken der Rechtsgüterabwägung. Widerstreitende und in Abwägung zu bringende Interessen konnten im Falle einer Gefahr für das Leben der Schwangeren die des ungeborenen Lebens, die der Schwangeren und gesellschaftliche Interessen sein. Hinsichtlich der eugenischen Indikation, um die es sich eindeutig bei der 2.Alt. von § 11 Abs.1 MuSchG handelte, wurden das Recht des ungeborenen, behinderten Kindes auf Leben und dessen Schutz und das Interesse der Schwangeren auf die Geburt nur eines gesunden Kindes in Abwägung zueinander gebracht.⁴⁶

sche Indikation kam hinzu, daß sich darauf stützende Abbrüche nur bis einschließlich des 3. Schwangerschaftsmonats zulässigerweise erfolgen konnten.

⁴³ GBl. Nr.111, S.1037; für den Ostsektor Berlins wurde durch § 12 der Verordnung über den Mutter- und Kinderschutz und die Rechte der Frau vom 13.10.1950 (VOBl. Groß-Brl., S.315) eine Parallelvorschrift, die wörtlich den Normen der DDR entsprach, mit Ausnahme der Festlegung der für den Erlaß der Durchführungsbestimmung zuständigen Organe in Kraft gesetzt.

⁴⁴ Beyer / Rothe, NJ 1966, 396ff (396)

⁴⁵ Mampel, ROW 1972, 205 ff (207)

⁴⁶ Eine konkrete Darstellung der Interessen der Gesellschaft, die in die Abwägung einfließen (v.a. bevölkerungspolitische) ist nicht zu finden. Auffällig ist aber, daß „gesunde“ Kinder im Mittelpunkt der Sorge der sozialistischen Gesellschaft standen, z.B.: sollten durch die Schwangerenberatungsstellen „...optimale Voraussetzungen für die Geburt gesunder Kinder ...“ geschaffen werden. Daran wird deutlich, daß auch die gesellschaftlichen Interessen sich auf gesunde Kinder konzentrierten. (so Mampel, ROW 1972, 205 ff)

Im Gegensatz zu der in der DDR umstrittenen 1. Alternative wurde der Wortlaut der eugenischen Indikation als klar und ohne Spielraum für weite Interpretationen aufgefasst.⁴⁷ Anwendungsprobleme wurden bei dieser Indikation nicht gesehen. Dazu hatte auch die Rundverfügung vom 04.10.1950 des damaligen Ministers für Arbeit und Gesundheitswesen beigetragen, die ausführte, was unter der Belastung eines Elternteils mit schwerer Erbkrankheit zu verstehen war. Eine solche war nämlich anzunehmen, wenn mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, daß das Kind an einer Erbkrankheit leiden wird, durch die es in seiner gesundheitlichen und gesellschaftlichen Vollwertigkeit dauernd erheblich beeinträchtigt ist.⁴⁸

V.a. im letzten Halbsatz wird deutlich, daß der eugenischen Indikation in der DDR nicht nur medizinische Erwägungen zugrunde lagen; unter Berufung auf den Zweck der Leidensvermeidung wurde diese Indikation von amtlicher wie von offizieller Seite gerechtfertigt.⁴⁹

Es ist jedoch zweifelhaft, ob solch altruistisch vorgetragene Motive tatsächlich allein ausschlaggebend waren gegenüber den anderen, in diesem Zusammenhang angeführten Zielsetzungen wie: die Erhaltung der Erwerbsfähigkeit der Frau, die Erhöhung der Geburtenzahl (Bestand des Volkes), die Verhütung ungünstiger Vererbung und ständige Verbesserung der Lebensbedingungen der Organismen durch körperliche und geistige Weiterentwicklung der Menschen.⁵⁰

Gante ist zuzustimmen⁵¹, wenn er sagt, daß „...der Charakter der in der DDR gesetzlich geregelten Indikation den Eifer erklärt, den einige ihrer Befürworter an den Tag legten, um den Unterschied zwischen dieser eugenischen Indikation und der nationalsozialistischen Ideologie der Rassenhygiene zu betonen“.

Verfahrenstechnisch wurde die Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch im Falle dieser eugenischen und der in ihrem Umfang umstrittenen medizinischen Indikation⁵² durch Gremien,

⁴⁷ Mampel, ebd. S.207; Beyer / Rothe, NJ 1966, 396ff (396)

⁴⁸ Mampel, ROW 1972, S.207

⁴⁹ Symbolisch dafür steht die Frage Mampels (S.210), ob dem Ziel, einem Kinde zum Leben zu verhelfen, damit gedient sei, wenn der Fall einer Erbkrankheit oder der eines durch Medikamenteneinnahme der Schwangeren geschädigtes Kind eintritt.

⁵⁰ Vgl. die Erklärung des Ministerpräsidenten O. Grotewohl am 27.09.1950 vor der Volkskammer der DDR, wo er die künstlichen Schwangerschaftsunterbrechungen als unerwünscht darstellte, da sie „ganz abgesehen von bevölkerungspolitischen Gesichtspunkten ...zu...Schädigung der Mutter...führen (können).“ Grotewohl, Kampf um die DDR, Bnd.III, S.199f; Gante, S. 59f, Mampel ebd. S.210

⁵¹ Gante, S.60

⁵² Da der Wortlaut der medizinischen Indikation sowohl eine enge wie auch eine weite Interpretation zuließ, entbrannte Streit darüber, wie diese Indikation zu handhaben sei. Sie wurde zunächst als rein medizinische Indikation aufgefasst, die soziale und ethische Momente nicht berücksichtigte. (dazu vgl. Begründung des Gesetzes durch O.Grotewohl vor der Volkskammer s.o.) Der zunehmend anders gehandhabten Praxis der Kommissionen

sog. Kommissionen, erteilt, die bei den Kreisverwaltungen bestanden und sich aus Ärzten, Vertretern der Organe des Gesundheitswesens und des Demokratischen Frauenbundes zusammensetzten.⁵³ Neu war gegenüber den Landesregelungen, daß die Abtreibungen nur noch von Fachärzten in Krankenhäusern durchgeführt werden durften.⁵⁴

Die durch das MuSchG eingeführten beiden Ausnahmelagen, eugenische und medizinische Indikation, blieben auch nach der Einführung der §§ 153-155 StGB-DDR die einzigen zwei Konstellationen, in denen eine Abtreibung durch einen Dritten⁵⁵ „zulässig“ war.⁵⁶ Allerdings änderte sich ihr (rechtlicher) Charakter.

Durch die §§ 153 – 155 StGB-DDR vom 12.01.1968⁵⁷ wurden die landesrechtlichen Bestimmungen über die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs mit Wirkung vom 01.07.1968⁵⁸ ersetzt.

Diese Tatbestände stellten nur noch unter Strafe:

- (1) die Fremdattreibung (§ 153 Abs.1 und § 154 Abs.1)
- (2) Aufforderungs- und Unterstützungshandlungen (§ 153 Abs.2)
- (3) Willensbeeinflussungshandlungen (§ 154 Abs.2)
- und
- (4) erfolgsqualifizierte Fälle (§ 155) .

Die Selbstabtreibung, d.h. die Abtreibung, die die Frau selbst vornimmt oder durch einen anderen an sich zuläßt, wurde nicht mehr bestraft. In Konsequenz dieser Strafbestimmungen deckten sich die Tatbestände des strafbaren Abbruchs der Schwangerschaft nicht mehr mit den nach dem MuSchG verbotenen Abbrüchen. Zulässig nach dem MuSchG war die Abtreibung nur unter den Voraussetzungen dieses Gesetzes und der Einhaltung des dort vorgeschriebenen Verfahrens der Erlaubniserteilung sowie den Bestimmungen zum Ort des Abbruchs und der Person, wer die den Abbruch vornahm.

und einem sich in der wissenschaftlichen Literatur entwickelnden abweichenden Standpunkt hin zu einer weiten Begriffsinterpretation (gefordert wurde die Anlehnung an den WHO- Gesundheitsbegriff), wollte die am 15.03.1965 vom Minister für Gesundheitswesen erteilte Instruktion Rechnung tragen und Abhilfe bei den auftretenden Unsicherheiten zwischen Geschriebenem und Gehandhabtem schaffen. Diese Instruktion ließ nunmehr eine „medizinisch-soziale Indikation zu, in der auch die ethische Indikation Platz fand. (s. Mampel, ROW 1972, S.208)

⁵³ Mampel ebd. S.207

⁵⁴ Änderungen in den Einzelheiten des Abbruchverfahrens brachte nochmals die in Fn.52 erwähnte Instruktion mit sich. Erwähnenswert ist die Einschaltung der durch § 6 des Mutterschutzgesetzes von 1950 geschaffenen Schwangerenberatungsstellen.

⁵⁵ Denn die Selbstabtreibung durch die Schwangere war ohne strafrechtliche Konsequenzen möglich.

⁵⁶ Mampel, ROW 1972, 205 ff(209, 211)

⁵⁷ GBl. I Nr.1, S.1

⁵⁸ GBl. I Nr.3, S.97

Mit Geltung der §§ 153 bis 155 StGB-DDR wurden jedoch strafrechtlich nur noch diejenigen Fälle von Abbrüchen verfolgt, bei denen eine „unzulässige“ Fremdbabtreibung vorlag, d.h. keine staatliche Erlaubnis. Diese konnte nur bei Erfüllung der im MuSchG vorausgesetzten Bedingungen erteilt werden. Die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruches wurde nicht nur durch die Nicht-Erfassung der Selbstabtreibung zurückgedrängt, sondern auch durch die Einengung des Tatbestandes der Fremdbabtreibung mittels des nicht explizit aufgeführten Tatbestandsmerkmals der Unzulässigkeit des Abbruchs. Damit kam zum Ausdruck, daß das Abtreibungsproblem nicht mehr primär unter dem Aspekt des Strafrechts gesehen wurde, wie es noch der Fall war, als die nach dem Mutterschutzgesetz erteilte Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch eine an sich verbotene Handlung von Strafe freistellte, weil sie rechtfertigende Wirkung innehatte.

Während bisher die (verwaltungsrechtliche) Erlaubnis noch als Ausnahme von der strafrechtlichen Regel anzusehen war, verlor sie jetzt diesen Ausnahmecharakter. Das Problem wurde nunmehr primär im Verwaltungsrecht (als Teil des Staatsrechts der DDR) angesiedelt und nur sekundär, d.h. dann, wenn der Verwaltungsakt der Erlaubnis nicht vorlag, wurde ein Fall strafrechtlich relevant.⁵⁹

Konkret für die eugenische Indikation bedeutete die Einführung der §§ 153 bis 155 StGB-DDR, daß es bei Vorliegen einer Belastung eines Elternteiles mit einer schweren Erbkrankheit und bei der Erfüllung weiterer verfahrensrechtlicher Voraussetzungen (s.o.) gar nicht mehr zu einem strafbaren Schwangerschaftsabbruch kommen konnte.

Unabhängig von der Frage, ob das Strafrecht der DDR überhaupt Rechtfertigungsgründe kannte, stellte der Zulässigkeitsgrund nach § 11 Abs.1 MuSchG, die eugenische Ausnahmelage, keinen rechtfertigenden Grund mehr dar. Mit dieser Regelung, einer Unterteilung in „verbotener“ Abbruch und „strafbarer“ Abbruch, war der Weg vorgezeichnet, der im Gesetz vom 09.März 1972 zu einer auch rechtsdogmatisch neuen Lösung führte.

(c) 1972 bis 1990

Das Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft vom 09.März 1972⁶⁰ (SUG) war das letzte, bis zur Wiedervereinigung in Kraft gebliebene Gesetz, das das Recht des Schwan-

⁵⁹ Mampel, ROW 1972, 205 ff(209)

⁶⁰ GBl. 1972, I, S.89

gerschaftsabbruches in der DDR regelte. Zu diesem ergingen gleichzeitig eine Durchführungsbestimmung⁶¹ und eine Instruktion zu dieser Durchführungsbestimmung.⁶²

Zugleich mit Inkrafttreten des SUG trat § 11 MuSchG außer Kraft, § 5 II SUG. Damit war der künstliche Schwangerschaftsabbruch in den Fällen der medizinischen und der eugenischen Indikation (bisher § 11 Abs. I) nicht mehr zulässig. Auch wenn es sich zum Schluß nicht mehr um strafrechtliche Rechtfertigungsgründe handelte (s.o.), so waren beide Ausnahmelagen die zwei Konstellationen, die zu einer die Abtreibung erlaubenden verwaltungsrechtlichen Genehmigung führen konnten.

Nunmehr bestimmten das SUG, dessen dazu ergangene Durchführungsbestimmung (DB) und die Instruktion zur DB sowie die §§ 153 bis 155 StGB-DDR das Recht des Schwangerschaftsabbruches in der DDR.⁶³

Das Verhältnis zwischen den Strafnormen und den Bestimmungen des SUG stellte § 1 Abs.4 SUG klar. Danach war eine Abtreibung der Leibesfrucht allein „...auf Ersuchen der Schwangeren und nur nach den Bestimmungen des Gesetzes und der zu seiner Durchführung erlassenen Rechtsvorschriften zulässig“.⁶⁴ Alle anderen Abbrüche waren unzulässig.

Im übrigen bedeutete das aber nach wie vor nicht, dass diese dann auch restlos strafbar waren; denn die Tatbestände gem. §§ 153 bis 155 StGB-DDR setzten zwar das Merkmal der Unzulässigkeit des Abbruchs voraus, ließen ihrem Wortlaut nach aber inhaltliche Lücken, z.B. für die Selbstabtreibung. Demzufolge ließ sich erst aus den §§ 153 bis 155 StGB-DDR selbst erkennen, ob für die nach dem SUG und den dazu ergangenen Vorschriften unzulässigen Schwangerschaftsabbrüche eine Strafdrohung bestand.⁶⁵ Die Tatbestandsvoraussetzung bei der Fremdadtreibung⁶⁶ - „Wer entgegen den gesetzlichen Vorschriften die Schwangerschaft(...) unterbricht(....)“ - wurde durch das SUG und seine DB näher bestimmt.

Kern des Gesetzes vom 09.März 1972 war das Recht der Frau, über die Abtreibung in eigener Verantwortung zu entscheiden, § 1 Abs. I SUG. Die biologisch begründete Benachteiligung der Frau aufgrunddessen, dass sie das ungeborene Leben in sich trägt und nährt und nicht der Mann, sollte dadurch ausgeglichen werden, dass der Frau die Entscheidung zuerkannt wurde, ob sie die Last der Schwangerschaft übernehmen wollte oder nicht. Ferner sollte das Gesetz die Würde und Freiheit der Frau als Persönlichkeit (Art.19 II DDR-Verfassung) garantieren.⁶⁷

⁶¹ GBl. 1972, II, S.149

⁶² In: Verfügungen und Mitteilungen des Ministeriums für Gesundheitswesen 1972, Nr.4, S.21

⁶³ Mampel, ROW 1972, 205 ff (216)

⁶⁴ Genau: § 1Abs.IV Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft (GBl.1972, I, S.89)

⁶⁵ Mampel ebd.

⁶⁶ § 153 I StGB-DDR

⁶⁷ Mampel, ROW 1972, 205 ff (211)

Das Recht zur freien Entscheidung für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch, welches der schwangeren Frau in der DDR gem. § 1 II SUG innerhalb von 12 Wochen zustand, war als ein vom Staat an die Frau verliehenes, subjektives Recht im Sinne der marxistisch-leninistischen Konzeption zu begreifen.⁶⁸

Neben diesem Recht auf Schwangerschaftsabbruch innerhalb von 12 Wochen⁶⁹ wurde durch das SUG vom 09. März 1972 auch nach Ablauf dieser Frist noch die Möglichkeit zur Abtreibung des ungeborenen Kindes eröffnet, § 2 SUG.

Für letztere Alternative mußten jedoch bestimmte Indikationen vorliegen und diese durch einen Verwaltungsakt bestätigt werden. Bei einem solchen Abbruch war es also bei der verwaltungsrechtlichen Lösung verblieben.⁷⁰ Das SUG hatte somit im Recht des Schwangerschaftsabbruches eine Kombination zwischen „Fristen- und Indikationslösung“ geschaffen.

§ 2 Abs. I SUG ließ nach Ablauf der 12 Wochen nach Beginn der Schwangerschaft die Abtreibung als zulässig, und damit von Strafe gem. §§ 153 bis 155 StGB-DDR ausgenommen, zu, wenn zu erwarten war, dass die Fortdauer der Schwangerschaft das Leben der Frau gefährdet(e), oder wenn andere schwerwiegende Umstände vorlagen.

Wie dem Wortlaut zu entnehmen ist, war damit die eugenische Indikation nicht mehr ausdrücklich erfaßt. Allerdings ist zu beachten, daß ein gewisses Auffangen von eugenischen Fallkonstellationen trotzdem noch möglich war.

Während die erste Alternative des § 2 I SUG die vitale Indikation bedeutete, besaß die zweite Alternative den Charakter einer Generalklausel. Deren Ausfüllung war nicht dem Ermessen der über die Zulässigkeit entscheidenden Stellen⁷¹ überlassen, sondern wurde durch § 5 III DB zum SUG vorgenommen.⁷² Schwerwiegende Umstände i.S.v. § 2 I SUG lagen danach vor, wenn

- a) bei Fortdauer der Schwangerschaft oder infolge der Geburt schwere bleibende und die Lebenserwartung der Frau beeinträchtigende Gesundheitsschäden erwartet werden mussten;
- b) während der Schwangerschaft außerordentliche Ereignisse eintraten, von denen nach ärztlichem Ermessen angenommen werden muß(te), daß sie im Zusammenhang mit der Austragung der Schwangerschaft dauernde erhebliche physische oder

⁶⁸ Mampel, ebd., S.212

⁶⁹ (...) dessen Ausübung nun auf der autonomen Entscheidung der Schwangeren beruhte, so dass eine eugenische Indikation überflüssig war (...)

⁷⁰ Mampel, ROW 1972, 205ff (214)

⁷¹ Gemäß § 2 II, § 3II S.2 SUG i.V.m. § 5 II DB zum SUG war das die Fachärztekommision.

⁷² Mampel, ebd. S.214

psychische Belastungen der Frau zur Folge haben würden, die zu einer schweren bleibenden Störung ihres Gesundheitszustandes und zu einer Beeinträchtigung ihrer Lebenserwartung führen würden.

Bei der ersten Konstellation des § 5 III DB z. SUG handelte es sich um eine die vitale Indikation außer acht lassende medizinische Indikation, die nur Umstände einbezog, die für Gesundheitsschäden die Schwangerschaft selbst oder die Geburt ursächlich machten.⁷³

„Eugenisch motivierte Fälle“ konnten wegen der fehlenden Ursächlichkeit zwischen der Schwangerschaft und den eingetretenen Gesundheitsschäden nicht in den Anwendungsbereich dieser Alternative fallen. Die Ursache lag dort gerade nicht in der Schwangerschaft oder Geburt selbst, sondern in davon unabhängigen körperlichen oder geistigen Bedingungen auf seiten des noch ungeborenen Kindes, die sich auf den Zustand der Mutter auswirkten. Ohne diese eugenischen Gründe blieb die Normalsituation einer Schwangerschaft, wobei § 5 III 1. Alternative der DB zum SUG aber die Schwangerschaft (oder Geburt) an sich als Auslöser für die gesundheitlichen Schäden bei der schwangeren Mutter forderte.

Im Unterschied dazu kam es bei der zweiten Alternative nicht auf einen solchen Kausalzusammenhang zwischen Schwangerschaft /und Geburt einerseits und den Gesundheitsschäden andererseits an. Was derartige außerordentliche Ereignisse während der Schwangerschaft sein konnten, wurde, auch in der DB zum SUG, nicht ausgeführt.

Allerdings waren die Folgen der außerordentlichen Ereignisse dahingehend präzisiert, daß sie in dauernden erheblichen physischen oder psychischen Belastungen der Frau bestehen mußten, die zu einer schweren bleibenden Störung ihres Gesundheitszustandes und zu einer Beeinträchtigung ihrer Lebenserwartung führen würden. Aus diesen Folgen konnte lt. Mampel nun geschlossen werden, was außerordentliche Ereignisse i.S.d. § 5 III 2. Alt. DB zum SUG darstellen konnten. Er selbst sah als solche Ereignisse die Schädigung des Embryos durch die Einnahme von Medikamenten durch die Mutter, einen psychischen Schock, eine Körperverletzung der Schwangeren oder eine Krankheit, die in entsprechender Weise die Leibesfrucht schädigen würde an, da die Pflege eines an sich lebensfähigen, aber körperlich oder geistig geschädigten Kindes zu einer Belastung der Frau im Sinne der in der DB dargestellten Art führen würde.

Dieser Einbeziehung eugenischer Fallkonstellationen in den Bereich der genannten medizinischen Indikation wurde anscheinend in der DDR nicht widersprochen, da man um die (zeit)intensivere Pflege eines behinderten Kindes mit der nachfolgenden, (an)dauernden erheblichen physischen oder psychischen Belastung für die Mutter, die wiederum zu einer

⁷³ Mampel, ROW 1972, 205ff (214)

schweren, bleibenden Störung des Gesundheitszustandes und einer Beeinträchtigung ihrer Lebenserwartung führen kann, wußte.

Anhand der Erläuterungen Mampels ist davon auszugehen, dass nicht jede Schädigung ausreichend für die Bejahung eines entsprechenden Ereignisses war, denn schon der Wortlaut selbst sprach von dauernden und erheblichen Belastungen sowie einer schweren bleibenden Störung und sogar von der Beeinträchtigung der Lebenserwartung als Folgen des außerordentlichen Ereignisses. Genauere Konkretisierungen wurden jedoch weder durch die DB zum SUG noch durch seine Kommentatoren gemacht.

Es muß angenommen werden, daß auch in der Praxis der Schwangerschaftsabbrüche in der DDR erst ab einem bestimmten Schädigungsgrad der Fötus den Anforderungen dieser Variante der medizinischen Indikation „entsprach“, zumal ansonsten eine eigene eugenische Indikation hätte erhalten bleiben können.

Warum so auffällig wenig Augenmerk auf die eugenische Indikation innerhalb der verwaltungsrechtlichen Indikationslösung nach Ablauf der 12-Wochen-Frist für das Recht zum Schwangerschaftsabbruch gelegt wurde, ist nach Ansicht Mampels damit zu erklären, daß diese wohl für überflüssig gehalten wurde, da im Falle ihres Vorliegens vom Recht auf Schwangerschaftsabbruch Gebrauch gemacht werden konnte und, wenn dies nicht geschah, kein Anlaß gesehen wurde, einen Abbruch nach Ablauf der Zwölf-Wochen-Frist nachträglich noch zuzulassen.⁷⁴

Da die Beurteilung im Einzelfall vom „ärztlichen Ermessen“ abhängig gemacht wurde, oblag die schwere Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen bei einer bestimmten Schädigung zunächst einmal dem Arzt. Die Entscheidung über die Zulässigkeit des konkreten Schwangerschaftsabbruchs, auch aus eugenischer Motivation heraus gem. § 2 I SUG i.V.m. § 5 III 2.Alt. DB zum SUG, mußte dann die Fachärztekommision treffen.

Derartige Kommissionen waren in den Kreisen durch die Kreisärzte in der Regel in den für die Durchführung von Abbrüchen zuständigen staatlichen Einrichtungen zu bilden. Im Unterschied zur vorherigen Regelung bestand dieses Gremium nur noch aus Fachärzten, nicht mehr auch aus Vertretern von Massenorganisationen oder Verwaltungsfunktionären. Auch Frauen mußten nicht mehr zwingend dabei sein. Dies erklärte sich daraus, daß nur noch medizinische Probleme zu behandeln waren. Da sie vom Kreisarzt als einem Verwaltungsorgan berufen wurden und bei den zuständigen staatlichen Einrichtungen zu bilden waren, waren diese Kommissionen trotz ihrer Zusammensetzung Einrichtungen der Verwaltung, die Verwaltungsakte in Form der Erlaubnis zur Durchführung von Abbrüchen erließen.

⁷⁴ Mampel, ROW 1972, 205 ff (215)

Wie auch beim Recht zum Schwangerschaftsabbruch⁷⁵ mußte bei der verwaltungsrechtlichen Indikationsregelung das Ersuchen der Schwangeren, deren Einwilligung, oder die des gesetzlichen Vertreters vorliegen, Gegenindikationen durften nicht gegeben sein und der Abbruch mußte in einer stationären gynäkologischen Einrichtung (§ 3 II DB zum SUG) durch einen Arzt vorgenommen werden. Die Dauer der Schwangerschaft spielte hier gerade keine Rolle. Mit der dem Verwaltungsrecht entstammenden Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch war kein Raum mehr für eine Bestrafung aus den §§ 153 bis 155 StGB-DDR, da ja kein unzulässiger Abbruch, wie von den Strafnormen gefordert, mehr vorlag.

Eine eugenisch motivierte Abtreibung war damit nur unter den strengeren, oben genannten Voraussetzungen zulässig und nicht strafrechtlich relevant.

3. Zeit nach der Wiedervereinigung

Mit der Wiedervereinigung der zwei deutschen Staaten am 03. Oktober 1990 trafen auch zwei verschiedene Rechtsordnungen mit unterschiedlichen Regelungen aufeinander.

Im Bereich des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs gab es zu diesem Zeitpunkt zwei gegensätzliche Regelungen, die prägnant als Fristenregelung der DDR⁷⁶ und bundesdeutsche Indikationsregelung⁷⁷ bezeichnet werden können. Da nämlich die Vertragspartner im Rahmen der Beitrittsverhandlungen sich weder auf eine Erstreckung des westdeutschen Abtreibungsrechts⁷⁸ auf die Beitrittsgebiete noch auf eine Übernahme der Fristenlösung⁷⁹ in das Recht der alten BRD verständigen konnten und auch nicht in der Lage waren, bereits im Oktober 1990 eine konsensfähige neue gesamtdeutsche Lösung zu konzipieren, wurden die jeweiligen Regelungen der DDR einerseits und diejenigen der BRD andererseits als jeweils partielles Bundesrecht zunächst weiterhin in Kraft gelassen.⁸⁰ Allein schon zur Herstellung der Rechtseinheit hinsichtlich des Schwangerschaftsabbruchsrechts im gesamten Bundesgebiet sah sich der Ge-

⁷⁵ § 1 Abs.1 SUG

⁷⁶ Siehe vorhergehenden Gliederungspunkt, Teil 2. A. II.2.

⁷⁷ Siehe Gliederungspunkt Teil 2. A.II.1.

⁷⁸ §§ 218 ff StGB i.d.F. vom 18.05.1976

⁷⁹ §§ 153 ff StGB-DDR i.V.m. SUG und der DB zum SUG

⁸⁰ Angesichts dieses in Ost- und Westdeutschland unterschiedlichen Abtreibungsrechts und mangels einer ausdrücklichen kollisionsrechtlichen Vorschrift entbrannte nach Abschluß des Einigungsvertrages Streit darüber, welches Recht zur Anwendung kommen müsse, wenn ein SSA in einem Gebiet innerhalb Deutschlands vorgenommen werde, in dem der Täter nicht zugleich auch seinen Wohnsitz habe. Konsens bestand in der juristischen Diskussion insoweit, daß zur Lösung dieser Frage die allgemeinen (ungeschriebenen) Prinzipien des interlokalen Strafrechts zur Anwendung kommen müßten. Welche Konsequenzen hieraus zu ziehen seien, war umstritten. (Wohnsitz- oder Tatortprinzip)

setzgeber aber zum Erlaß einer gesamtdeutschen Neuregelung veranlasst.⁸¹ Hinzukam die vom Einigungsvertrag in Art.31 Abs. IV aufgestellte Verpflichtung, „(...) spätestens bis zum 31.12.1992 eine Regelung zu treffen, die den Schutz vorgeburtlichen Lebens und die verfassungskonforme Bewältigung von Konfliktsituationen schwangerer Frauen v. a. durch rechtlich gesicherte Ansprüche für Frauen, insbesondere auf Beratung und soziale Hilfen, besser gewährleistet, als dies in beiden Teilen Deutschlands derzeit der Fall ist“.⁸²

Die damit angestoßene erneute Reformdiskussion war entgegen verschiedenster Erwartungen hinsichtlich einer Suche nach neuen Wegen für einen wirksamen Schutz ungeborenen Lebens wiederum durch die traditionelle Konfrontation von Indikations- und Fristenmodell geprägt. Wie Hülsmann⁸³ bezeichnend ausführte, kam es lediglich zur Wiederaufführung der Debatte der siebziger Jahre, als sich Gegner und Befürworter einer Fristenregelung unversöhnlich gegenüberstanden.

Das Spektrum der vertretenen und in die vorparlamentarische Debatte eingebrachten Vorschläge zur rechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs in Gesamtdeutschland reichte dabei auf der einen Seite von der völligen Freigabe des Schwangerschaftsabbruches⁸⁴ über Fristenregelungen mit oder ohne Beratungspflicht⁸⁵ und anderweitigen Liberalisierungen⁸⁶ bis hin zu Modifizierungen und/oder sogar Verschärfungen⁸⁷ der bisherigen westdeutschen Indikationslösung auf der anderen Seite.

Zwischen den Extrempositionen Fristenlösung und Indikationslösung, die unter Beachtung der Vielfalt möglicher Konstellationen und Abwägungsfaktoren sich besser als Fristenmodell auf Selbstbestimmungsbasis und Indikationsmodell auf Drittbeurteilungsbasis kennzeichnen lassen, ließ sich lt. Eser⁸⁸ ein weiterer, mittlerer Weg finden, der für die Straffreiheit zwar einerseits eine Not- und Konfliktlage sowie eine darauf gerichtete Beratung voraussetzte, andererseits aber die Letztverantwortung der Schwangeren überließ, sog. notlagenorientiertes Diskursmodell oder auch Notlagenmodell auf Selbsteinschätzungsbasis. Die Grundanliegen dieses Modells fanden - v.a. nach dem Vorstoß der Bundestagspräsidentin Süssmuth⁸⁹ - im

⁸¹ Hülsmann, S.137 ff (190); Sch/Sch-Eser, Vorbem §§ 218 ff, Rz.5; Keller, S.195 ff (197)

⁸² BGBl 1990 II, S.900

⁸³ Hülsmann, S.137 ff (192)

⁸⁴ So die bei Frommel, ZRP 1990, 354 genannten Gruppen

⁸⁵ Frommel, NJ 1990, 329 u. ZRP 1990, 351 ff(354); Juristinnenbund, NJ 1991, 359

⁸⁶ BÄK, Der Frauenarzt 1991, 473; Günther, ZStW 103, 869ff; v.Renesse, ZRP 1991, 321; Schünemann, ZRP 1991, 390f ; Hinderer, Baumann-FS, S.183

⁸⁷ Brießmann, JR 1991, 397; Büchner, ZRP 1991, 431 ff; Roellecke, JZ 1991, 1045; Knippel, ZRP 1992, 152

⁸⁸ Eser, Weg zur Neuregelung, S.92

⁸⁹ Süssmuth, ZRP 1990, 366 ff

Sinne eines „dritten Weges“ jedenfalls der Sache nach politischen Niederschlag in dem aus den anderen in den Bundestag eingebrachten sechs Entwürfen⁹⁰ sich herauskristallisierenden Gruppenantrag von SPD- und FDP-Fraktion und einem Teil der CDU/CSU-Abgeordneten⁹¹, der nach dem Leitprinzip Hilfe statt Strafe vor allem auf die Beratung setzte und die strafrechtliche Absicherung nur als letztes Mittel begriff⁹².

Als inhaltlich angelehnt an das Notlagenmodell auf Selbsteinschätzungsbasis⁹³, ist denn auch der letztendlich zu Gesetz⁹⁴ gewordene überparteiliche Gruppenentwurf⁹⁵ zu bezeichnen.

Dieses SFHG sah neben der Möglichkeit für einen straflosen, innerhalb von 12 Wochen von einem Arzt nach Beratung in einer Not- und Konfliktlage vorgenommenen Abbruch (§ 218 a

⁹⁰ Die während der Auseinandersetzung um eine einheitliche Schwangerschaftsabbruchsregelung im vereinten Deutschland als Gesetzesinitiativen in den deutschen Bundestag eingebrachten Entwürfe sollen hier nur kurz der Vollständigkeit halber vorgestellt werden: Schon am 16.05.1991 legte die FDP ihren Entwurf vor, der im Kern eine modifizierte Fristenregelung mit obligatorischer Beratung vorsah, flankiert durch ein ganzes Bündel an sozialen Hilfsmaßnahmen, die die Schaffung einer kinderfreundlichen Gesellschaft unterstützen sollten. Ganz anders der Vorschlag der Gruppe Bündnis 90/ Die Grünen, der die ersatzlose Streichung des § 218 StGB und eine ausdrückliche Verbriefung des sich nach ihrer Auffassung aus der Verfassung ergebenden „Rechtsanspruches“ auf Schwangerschaftsabbruch forderte. Dazu sollte der Staat flächendeckend Einrichtungen zum ambulanten und stationären Schwangerschaftsabbruch zur Verfügung stellen, und die Krankenkassen diesen finanziell absichern. Nur der Abbruch gegen den Willen der Frau sollte eine schwere Körperverletzung darstellen. Ähnlich dem FDP- Vorschlag lag der Schwerpunkt des SPD-Entwurfes auf sozialen Hilfen und der Sexualaufklärung. Im Unterschied zur FDP sprach sich die SPD im Kern für eine Fristenregelung innerhalb von 12 Wochen ohne Beratungspflicht aus; ein freiwilliges Beratungsangebot konnte von der Schwangeren in Anspruch genommen werden. Wiederum konträr dazu reklamierte die PDS/Linke Liste die ersatzlose Abschaffung der §§ 218-219 d StGB sowie der §§ 153-155 StGB-DDR, wobei sie die Unterstützung der Frau im Gegensatz zu der von ihr kritisierten embryozentrierten Sichtweise als alleiniges Hauptziel definierte. Um eine bestmögliche medizinische Versorgung beim Abbruch zu sichern, sollten die Länder verpflichtet werden, entsprechende ambulante wie stationäre Einrichtungen zu schaffen. Die Mehrheit der CDU/CSU befürwortete in ihrem Entwurf eine grundsätzliche Strafbewehrung des Abbruchs mit Ausnahme einer (als streng anzusehenden) medizinischen Indikation, einer sozialen Indikation (bei Vorliegen einer psycho-sozialen Notlage) – beide nur innerhalb von 12 Wochen – und einer eugenischen Indikation innerhalb von 20 Wochen. Hinzu kamen eine obligatorische Beratung und neben der Einführung einer Strafnorm gegen die Nötigung zum Abbruch auch die Flankierung durch soziale Hilfen. Der letzte Entwurf wurde von einer Minderheit der CDU/CSU-Fraktion um die Abgeordneten Werner und Geis eingebracht, der im Kern ebenfalls eine Indikationsregelung vorsah, eine Ausnahme von der grundsätzlichen Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruches jedoch nur zuließ, wenn der vom Arzt durchgeführte Eingriff erforderlich war um eine konkrete Gefahr für das Leben oder der einer dauerhaften und schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden. Diese Indikationsvoraussetzungen müßten tatsächlich und objektiv, auch ex-post für das Gericht nachprüfbar vorliegen. All diese Entwürfe wurden im Bundestag beraten, zum Konsens konnte absehbar aber nur eine überparteiliche Einigung über die Vorschläge zur Neuregelung führen, wie letztendlich mit dem SFHG vom 27.07.92 geschehen.

⁹¹ BT-Drs.12/ 2875

⁹² Sch/Sch-Eser, Vorbem §§ 218 ff, Rz.6

⁹³ Bei diesem blieb das Vorliegen einer Notlage innerhalb einer bestimmten Frist praktisch der gerichtlich nicht überprüfbaren Selbsteinschätzung der Schwangeren überlassen. Allerdings ist es kein „freies“ Belieben der Schwangeren, sondern vom Gesetz vorgeschriebene Notlagen, zu deren Feststellung sich die Schwangere einer Beratung unterziehen sollte bzw. musste und die zum Abbruch veranlassenden Faktoren darlegen musste.

⁹⁴ SFHG vom 27.07.1992

⁹⁵ Dieser wurde nach Vorlage am 14.05.1992 im Bundestag am 20.5.1992 dem Sonderausschuß „Schutz des ungeborenen Lebens“ übergeben und dort eingehend beraten. Nachdem er im Bundestag eine große Mehrheit und schließlich auch die Zustimmung des Bundesrates gefunden hatte, war der Weg zur Verabschiedung des SFHG frei.

Abs.1 in dieser Fassung) eine zeitlich unbegrenzte, aber tatbestandlich eng gefaßte medizinische Indikation⁹⁶ und die auf 22 Wochen seit der Empfängnis begrenzte eugenische Indikation⁹⁷ (§ 218 a III StGB i.d.F.) vor. Letztere war in ihren Bedingungen nicht nur angelehnt, sondern sogar wortgleich zur ehemaligen bundesdeutschen Formulierung der eugenischen Indikation. Das SFHG schrieb eine Pflichtberatung vor, deren Nichtbeachtung nunmehr zur Strafbarkeit nach § 218 StGB selbst, anstatt nur nach § 218 b StGB a.F. führte. Die Beratung war deshalb nun auch für die materielle Rechtslage des Schwangerschaftsabbruches von Bedeutung.

Dieses SFHG⁹⁸, welches nie Geltung erlangt hat, blieb lediglich ein vorerst vergeblicher Versuch des Gesetzgebers in Richtung auf eine gesamtdeutsche Neuregelung des Abtreibungsstrafrechts. Denn bereits am Tag seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt, am 04. August 1992, setzte der Zweite Senat des BVerfG auf Antrag der bayerischen Staatsregierung und von 249 Abgeordneten der CDU/CSU-Bundestagsfraktion vom 14.07.1992 durch Urteil im Wege der einstweiligen Anordnung gem. § 32 BVerfGG das Inkrafttreten der neu gefaßten Vorschriften des StGB sowie das Außerkrafttreten der nach dem Einigungsvertrag fortgeltenden Rechtsvorschriften der DDR, der §§ 218-219d StGB-BRD und der in Art.4 des 5.StrRG statuierten Meldepflicht für die Bundesstatistik bis zur Entscheidung über die Normenkontrollklage aus.⁹⁹ Nach Verbindung der Hauptsache mit der bereits gegen das 15.StÄG erhobenen Normenkontrollklage Bayerns von 1990 wurden durch das BVerfG-Urteil vom 28. Mai 1993 verschiedene Vorschriften des SFHG für mit dem Grundgesetz unvereinbar und damit nichtig erklärt.¹⁰⁰

⁹⁶ Die frühere Tatbestandsvoraussetzung – Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse – war aus dem Gesetzeswortlaut entfallen.

⁹⁷ Für diese eugenische Indikation mußten nach (1) ärztlicher Erkenntnis (2) dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind (3) infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer (4) nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die (5) so schwer wiegt, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden konnte. Hinzukam, daß die Schwangere dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 III S.2 StGB i.d.F. nachweisen mußte, daß sie sich (6) mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen und (7) seit Empfängnis nicht mehr als 22 Wochen verstrichen waren.

⁹⁸ BGBl. 1992, I, 1398

⁹⁹ BVerfG E 86, 390 ff – Durch Beschluß vom 25.01.1993 wurde diese Aussetzung durch das BVerfG bestätigt und verlängert, BVerfG E 88, 262 ff

¹⁰⁰ Im Einzelnen waren das folgende Vorschriften: (1) § 218 a Abs. I StGB i.d.F. d. SFHG, der den Schwangerschaftsabbruch während der ersten 12 Wochen seit Empfängnis und nach Beratung für „nicht rechtswidrig“ erklärte (Tenor Nr.I.1.), (2) die Vorschrift über die Beratung der Schwangeren, § 219 StGB i.d.F. d. SFHG (Tenor Nr.I.2.), (3) die Änderung des 5.StrRG mit der Aufhebung der die Bundesstatistik ü. SSA‘ e betreffenden Vorschrift, Art.15 Nr.2 des SFHG (Tenor Nr.I.5.) und (4) Art.4 des 5.StrRG i.d.F. des Art.15 Nr.2 des SFHG, der die zuständigen obersten Landesbehörden verpflichtete (Tenor Nr.I.6.)

Dieses 2. Schwangerschaftsabbruchsurteil¹⁰¹ mit seinem Inhalt und seinen Aqswirkungen wurde je nach rechtspolitischem Standpunkt teils als zu weit und teils als zu wenig weitgehend empfunden. Während es für die einen den Interessen der Frau zu große Zugeständnisse auf Kosten des Lebensschutzes des Nasciturus macht¹⁰², ist es für andere auf dem Boden des neuen Schutzkonzeptes auf halben Wege stehengeblieben, sofern man sich nicht sogar eine grundsätzliche Kehrtwende zum Vorrang des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren erhofft hatte.¹⁰³

Die vom SFHG belassenen Indikationen, die (engere) medizinische und die eugenische Indikation, wurden durch das Urteil des BVerfG vom 28.Mai 1993 bereits zum zweiten Mal als Ausnahmelagen vom Abtreibungsverbot anerkannt.

Die in Frage kommenden und dabei mit dem Lebensrecht des Nasciturus möglicherweise kollidierenden Rechte der schwangeren Frau, wie ihr Grundrecht auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art.1 Abs.1 GG), ihr Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art.2 Abs.2 S.1 GG) und ihr Persönlichkeitsrecht (Art.2 Abs.1 GG) konnten nach Ansicht des BVerfG zwar nicht soweit durchgreifen, daß die aus dem grundsätzlichen Verbot der Abtreibung geschlussfolgerte „Gebärflicht“ – wenn auch nur teilweise – aufgehoben würde. Allerdings hätten diese Rechte ebenfalls Bestand und seien entsprechend zu schützen. Demzufolge führten die „(...) Grundrechtspositionen der Frau (...) dazu, daß es in Ausnahmelagen zulässig,(...) womöglich geboten ist, eine (solche) Rechtspflicht (Pflicht zum Austragen des Kindes) nicht aufzuerlegen.“¹⁰⁴

Die schwierige Aufgabe der Konkretisierung der Lagen zu handhabbaren Tatbeständen wird vom Zweiten Senat des BVerfG dem Gesetzgeber zugewiesen.

Dabei billigt das BVerfG unter der gefundenen Prämisse, daß die beim Schwangerschaftskonflikt miteinander kollidierenden Rechtsgüter, Leben des Ungeborenen und die Interessen der Schwangeren, niemals in einen gerechten Ausgleich zu bringen sind¹⁰⁵, der Schwangeren und dem Gesetzgeber zu, daß „nicht nur im Falle einer ernsten Gefahr für das Leben der Frau oder

¹⁰¹ BVerfG E 88, 203 ff

¹⁰² Der zum Teil geforderte „totale Schutz“ des menschlichen Lebens war bzw. ist lt. Freudiger als Reaktion auf die während der NS-Zeit vorgenommenen „Zwangsabtreibungen“ von lebensunwertem Leben anzusehen. Sie stellt die These auf, dass durch die NS-Verbrechen, also die Verletzung des Tötungstabus, die Fähigkeit eingeschränkt wurde, „zwischen dem Menschenleben nach der Geburt und dem Werdeprozess des Lebens in verschiedenen Stadien zu unterscheiden...“; der „totalen Bedrohung“ sei der „totale Schutz gefolgt“. Freudiger sieht für die Normierung des § 218 StGB demnach auch v.a. vaterrechtliche, kirchlich-moralische und bevölkerungspolitische Gesichtspunkte als ausschlaggebend an, vgl. Freudiger, Selbstbestimmung, S.17

¹⁰³ Sch/Sch-Eser, Vorbem §§ 218 ff, Rz.7

¹⁰⁴ Vgl. Leitsatz 7 der BVerfG E 88, 203 ff

¹⁰⁵ Dieser Gedanke wurde schon in der BVerfG E 39, 1ff (43) aufgegriffen.

einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihrer Gesundheit (die Aufhebung der Gebärpflicht anzunehmen ist“. Explizit sind lt. BVerfG auch Ausnahmelagen darüber hinaus denkbar.

Im Anschluß an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (E 39, 1ff (49)) erkannte der Zweite Senat des BVerfG also auch die eugenische Indikation als Tatbestand, der nicht die Pflicht zum Austragen des Kindes nach sich zieht, an.¹⁰⁶ Noch im Gegensatz zum ersten Urteil, wo vordergründig nur der Fall der medizinischen Indikation genannt und andere Belastungen, wie i.R.d. eugenischen Fallkonstellationen, nur beim Vorliegen der Kongruenz dazu den Ausnahmecharakter erfüllen konnten¹⁰⁷, ist nunmehr die eugenische Indikation „gleichrangig“ neben der medizinischen als eine der Ausnahmen aufgeführt. Das Kongruenzerfordernis wird bei ihr als erfüllt angesehen und explizit für andere Notlagen gefordert.

Dass die eugenische Indikation im Sinne des § 218 a III StGB i.d.F. des SFHG vom BVerfG als Lage, in der die Belastungen so schwer wiegen, daß der Frau die Austragung der Schwangerschaft nicht zugemutet werden kann, eingeschätzt wird, kommt an mehreren Stellen der Fristenentscheidung zum Ausdruck.¹⁰⁸

Allerdings stellt das BVerfG für die „eugenische“ Indikation die Bedingung ihre(r) hinreichend genau(en) Umgrenzung auf.¹⁰⁹ Einer Anerkennung der grundsätzlichen Zulässigkeit der eugenischen Indikation steht das jedoch nicht entgegen; denn entscheidend ist die notstandsähnliche Konfliktlage, in der die Schwangere sich angesichts der mit dem Austragen und Betreuen eines behinderten Kindes verbundenen außergewöhnlichen Belastungen sieht, die vergleichbaren seelischen Überforderungen i.S.d. medizinischen Indikation nicht nachstehen und deren Hinnahme ihr von der Rechtsordnung nicht abverlangt werden kann.¹¹⁰

Nach dem 2.Schwangerschaftsabbruchsurteil des BVerfG kam es wieder zu verschiedenen Gesetzentwürfen und in der 13. Wahlperiode letztendlich zu dem von der SPD, FDP und großen Teilen der CDU/CSU getragenen „Entwurf eines Schwangeren- und Familienhilfeände-

¹⁰⁶ BVerfG E 88, S.257

¹⁰⁷ BVerfG E 39, 49; Nach Ansicht Starcks (JZ 1993, S.818) stellte und stellt das BVerfG – auch noch in seiner E 88, S.203 ff – die eugenische Indikation nicht auf dieselbe Stufe wie die medizinische Indikation. Er stützt die weiterhin gegebene Abstufung auf die Tatsache, dass andere als die medizinische Indikation als Beispiele für Schwangerschaftsabbrüche genannt werden, für die der Gesetzgeber eine Rechtfertigung vorsehen könnte, es aber nach den Grundrechten der Frau nicht muss „Der Gesetzgeber darf...den Schutz des ungeborenen Lebens hier hintansetzen, ist dazu aber ... nicht verpflichtet.“

¹⁰⁸ BVerfG E 88, 257; 269; 299 f

¹⁰⁹ BVerfG E 88, S.257; s.a. Beckmann, MedR 1998, S.160

¹¹⁰ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.37; BVerfG E 88, 272

runsgesetzes“, der zunächst im Bundestag am 29. Juni 1995 eine breite Mehrheit fand und anschließend auch die Zustimmung des Bundesrates erhielt.

III. Zusammenfassung

Von der erstmaligen (grundsätzlichen) Anerkennung von Ausnahmetatbeständen durch das Reichsgericht im Jahre 1927 war es kein weiter Weg hin zur Ausformulierung eines von vorhandenen eugenischen Tendenzen beeinflussten Grundes zulässiger Abtreibung.

Bereits acht Jahre später wurde erstmals eine „eugenische“ Indikation i.R.d. Schwangerschaftsabbruches als zulässig anerkannt und als solche auf eine gesetzliche Grundlage gestellt; auch wenn dies nur im Zusammenhang mit der Durchführung einer Sterilisation geschah.

Daneben kam es in der nationalsozialistischen Zeit ab 1943 zu einem Novum im Abtreibungsrecht: neben dem individuellen keimenden Leben wurde das Rechtsgut der Lebenskraft des deutschen Volkes unter den strafrechtlichen Schutz vor Schwangerschaftsabbrüchen gestellt, so daß bei „erblich nicht wertvollen Ungeborenen“ schon tatbestandlich kein Schwangerschaftsabbruch gegeben war.

1945 wurden dann sowohl in der sowjetischen wie auch den übrigen Besatzungszonen alle Regelungen aus der vergangenen Ära durch die Alliierten als Inhaber der obersten Regierungsgewalt aufgehoben, wenn sie Ausdruck nationalsozialistischer Gesinnungen waren. Damit entfiel auch die „eugenische“ Indikation wieder.

Mit der Gründung zweier deutscher Staaten kam es darauffolgend zu zwei verschiedenen Regelungen im Bereich des Abtreibungsrechts. Während in der Bundesrepublik mit der erst 1976 eingeführten, zeitlich abgestuften Indikationsregelung auch eine eugenische Indikation von Gesetzes wegen zugelassen wurde, kam es in der ehemaligen DDR nach verschiedenen Regelungen, die den Schwangerschaftsabbruch bei Belastung eines Elternteils mit einer schweren Erbkrankheit zunächst als Rechtfertigungsgrund ausgestalteten und später diesen von der Strafbarkeit i.R.e. staatlichen Erlaubnis ganz ausnahmen, zum Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft von 1972. Dieses ließ über eine Generalklausel unter Zuhilfenahme von einer Durchführungsbestimmung und der Instruktion dazu „eugenische Fallkonstellationen“ als Ausnahmefälle zu, so daß auch hier „eugenisch motivierte Abtreibungen“ zulässig und sogar nicht strafrechtlich relevant waren.

Mit der Wiedervereinigung und dem Aufeinandertreffen der rechtsdogmatisch unterschiedlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch in den beiden deutschen Staaten und dem später gefällten Zweiten Urteil des BVerfG zur Zulässigkeit im Hinblick auf diese Thematik kam es schlußendlich am 01. Oktober 1995 zum Inkrafttreten des SFHÄndG¹¹¹, welches die Diskussion um eine eugenische Indikation nur „scheinbar“ zum Versiegen brachte.

B. EUGENISCHE GRÜNDE IN DER GEGENWART - DIE BESTEHENDE GESETZESLAGE, § 218 a II StGB n.F.

Im Folgenden wird die geltende Gesetzeslage nach dem SFHÄndG einer eingehenden Betrachtung unterzogen. Besonderes Augenmerk ist auf die Berücksichtigung der eugenisch motivierten Fallgestaltungen im neu geschaffenen Regelungswerk der §§ 218 ff StGB zu legen, wobei die auftretenden Problemstellungen dargelegt, erläutert und sodann einer Lösung zugeführt werden sollen. Die Möglichkeit zum (gerechtfertigten) Schwangerschaftsabbruch aus einer solchen Intention heraus ist mit ihren Schwierigkeiten bisher – soweit ersichtlich – nicht genügend gewürdigt wurden.

I. Die Einordnung der Sachlagen der eugenischen „Indikation“ durch das SFHÄndG vom 21.08.1995 in das System der §§ 218 ff StGB n.F.

Mit dem Schwangeren- und Familienhilfe- Änderungsgesetz wurde das Ringen um eine Neuregelung des Rechts des Schwangerschaftsabbruches seit der Wiedervereinigung Deutschlands im Jahre 1990 vorerst beendet.¹¹² Dieses Gesetz brachte aber für die hier im Mittelpunkt der Betrachtung stehende ehemalige „eugenische“ Indikation entscheidende Änderungen mit sich.

Der früher eigenständig geregelte Ausnahmetatbestand vom Verbot der Abtreibung ist aus dem Wortlaut von § 218 a StGB¹¹³ verschwunden; seine Konstellationen sollen aber durch

¹¹¹ BGBl. 1995, I, 1050

¹¹² Zur Geschichte der Reformbemühungen s.o. Pkt. Teil 2, A.II.3.

¹¹³ der Vorschrift, die erstmals in der Fassung des SFHÄndG alle Straffreistellungsgründe für einen Schwangerschaftsabbruch zusammenfasst

die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB „aufgefangen“ werden können. Demzufolge scheint das SFHÄndG nur auf die eigene Ausformulierung der Indikation, nicht jedoch auf ihre Funktion als „Rechtfertigungsgrund“ verzichten zu wollen.¹¹⁴ Inwieweit dem zu entsprechen ist, wird an späterer Stelle der Arbeit zu diskutieren sein.

Vorab sollen einige grundsätzliche Erwägungen angestellt werden.

1. Systematik der §§ 218 ff StGB n.F.

Die §§ 218 a ff StGB lassen sich gesetzssystematisch in sog. Strafbegründungsnormen und Straffreiheitsnormen unterteilen.¹¹⁵

(a) Strafbegründungsnormen

Strafbegründungsnormen sind solche Normen, bei denen die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen die Rechtsfolge der Strafbarkeit nach sich zieht.

Strafbegründende Vorschrift für das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruches, das sowohl die Fremd- wie auch die Selbstabtreibung der Schwangeren erfaßt, ist § 218 Abs.1 StGB n.F.

Fraglich ist, ob Verstöße gegen die in § 219 niedergelegte Beratungspflicht strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen können, ob die Beratung wie noch in § 218 b Abs.1 S.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG in einem ergänzenden Sondertatbestand der Strafbewehrung unterliegt.

Dies ist dem Wortlaut der §§ 218 ff StGB n.F. nach nicht mehr so. Andererseits ist die Beratungspflicht nicht erst durch einen eigenen Tatbestand erfaßt, sondern ist nach geltendem Recht bereits ein konstitutives Element der Straffreistellung des § 218 a Abs.1 StGB n.F. Das hat zur Folge, dass alle¹¹⁶ am Abbruch Beteiligten in nicht indizierten Fällen (§ 218 a I) Straffreiheit nur bei dem schriftlichen Nachweis einer vorangehenden Beratung erlangen und bei

¹¹⁴ So etwa : Sch/Sch-Eser, § 218a Rz.1,37; Lackner, § 218 a Rz.14, 16; Klinkhammer, Dt.Ärztebl.1998, A-57; Hepp, Gynäkologe 1996, 407; Otto, JURA 1996, 141; Helmke, ZRP 1995, 441; SK-Rudolphi, Vorbem. § 218 Rz.47 a.A.: Schumann / Schmidt-Recla, MedR 1998, 497; kritisch auch: Beckmann, MedR 1998, 155

¹¹⁵ Terminologie siehe Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.14 ff; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.11, er spricht von „Strafnorm(en) und „Straffreiheitsnorm(en)“; hinsichtlich letzterer ist die Bezeichnung von Gropp vorzuziehen, da diese die Freistellung in § 218 I S.2 StGB n.F. – Tatbestandsausschluss – systematisch besser erfasst.

¹¹⁶ Im Gegensatz zu § 218 b Abs.1 S.1 StGB a.F., der die Schwangere in S.2 von der Strafbarkeit ausnahm und i.E. nur den Arzt als Täter übrig ließ.

deren Fehlen tatbestandlich ein Schwangerschaftsabbruch nach § 218 StGB n.F. – anstatt eines bloß subsidiären Kontrolltatbestandes - gegeben ist.¹¹⁷

(b) Straffreiheitsnormen

Straffreiheitsnormen sind solche Normen, die die Strafbarkeit des Beteiligten wegen fehlender Strafwürdigkeit oder Strafbedürftigkeit entfallen lassen. Falls ein „Auffangen“ der Konstellationen des ehemaligen eugenisch motivierten Schwangerschaftsabbruchs durch die gesetzlich vorgesehene medizinisch-soziale Indikation, § 218 a II StGB n.F., möglich sein sollte, würden diese einen Rechtfertigungsgrund und somit eine Straffreiheitsnorm erfüllen.

2. Der Regelungsbereich der §§ 218 ff StGB n.F.

Der von den §§ 218 ff erfaßte und geregelte Bereich soll folgend kurz umrissen werden.

(a) Geschütztes Rechtsgut

Rechtsgüter im Sinne des Strafrechts sind als „sozial wertvoll anerkannte und daher vom Recht durch entsprechende Verhaltensnormen geschützte Lebensgüter“.¹¹⁸

Als solch geschütztes Gut i.R.d. Schwangerschaftsabbruchs ist – wie sich schon aus der systematischen Stellung der §§ 218 ff im Abschnitt der Straftaten gegen das Leben ergibt - unbestritten das (ungeborene) menschliche Leben anerkannt.¹¹⁹

¹¹⁷ Sch/Sch-Eser, § 219, Rz.1

¹¹⁸ Sch/Sch-Lenckner, Vorbem. §§ 13 ff, Rz.9; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.12

¹¹⁹ Gropp ebd.; Pluisch, S.11; Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.9; Tröndle, Vor § 218, Rz.17; Krey, BT 1, Rz.149; Wessels, BT 1, § 4 II 2; Lackner, § 218, Rz.1

Schutzbeginn für das dem geborenen gleichgestellte¹²⁰ ungeborene Leben ist der Zeitpunkt des Abschlusses der Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutter.¹²¹ Mit der Anerkennung als „nicht mehr teil- und austauschbare Lebensprogrammheit einer bestimmten Person¹²²“ ist auch die der Schutzwürdigkeit i.S.e. eigenständigen, höchstpersönlichen und vom Leben und Schutzwillen der Mutter unabhängigen Rechtsgutes verbunden; Abstufungen in der Wertequalität des menschlichen Lebens – vor / nach der Geburt, altes / junges Leben, behindertes / nicht-behindertes Leben – sind folglich verfassungsrechtlich (Art.1 I GG, Art.3 I, III S.2 GG) nicht zulässig.

Ohne erhebliche praxisrelevante Auswirkungen und deshalb unerörtert bleiben die verschiedenen Auffassungen zu weiteren Schutzgütern neben dem ungeborenen Leben; diskutiert werden die Gesundheit der Schwangeren¹²³, deren Entscheidungsfreiheit¹²⁴ und bevölkerungspolitische Gesichtspunkte.¹²⁵

(b) Angriffsobjekt

Das Angriffsobjekt ist im Gegensatz zum Rechtsgut der Gegenstand, an dem sich die Tat vollzieht.¹²⁶

Obleich die deutlichere Formulierung – Abtötung der Leibesfrucht – erstmals mit dem 15.StÄG durch den Begriff des Schwangerschaftsabbruchs ersetzt wurde, muß sich der Ein-

¹²⁰ Das Ungeborensein bringt keine andere Wertqualität mit sich, auch wenn die geringere Strafhöhe im Gegensatz zu den Tötungsdelikten, §§ 211 ff und die Zulassung von verschiedenen Straffreistellungsmöglichkeiten dies nahelegen könnten. Wie das BVerfG in seinen beiden Entscheidungen zum Recht des Schwangerschaftsabbruches herausgestellt hat, handelt es sich auch bei den Ungeborenen „um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das im Prozeß des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt“. Damit unterliegt es nach Ansicht des BVerfG dem Schutz von Art.2 II S.1 und – da das Leben „vitale Basis der Menschenwürde“ ist – des Art.II GG. Abstufungen in der Wertequalität zwischen geborenen und ungeborenem Leben, wie sie teilweise als zulässig und notwendig gefordert werden – mittels später einsetzendem Schutz (Hilgendorf, NJW 1996, S.761), mittels Definition der Existenzform für das ‚Leben‘ (Losch, NJW 1992, 2930) – bis hin zur Verneinung des Lebensrechts des Embryos überhaupt (so z.B. Hoerster, JR 1995, 51; Abtreibung, S. 56, 81 ff) kann mit der kontinuierlichen Entwicklung des Nasciturus als Mensch und der damit einhergehenden ausdrücklichen Anerkennung eines eigenständigen, höchstpersönlichen und vom Willen der Mutter unabhängigen Rechtsgutes (Lebensrecht) durch das BVerfG widersprochen werden, siehe hierzu ausführlicher unter Pkt.: Teil 2.B.III.2.a), inwieweit der Nasciturus Träger von Verfassungsrechten ist

¹²¹ § 218 I S.2 StGB n.F.

¹²² Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.9

¹²³ Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.12; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.14 f; Tröndle, Vor § 218, Rz.17; Lackner, § 218, Rz.1; LK-Jähnke, Vor § 218, Rz.16

¹²⁴ LK-Jähnke ebenda, Rz.17; Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.12

¹²⁵ Sch/Sch-Eser ebd. Rz.13; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.13; Tröndle, Vor § 218, Rz.17; Ebbinghaus, FamRZ 1959, S.93; BGHSt 18, 283(285)

¹²⁶ Pluisch, S.12; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.16; Lackner, § 218, Rz.240

griff weiterhin gegen die (lebende) Leibesfrucht i.S.d. im Mutterleib heranwachsenden menschlichen Lebens richten.¹²⁷

Ungeachtet der Erkenntnisse, wann biologisch-medizinisch von menschlichem Leben bzw. vom Vorliegen einer Schwangerschaft oder einer Leibesfrucht gesprochen werden kann¹²⁸, ist mit dem tatbestandlichen Nichterfassen der Frühphase bis zur sog. Nidation, § 218 I S.2 StGB n.F., klargestellt, daß nicht schon das befruchtete, sondern erst das in der Gebärmutter-schleimhaut eingenistete Ei Leibesfrucht i.S.d. §§ 218 ff ist.¹²⁹

Mit Abschluß der Einnistung hingegen ist der Entwicklungsstand des Embryos¹³⁰ (ab dem 61.Tag: Fetus) unerheblich, wenn er – bei Mehrlingen jeder einzelne¹³¹ - nur im Zeitpunkt der Abbruchmaßnahmen lebt.¹³² Angriffsobjekt ist daher auch ein missgebildeter Embryo. Keine Leibesfrüchte sind aber der bereits abgestorbene Embryo bzw. Fetus, die sog. Mole¹³³ und unter Umständen der hirntote Anencephalus.¹³⁴ Auch die extrauterine Schwangerschaft ist mangels Nidation vom Schutz ausgenommen.

Da Tatobjekt der §§ 218 ff StGB n.F. die menschliche Leibesfrucht ist, endet mit Beginn der Geburt¹³⁵ und dem Übergang zum (fertigen) Menschen diese Eigenschaft. Mit dem Einsetzen

¹²⁷ Sch/Sch-Eser, § 218 Rz.4f; Otto, JURA, 1996, S.140, Lüttger, NSTz 1983, 481

¹²⁸ Selbst das BVerfG, E 88, S. 203 ff unterlässt derartige genaue Feststellungen; s.a. Hanack, Noll-GS, S.204; Hiersche, Tröndle-FS, S.670

¹²⁹ Sch/Sch-Eser, § 218, Rz.6; Otto, JURA 1996, 140; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.16 (noch für §§ 218 ff StGB a.F.); BVerfG E 88, S. 251 f

¹³⁰ Ab dem 61.Tag: Fetus

¹³¹ Da jeder Embryo eigenständiges Tatobjekt – wegen der Nidation jedes einzelnen Eies – und Rechtsgut ist, erfüllt eine „Schwangerschaftskorrektur“ durch selektiven Fetoizid, z.B. des behinderten Mehrlingsembryos, den Tatbestand des § 218 StGB n.F. Straflosigkeit bei der „Reduktion von Mehrlingen“ kann (v.a. für den Arzt) daher nur eintreten, wenn – bezogen auf jeden einzelnen getöteten Fetus – die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 218 a StGB) dafür vorliegen., vgl. schon Hirsch, MedR 1988, 293; Eberbach, JR 1989, 270 ff; Sch/Sch-Eser, § 218, Rz.8

¹³² Umstritten ist die (straf)rechtliche Behandlung einer hirntoten Schwangeren, siehe die Diskussion zum „Er-langer Baby“ (z.B. Dreher/Tröndle, 47.Aufl., § 218, Rz.6a, 6 b). Soweit die Leibesfrucht lebt, ist sie nach voran-gegangenem Gesagtem ein taugliches Tatobjekt i.S.d. §§ 218 ff StGB n.F. Gegen die Annahme, dass der Abbruch der künstlichen Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen der toten Schwangeren auch einen Schwangerschaftsabbruch darstellt, spricht die Tatsache der einzigartigen Verbundenheit von Mutter und Leibesfrucht während der Schwangerschaft, diese „Zweiheit in Einheit“. Eine tiefgehende Würdigung der Problematik ist hier nicht vorzunehmen, da sie nicht in engem Zusammenhang mit dem Thema der Arbeit steht.

¹³³ Unter einer „Mole“ ist ein befruchtetes Ei zu verstehen, bei dem lediglich die Zellelemente noch eine Weile weiter wachsen, während sich die Fruchtanlage des Keimes aufgrund endogener Faktoren oder exogener Schädigung nicht mehr fortentwickelt; sie ist noch während der Schwangerschaft zum Untergang bestimmt.

¹³⁴ Da der Anencephalus für gewöhnlich trotz seiner Krankheitssymptome „lebt“, fällt er nicht schon aus dem Tatbestand des § 218 StGB n.F. heraus; möglich ist aber u.U. eine Rechtfertigung nach § 218 a StGB n.F.

¹³⁵ Aufgrund neuerer medizinischer Erkenntnisse ist der Geburtsbeginn mit dem Einsetzen der sog. Eröffnungswehen anzunehmen, wobei gleichgültig ist, ob diese spontan oder künstlich (z.B. medikamentös) hervorgerufen sind. Bei Kaiserschnitt ist der die Eröffnungsperiode ersetzende ärztliche Eingriff als Zeitpunkt entscheidend, allg. Meinung vgl. Sch/Sch-Eser, Vorbem §§ 218 ff, Rz.40 f; D/T, 47.Aufl., Vor § 211, Rz.2; Isemer/Lilie, MedR 1988, 68 – Nach „altem“ Recht stellte § 217 StGB eindeutig klar, daß mit Geburtsbeginn der Wechsel zwischen allgemeinen Tötungsdelikten und denen des Schwangerschaftsabbruches, damit also zwischen „Mensch“ i.S.d. Strafrechts und der Leibesfrucht, verlief. Inwieweit dessen Aufhebung Einfluß auf eine Verschiebung der Zäsur hat, soll unter Pkt. B.I.2.d. näher untersucht werden.

der Eröffnungswehen wechseln damit die das Leben schützenden Strafvorschriften von den §§ 218 ff StGB zu den §§ 211 ff StGB; die Leibesfrucht wechselt zum Menschen.¹³⁶

Teilweise¹³⁷ wird bestritten, daß gerade mit dem Geburtsbeginn in jedem Fall die Grenze zwischen den unterschiedlichen Tatobjekten verlaufen soll. Kritisiert wird, daß hinsichtlich der „Menschqualität“ einzig und allein auf die Geburtswehen und damit auf einen sich im mütterlichen Organismus abspielenden Prozeß abgestellt wird, wohingegen es doch um einen eigenständigen, anderen (neuen) Menschen geht. Vorgeschlagen wurde deshalb eine restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals Kind¹³⁸, wobei der Reifegrad des Neugeborenen für die Frage, ob es sich tatsächlich um ein Kind“ und damit einen Menschen handelt, berücksichtigt und mitentscheidend sein sollte. Dies hätte zur Folge, daß die Geburt eines völlig unreifen Fetus diesem nicht automatisch Menschenqualität verleihen würde. V.a. geschädigte Kinder, die der früheren eugenischen Indikation unterlagen und bei Bejahung einer nach geltendem Recht möglichen Abtreibung aus eugenischer Motivation heraus auch jetzt abgetötet werden dürfen, könnten unter Umständen demnach auch nach der Geburt noch abgetrieben werden. Es würden dann die §§ 211 ff StGB nicht zur Anwendung kommen.

Abgesehen von der Unbestimmtheit¹³⁹ einer solchen Regelung¹⁴⁰ ist eine solche Grenzziehung wegen der Ausweitung der im Strafmaß geringer bewerteten Tötungen menschlichen Lebens abzulehnen. Das Grundrecht auf Leben in Art.2 II S.1 GG würde in gefährlicher Weise relativiert. Hinzukommend würde gerade damit das Tor zu gesellschaftsnütziger Eugenik geöffnet, welches in der Diskussion um eugenisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche immer wieder aufgetaucht ist, aber vermieden werden sollte.

¹³⁶ Pluisch, S.12; Vgl. nur D/T, 47.Aufl., Vor § 211, Rz.2

¹³⁷ Gerchow/Schewe, Beiträge 27 (1970), S.61 f, 67 f; Lüttger, JR 1971, S.134; Hingegen erkennt Hoerster (JR 1995, 52), der der menschlichen Leibesfrucht während „ihrer“ Entwicklungszeit ein Recht auf Leben gem.Art.2 II S.1 GG nicht zugestehen will, ausdrücklich mit der Geburt die Leibesfrucht als schützenswertes „menschliches Individuum“ an, dem dann auch Art.2 II S.1 GG zukommt.

¹³⁸ Siehe Gerchow/Schewe und Lüttger, ebenda

¹³⁹ Welcher Reifegrad löst „nur“ die Strafbarkeit nach § 218 StGB aus, sogar mit eventueller Rechtfertigung nach § 218 a StGB n.F. oder diversen Straffreistellungen v.a. für die Schwangere, und ab wann greifen die §§ 211 ff StGB ein?

¹⁴⁰ So auch Pluisch, S.13 f; Besonders das Verhältnis des früheren § 217 zu § 218 zeigte, dass die Tötung(smaßnahme) nach Beginn der Geburt nicht mehr nur als Schwangerschaftsabbruch, sondern Tötung eines Menschen anzusehen war. Mit den genannten Argumenten kann auch nach Aufhebung des § 217 der Geburtsbeginn als maßgeblicher Zeitpunkt für die Absichtung von Leibesfruchtcharakter und Menschqualität beibehalten werden. Das der Gesetzgeber mit der ersatzlosen Streichung des § 217 auch eine Verschiebung der Zäsur zwischen den Delikten erreichen wollte, ist nicht anzunehmen. Zumal eine solche Verschiebung eher in Richtung der Ausweitung der Schwangerschaftsabbruchsdelikte, d.h. mit späterem Wechsel zum Objekt Mensch, erfolgen würde. Dies aber würde der humanbiologischen Fundierung der (früher gesetzgeberisch gekennzeichneten) Grenze widersprechen. (s. u. genauer)

(c) Tathandlung und Taterfolg

Eine Schwangerschaft bricht ab¹⁴¹, wer eine nicht auf bloße Nidationshemmung¹⁴² angelegte Einwirkung während der Schwangerschaft auf die Schwangere oder die Frucht¹⁴³ vornimmt, die final darauf gerichtet ist, das Absterben der noch lebenden Frucht in nicht lebensfähigen Zustand herbeizuführen, und diesen Erfolg erreicht.¹⁴⁴

Die Formulierung des geltenden § 218 StGB lässt als Handelnden jedermann, auch die Schwangere selbst¹⁴⁵, in Betracht kommen.

Den tatbestandlichen Erfolg des Schwangerschaftsabbruches macht mit dem Erfordernis der gegen die Leibesfrucht gerichteten Handlung das Absterben der Frucht¹⁴⁶ aus; die bloße Beendigung des Schwangerschaftszustandes mittels vorzeitiger Herbeiführung der Geburt genügt daher nicht.¹⁴⁷

(d) Abgrenzung zu den Tötungsdelikten

Im Vergleich der Tatobjekte – beim Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff) die Leibesfrucht und bei den Tötungsdelikten (§§ 211 ff) der geborene Mensch – erscheint die Abgrenzung auf den ersten Blick unproblematisch. Fraglich ist jedoch, in welchem Zeitpunkt die Leibesfrucht „Menschenqualität“ erlangt, der Wechsel der Strafvorschriften also erfolgt.

Mensch i.S.d. StGB wird man nicht erst mit der Vollendung der Geburt, sondern schon mit dem Beginn des Geburtsaktes¹⁴⁸, der aufgrund der medizinischen Erkenntnisse bei einem

¹⁴¹ Da erst mit der Nidation (straf)rechtlich eine Schwangerschaft vorliegt, werden nidationshindernde Maßnahmen der Empfängnisverhütung, wie intrauterine Pessare, Spiralen, die morning-after-pill, von § 218 StGB n.F. nicht erfaßt. Anders sieht die Beurteilung der Abtreibungspille RU 486 aus, die wegen ihrer abortiven (wie der Name: Abtreibungspille schon nahelegt) Wirkungen in den Bereich des strafbaren Schwangerschaftsabbruches fällt.

¹⁴² Siehe vorherige Fußnote

¹⁴³ (...)auch nur eine von mehreren(..); Geschehen kann dies durch unmittelbare Einwirkungen auf die Leibesfrucht (instrumental: z.B. Absaugen, Kürettage; medikamentös: z.B. Prostagladine; chirurgisch: analog der Schnittentbindung,) oder mittelbare i.F.d. Einwirkung auf die Schwangere (u.U. vorsätzliche Tötung der Schwangeren).

¹⁴⁴ D/T, 47.Aufl., § 218, Rz.5; Lackner, § 218 Rz.3

¹⁴⁵ Hierher gehört auch das früher gesondert geregelte „Zulassen“, vgl. Sch/Sch-Eser, § 218, Rz.30; Lackner, § 218, Rz.7

¹⁴⁶ Lackner, § 218, Rz.4; Otto, JURA 1996, S.140; Sch/Sch-Eser, § 218, Rz.19; Deutlicher wurde der Taterfolg noch durch den Wortlaut des § 218 StGB vor dem 15. StÄG – Abtöten der Leibesfrucht – beschrieben.

¹⁴⁷ Sch/Sch-Eser, § 218, Rz.19; Otto a.a.O.; Lackner, § 218, Rz.5

¹⁴⁸ Positiv-rechtlich ergab sich dies nach früherem Recht aus § 217 StGB „Kindstötung“, indem es hieß: „...Kind in oder gleich nach der Geburt tötet...“

komplikationslosen Geburtsverlauf mit dem Einsetzen der Eröffnungswehen¹⁴⁹ anzunehmen ist.¹⁵⁰ Fraglich ist, ob sich an dieser Beurteilung, Mensch i.S.d. Tötungsdelikte mit Geburtsbeginn, etwas durch die Aufhebung des § 217 a.F. StGB durch das 6. StrRG vom 26.01.1998 ändert. Anders gefragt: ist nach der ersatzlosen Streichung des § 217 der Beginn der Geburt auch weiterhin der maßgebliche Begriff für die Abschiebung zwischen der Leibesfrucht und Menschenqualität? Für die Bejahung dessen spricht, dass die Streichung des Paragraphen der Kindstötung v.a. aufgrund der geringen praktischen Relevanz des Paragraphen erfolgte.¹⁵¹ Eine Veränderung des entscheidenden Zeitpunktes der Zäsur zwischen Schwangerschaftsabbruch und Tötungsdelikten war vom ändernden Gesetzgeber dagegen soweit ersichtlich nicht gewollt. Wenn man zudem berücksichtigt, dass unbestrittenes kriminalpolitisches Ziel der festgelegten Grenze die Vorverlegung des Strafschutzes des „Menschen“ auf den Anfang der gefährträchtigen zeitlich-biologischen Zone des Geburtsvorganges ist, gebietet es die stärkere Schutzintensität der §§ 211 ff StGB auch ohne den im Gesetz festgeschriebenen Beleg auf den Geburtsbeginn für den Wechsel der Angriffsobjekte und Strafvorschriften zurückzugreifen. Auch nach dem „alten“ Recht wurde § 217 nur als zusätzliches Argument zu den humanbiologischen Fundierungen herangezogen.¹⁵²

Eindeutig ist demnach die Strafbarkeit der Beteiligten nach den §§ 218 ff StGB n.F. zu beurteilen, wenn die Leibesfrucht im Mutterleib abstirbt.¹⁵³

Schwierigkeiten hingegen bereitet die Abgrenzung der allgemeinen Tötungs- von den Schwangerschaftsabbruchsdelikten, wenn das Kind nach einer mit Tötungsabsicht durchgeführten pränatalen Handlung während des Geburtsvorganges oder auch erst nach der Geburt, und damit als Mensch, stirbt. In diesem Fall hat der Eingriff noch vor dem für die „Menschenqualität“ maßgeblichen Zeitpunkt stattgefunden, der Erfolg trat jedoch schon beim Menschen i.S.d. §§ 211 ff ein.¹⁵⁴ Ausschlaggebend für die Beurteilung ist weder die Zeit der Handlungsvornahme (während der Schwangerschaft) noch die des letztlich tödlichen Eintritts. Entscheidend ist der Zeitpunkt, in dem sich die Handlung beim Betroffenen auszuwirken be-

¹⁴⁹ Bei operativer Entbindung ist der die Eröffnungsperiode ersetzende ärztliche Eingriff entscheidend. Diskutiert wird auch die Eröffnung der Bauchdecke. Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211 ff, Rz.13

¹⁵⁰ Das ist allgemeine Ansicht, vgl. nur Wessels, BT 1, §1 II 2; Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211, Rz.13; Lüttger, NStZ 1983, 482

¹⁵¹ Schlüchter, 6.StrRG, § 217, Rz.1

¹⁵² Siehe schon Argumente unter Pkt. Teil 2.B.I.2.b.

¹⁵³ Pluisch, S.14 f; Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211 ff, Rz.15

¹⁵⁴ Handelt es sich dagegen um Eingriffe nach Beginn der Eröffnungswehen und wird das Kind infolgedessen getötet, ist der Anwendungsbereich der Tötungsdelikte durch den Wechsel der Angriffsobjekte eröffnet. Daran ändert auch die Abschaffung des § 217 (mit der Festlegung des Zeitpunktes, wann ein Mensch i.S.d. StGB „vorliegt“) nichts.

ginnt, d.h. auf das jeweilige Tatobjekt - Leibesfrucht oder Mensch - schädigend einwirkt.¹⁵⁵ Dies folgt aus der Tatsache, dass der Tatbestand des § 218 StGB n.F. auch durch Einwirkungen auf die Leibesfrucht erfüllt werden kann, die zum Abgang der lebenden aber lebensunfähigen Frucht und damit zum Tode führen.¹⁵⁶ Demzufolge unterliegen¹⁵⁷ die Beteiligten der Strafbarkeit der §§ 218 ff, wenn sich die finale Abbruchshandlung gegen die menschliche Frucht richtet und es dabei zu einer Fehl- bzw. Frühgeburt eines lebenden, aber lebensunfähigen Kindes kommt und dieses stirbt. Umstritten ist in solch einem Fall nur, ob die primäre Todesursache – wie von der Rspr.¹⁵⁸ gefordert – in der mangelnden Ausreifung des Kindes liegen muss. Dies kann mit der Lehre abgelehnt werden, um auch solche Fälle strafrechtlich (§ 218)¹⁵⁹ zu erfassen, in denen die Lebensunfähigkeit weniger auf die vom Normalverlauf abweichende Vorzeitigkeit der Geburt als auf andere Gründe wie Schädigungen und Missbildungen von Organen während der Schwangerschaft zurückzuführen ist.¹⁶⁰ Denn auch wenn andere Gründe den tödlichen Erfolg mit beeinflusst haben, so ist doch die vom Wortlaut des § 218 – Schwangerschaftsabbruch – nahe gelegte und lediglich geforderte Mitursächlichkeit des Abbruchs für den Tod des Kindes zu fordern.

Weniger problematisch gestaltet sich die Lage, wenn ein lebendes Kind nach einem Schwangerschaftsabbruch zur Welt kommt und nicht verstirbt. In solch einem Fall findet mit dem Einsetzen der Eröffnungswehen der Wechsel der Angriffsobjekte und damit auch der Strafvorschriften statt. Das bedeutet insbesondere für den Arzt, dass bei nachfolgenden aktiven Tötungsmaßnahmen die Bestrafung aus den §§ 211 ff, und nicht mehr der §§ 218 ff, droht. Auch das Unterlassen von Maßnahmen, die ein weiteres Überleben des Neugeborenen ge-

¹⁵⁵ Lüttger, NSTZ 1983, S.483 verneint den praktischen Unterschied zwischen dem Verständnis des „Einwirkens“ als „Auftreffen auf das Tatobjekt“ und bei dem als „Zeitpunkt, in welchem die schädigende Auswirkung beginnt“; wohl ebenso der Meinung sind Schuhmann / Schmidt-Recla, MedR 1998, S.497; Sch/Sch-Eser, Vorbem §§ 211, Rz.15; Lackner, § 218, Rz.4 f; Wessels, BT 1, § 1 II 2 spricht von der Einwirkung auf die nach der Objektformel bestimmten Objekte.

¹⁵⁶ Lüttger, NSTZ 1983, S.483; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.18

¹⁵⁷ Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.18; D/T, 47.Aufl., § 218, Rz.6; Sch/Sch-Eser, §218, Rz.22; Wessels, BT 1, § 1 II 2

¹⁵⁸ BGHSt 10, 293; 13, 24; ebenso D/T, 47. Aufl., § 218, Rz.6; weitere Nachweise bei Sch/Sch-Eser, §218, Rz.22

¹⁵⁹ Anderenfalls müßte man diese Fälle in sog. „Tötungsdelikte i.e.S.“ (vgl.Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.19) einordnen.

¹⁶⁰ Die Unterteilung Gropps, Schwangerschaftsabbruch, S.18 f, in „Schädigungen durch den Eingriff“ und „täterunabhängige Schädigungen“ während der Schwangerschaft, die beim richtigen Geburtstermin überlebt worden wären, widerspricht nicht dem oben Gesagten. Da das Gesetz nur von Schwangerschaftsabbruch spricht und es somit allein auf die Mitursächlichkeit dieses für den Tod des Kindes ankommen kann- gleich durch welche sonstigen Gründe der Erfolg mit beeinflusst ist- ist bei letzterer Gruppe die (Mit-) Ursächlichkeit zwischen Abbruch und Schädigung insoweit gegeben, als das für das Kind die Unterbrechung aufgrund seiner individuellen Mängel zu früh kam. Auch bei der 3. Alternative Gropps – Kind stirbt an Schädigung, an der es zum normalen Termin ebenfalls gestorben wäre – läßt sich mit Hilfe der *conditio sine qua non* – Formel (Irrelevanz der Reserveursache) der Strafbarkeit gem. §§ 218 ff unterordnen.

währleisten, führt wegen der als Beschützergarant¹⁶¹ eingenommenen Stellung ab der Geburt zum Anwendungsbereich der allgemeinen Tötungsdelikte. Das vorsätzliche (und ggf. fahrlässige) Unterlassen lebensrettender und –verlängernder Maßnahmen ist grundsätzlich strafbar.¹⁶²

Für den Schutz durch die Tötungsdelikte ist lediglich erforderlich, dass das Kind im Zeitpunkt des Geburtsbeginns tatsächlich gelebt hat, ohne vom Leben der Mutter abhängig zu sein.¹⁶³

Unerheblich ist dagegen seine eigene weitere Lebensfähigkeit. Objekt eines Tötungsdelikts kann somit auch das Neugeborene sein, das aufgrund seiner individuellen „Beschaffenheit“ (z.B. Rhachischisis) außerhalb des Mutterleibes keine Chance zum längeren Überleben hat. Kinder mit körperlichen oder geistigen Defekten ebenso wie lebend zur Welt gekommene Missgeburten fallen ohne Differenzierungen in den Schutzbereich.¹⁶⁴ Dies ist die Konsequenz aus der in Art.2 II S.1 GG aufgestellten Lebensgarantie. Dem menschlichen Leben wurde damit durch den Gesetzgeber im Wertgefüge der Grundrechtsnormen höchster Rang und zugleich ein Anspruch auf ungeteilten Schutz durch die Rechtsordnung eingeräumt, ein absoluter Schutz ohne Rücksicht auf die physische Lebensfähigkeit, die Lebenserwartung oder das subjektive Lebensinteresse, auf seine gesellschaftlich-soziale Funktionstüchtigkeit und die ihm von anderen entgegengebrachte Wertschätzung. Für die rechtliche Beurteilung gibt es kein lebensunwertes Leben oder gar die Befugnis zu dessen Vernichtung.¹⁶⁵

Die unterschiedliche rechtliche Behandlung¹⁶⁶ zwischen der menschlichen Leibesfrucht und dem geborenen Menschen, die sich v.a. dem Laien nicht erklärbar erschließt, hängt weder an einer wertmäßigen Differenzierung, noch an dem veränderten körperlichen Entwicklungszustand.

Das BVerfG¹⁶⁷ hat in seiner letzten Entscheidung zum Recht des Schwangerschaftsabbruches ausdrücklich klargestellt, dass sich der Mensch nicht zum, sondern als Mensch entwickelt.¹⁶⁸

¹⁶¹ Die Garantenstellung folgt für den Arzt zum einen aus dem Behandlungsvertrag (der mit dem gesetzlichen Vertreter geschlossen wurde und eigentlich auf die Tötung abzielen sollte), zumindest aber der tatsächlichen Übernahme der Behandlung.

¹⁶² Dass menschliches Leben nicht unter allen Umständen und unter Ausnutzung jeglichen medizinischen – technischen Möglichkeiten erhalten werden muß, ist anerkannt. Zweifelhaft ist jedoch, wo genau in diesem Bereich die Grenzen liegen. Die Frage, wann ein Behandlungsverzicht erlaubtermaßen vorgenommen werden darf, führt somit in einen der umstrittensten und schwierigsten Berührungsbereiche von Medizin und Recht. (s. zu diesem Problemkreis unter Pkt. Teil 2.B.III.1.c.(cc))

¹⁶³ Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211ff, Rz.14

¹⁶⁴ Dass die Missgeburt zumindest „Menschenantlitz“ haben müsse, kann nicht gefordert werden.

¹⁶⁵ Wessels, BT 1, §1 I; Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211 ff, Rz.14

¹⁶⁶ Diese findet ihren Niederschlag in der systematischen Trennung der Bedeutungsgehalte in unterschiedlichen Tatbeständen und den unterschiedlichen Strafdrohungen.

¹⁶⁷ BVerfG E 88, 251

¹⁶⁸ Denn auch bei dem Ungeborenen handelt es sich „...um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben.....“

Art. 2 II S.1 GG mit seinem Schutz steht ebenfalls der menschlichen Leibesfrucht zu, so dass Differenzierungen zwischen beiden Rechtsträgern sich grundsätzlich verbieten. Auch dem Entwicklungsstand kann kein unterscheidungserhebliches Gewicht zukommen: Denn zum einen ist das Neugeborene auch nach seiner Geburt auf Hilfe Dritter angewiesen, zum anderen setzt die verschiedene strafrechtliche Beurteilung schon beim Geburtsbeginn an; einem Zeitpunkt, wo über die Nabelschnur i.d.R. noch die Verbindung zwischen Mutter und Kind besteht.

Maßgeblich für die andere rechtliche Behandlung ist die Verschiedenheit in der Schutzzfähigkeit. Das Ungeborene befindet sich im Körper einer ebenfalls grundsätzlich unantastbaren und schützenswerten Mutter. Diese Besonderheit der Zweiheit in Einheit – denn zumeist ist sich die Mutter als erste der Tatsache der Schwangerschaft bewusst, sie kann mit ihrer Ernährung, Gesundheitshaltung die Entwicklung des Ungeborenen beeinflussen – relativiert die Schutzzfähigkeit und ist entscheidender Aspekt für die unterschiedliche Behandlung zwischen ungeborenem und geborenem menschlichen Lebewesen.

II. Die Entscheidung des BVerfG vom 28.05.1993 – Ihre Aussagen für die eugenische Indikation

Als am 28.Mai 1993 der Zweite Senat des BVerfG sein Urteil¹⁶⁹ über das SFHG vom 27.Juli 1992 verkündete, wurde der Versuch des gesamtdeutschen Gesetzgebers, mittels des SFHG eine Regelung zu treffen, die den Schutz vorgeburtlichen Lebens und die verfassungskonforme Bewältigung von Konfliktsituationen schwangerer Frauen besser gewährleistet, als dies in beiden Teilen Deutschlands derzeit der Fall ist, in der vom Einigungsvertrag¹⁷⁰ gesetzten Frist zunächst einmal zunichte gemacht. Die zentralen strafrechtlichen Vorschriften im angegriffenen Gesetz¹⁷¹, zum einen § 218 a I StGB, der einen innerhalb von 12 Wochen von einem Arzt vorgenommenen beratenen Abbruch¹⁷² als nicht rechtswidrig einordnete, und zum anderen § 219 StGB mit der Festlegung der inhaltlichen und formalen Anforderungen an die Beratung,

¹⁶⁹ BVerfG E 88, 203 ff

¹⁷⁰ Vgl. EV Art.31 Abs.4 – BGBl. 1990 II, S.889

¹⁷¹ Schon der offizielle Titel des SFHG = Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen / werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs zeigt, daß das Gesetz mehr und auch anders sein wollte als nur eine Novelle zum Abtreibungsstrafrecht. (Denninger/Hassemer, KritV 1993, S.78 ff)

¹⁷² Das Wort „beratene Abbrüche“ als Kennzeichnung für die nach § 218 a Abs.1 i.d.F. des SFHG vorgenommenen Abbrüche wurde durch Richter Böckenförde in seinem Sondervotum zum Urteil des BVerfG vom 28. Mai 1993 eingeführt.

wurden als mit der Verfassung nicht vereinbar und damit nichtig erklärt. Eine entscheidende Rolle spielte dabei die Einordnung des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 a I i.d.F. des SFHG als nicht rechtswidrig.¹⁷³

Hingegen hatte die Deklarierung einer Schwangerschaftsunterbrechung als nicht rechtswidrig beim Vorliegen einer Indikation – im SFHG wurden die medizinische (§ 218 a II) und die eugenische (§ 218 a III) Indikation als Ausnahmelagen vom Abbruchsverbot anerkannt – vor dem BVerfG und der deutschen Verfassung Bestand.¹⁷⁴

Da auf die Aussagen des BVerfG-Urteils speziell zur eugenischen Indikation bereits eingegangen wurde¹⁷⁵, soll hier nur festgehalten werden, dass:

diese als notstandsähnliche Konfliktlage, in der der medizinischen Indikation vergleichbare seelische Überforderungen auftreten können, verfassungsrechtlich gebilligt wurde

und dass diese verbrechenssystematisch als Rechtfertigungsgrund eingeordnet wurde, also eine darauf gründende Abtreibung rechtmäßig ist.¹⁷⁶

Wenn auch eine Einstufung der Indikationen im 2. Urteil des BVerfG zum Recht des Schwangerschaftsabbruches als Rechtfertigungsgründe erfolgte; ein Eingehen auf die dogmatische Grundlage für die angenommene Rechtfertigung und die dagegen vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken vermied das höchste deutsche Gericht jedoch.

Ohne Beachtung der Kritik an diesem Kriterium wurde die Un-/Zumutbarkeit vom BVerfG zur Begründung des rechtfertigenden Charakters der Indikationen, dementsprechend auch der eugenischen Indikation, herangezogen.

Trotz der aufgezeigten Schwächen des Urteils vom 28.05.1995 scheidet jedoch die Rechtfertigungswirkung der Indikationen auch nicht aus; vielmehr muss diese zur Vermeidung von Unbilligkeiten sogar herangezogen werden.

¹⁷³ Da die Betrachtung des beratenen Abbruchs (§ 218 a I i.d.F. des SFHG und ebenso Abs.1 i.d. geltenden Fassung) nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist, ist ein näheres Eingehen auf (dogmatische) Konsequenzen desselben nicht angezeigt.

¹⁷⁴ Gropp, GA 1994, 147 (149 f) – zur Rechtfertigungsproblematik der Indikationen siehe unten

¹⁷⁵ Im Rahmen der geschichtlichen Darstellung unter Pkt.A.II.3.

¹⁷⁶ Mit seiner Entscheidung hinsichtlich der zentralen Frage nach Recht oder Unrecht des indizierten Abbruchs, also der Rechtsnatur der Indikationstatbestände, schien das BVerfG eine jahrelang heftige wie teils auch stark ideologisch besetzte Auseinandersetzung in der Literatur und Rechtsprechung entschieden zu haben; da eine explizite und detaillierte Begründung für seine Entscheidung im Urteil nicht erfolgte, kam es jedoch wieder zu

III. Die Problematik der „Verlagerung“ der eugenischen in die medizinisch-soziale Indikation

1. Vergleich zur bisherigen Regelung der eugenischen Indikation – der nunmehrige „Wegfall“ der eugenischen Indikation

Sowohl bei der in einem eigenen Absatz des § 218 a StGB i.d.F. des 15.StÄG untergebrachten eugenischen Indikation, § 218 a II Nr.1 StGB, als auch bei der ebenso einzeln ausgewiesenen des SFHG, § 218 a III StGB, wurde gefordert, dass „(...) nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass das Kind (...) 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.“ Da letztgenannte Indikationsregelung nicht durch das BVerfG mit dem 2. Fristenlösungsurteil für nichtig erklärt worden war, galt sie ab dem 16. Juni 1993 bis zur gesetzlichen Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchsrechts durch das SFHÄndG vom 29. Juni 1995 neben der Vollstreckungsanordnung des BVerfG für § 218 a I i.d.F. des SFHG fort.¹⁷⁷

Das sich daran anschließende und nunmehr geltende Recht der §§ 218 ff StGB i.d.F. des SFHÄndG enthält (erstmalig¹⁷⁸) die eugenische Indikation nicht mehr als Ausnahmetatbestand zum grundsätzlichen Abbruchsverbot - mit eigenen Voraussetzungen - im Gesetzeswortlaut des § 218 a StGB. Die Vorschrift des § 218 a StGB n.F. als Zusammenfassung aller Straffreistellungsgründe¹⁷⁹ für einen Schwangerschaftsabbruch behandelt in Abs.1 den sog. beratenen ärztlichen Abbruch innerhalb von 12 Wochen, in Abs. 3 die „kriminologische“ oder auch ethische Indikation, in Abs.4 verschiedene zusätzliche Privilegierungen für die Schwangere und in Absatz 2 die medizinisch-soziale Indikation. Prägend für die Entwicklung hin zur vorliegenden Gesetzeslage hinsichtlich der eugenischen Indikation war der von der SPD 1995 eingebrachte Gesetzesentwurf¹⁸⁰ zur Regelung des Abtreibungsstrafrechtes. Mit dem dort vorgeschlagenen Fehlen der eugenischen Indikation kann dieser Entwurf als Vorläufer für die

einem Meinungsstreit der Befürworter und Gegner der sog. Rechtfertigungsthese. Da dieser für die vorliegende Arbeit nicht von Relevanz ist, wird auf eine eingehende Darstellung verzichtet.

¹⁷⁷ § 218 a III StGB i.d.F. des SFHG, der vom BVerfG – wie erwähnt - verfassungsrechtlich nicht beanstandet wurde, und damit nicht von der angeordneten Übergangsregelung erfaßt wurde, sondern bis zur Neuregelung in seiner Formulierung in Kraft blieb, (BVerfG E 88, 203 (257 f)) setzte wiederum voraus, daß: „nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind... 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.“

¹⁷⁸ Im bundesdeutschen Recht

¹⁷⁹ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.1

¹⁸⁰ BT-Drs. 13 / 27

jetzige Situation gewertet werden, der sich erfolgreich in dem überfraktionellen Gesetzesentwurf für ein Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz niedergeschlagen hat.

Auf den ersten Blick stellt diese Streichung einer bislang bestehenden Indikation¹⁸¹ eine nicht unerhebliche Änderung der Rechtslage dar. Ob aber die Abschaffung, welche als „besonders wichtiger positiver Aspekt“¹⁸² des neuen Gesetzes gewürdigt wurde, als Konsequenz nach sich zieht, dass bisher von der ehemaligen eugenischen Indikation erfasste Fallkonstellationen künftig ersatzlos der Möglichkeit einer Straflosigkeit (u.U. Rechtfertigung) entzogen sind, soll nun untersucht werden, wobei zunächst auf die Meinung der Literatur zu diesem Problemkreis eingegangen werden und anschließend pro und kontra Argumente eines kompletten Wegfalls gegeneinander abgewogen werden sollen.

(a) Meinungsstand in der Literatur

Wie die juristischen und zum Teil auch medizinischen Meinungsvertreter¹⁸³ die Abschaffung der ehemals gesetzlich speziell ausformulierten eugenischen Indikation einschätzen und bewerten, soll an dieser Stelle dargestellt werden.

aa) Stimmen gegen die Abschaffung der eugenischen Indikation

In der Ärzteschaft gab es nach der Gesetzesänderung 1995 anfänglich, bedingt durch die deklarierte Abschaffung der bisher in einem eigenen Absatz ausgeführten eugenischen Indikation, Verunsicherungen bezüglich der weiteren Zulässigkeit von Abtreibungen, die sich auf eine solche Indikation gründeten.¹⁸⁴ Allerdings mehren sich nun die Stimmen, die die Möglichkeit derartig intendierter Unterbrechungen weiterhin bejahen. Beispielhaft seien als Vertreter aus dem medizinischen Bereich Hepp und Hiersche genannt.

¹⁸¹ Zumindest in der BRD seit 1976; zur DDR-Regelung unter Pkt. Teil 2.A.II.2.

¹⁸² Das Positive an der Abschaffung wurde durch den ändernden Gesetzgeber in der Vermeidung von Mißverständnissen, eine zu erwartende Behinderung eines Kindes sei ein rechtfertigender Grund für einen Abbruch und diese Rechtfertigung ergebe sich aus einer geringeren Achtung des Lebensrechts eines geschädigten Kindes, gesehen. Gerade den von den Behindertenverbänden geäußerten Wünschen mit den gleichzeitig vorgebrachten Kritiken bezüglich einer bestehenden Diskriminierung konnte nach den gesetzgeberischen Vorstellungen damit entsprochen werden. (Zudem würde das Bewußtsein der übrigen Bevölkerung für die besonderen Probleme Behinderter geschärft.)

¹⁸³ Siehe bspw. Tröndle, NJW 1995, 3015; Helmke, ZRP 1995, 441; ebenso Hochreuter, KritV 1996, 172; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.26, 37; Lackner, § 218 a, Rz.14; Hepp, Gynäkologe, S.407ff (407); Hiersche, ZfG & N 1996, S.239 f

¹⁸⁴ Vgl. Stellungnahme der Kommission für Öffentlichkeitsarbeit und ethische Fragen der Gesellschaft für Humangenetik e.V., Der Frauenarzt, 1995, S.1198

Ersterer geht davon aus, dass nach der Neufassung des § 218 a mit Streichung der eugenischen Indikation diese dem § 218 a II StGB (medizinische Indikation) subsumiert wird.¹⁸⁵

Wie er ist auch Hiersche der Auffassung, dass die sog. eugenische in eine reine medizinisch-mütterliche Indikation inkludiert wurde.¹⁸⁶

Aus dem juristischen Schrifttum ist v.a. Otto zu nennen, der den „kompletten Wegfall“ der (ehemaligen) eugenischen Indikation anzweifelt.¹⁸⁷

Verzichtet wurde jedoch nur auf die Ausformulierung dieses Rechtfertigungsgrundes, nicht aber auf die gesetzgeberische Wertentscheidung, dass in bestimmter Weise geschädigte ungeborene Kinder der Mutter nicht zumutbar seien(...).“ Danach geht die eugenische Indikation in dieser medizinischen Indikation auf“.¹⁸⁸

Im gleichen Sinne wie er äußert sich auch Beckmann.¹⁸⁹ Dass künftig die Tötung ungeborener Kinder unter den sachlichen Voraussetzungen der früheren eugenischen Indikation nicht mehr zulässig sei, ist seiner Ansicht nach falsch. Dass diese Indikation nicht mehr ausdrücklich im Gesetz erwähnt wird, der Sache nach (aber) lediglich eine Verlagerung auf die medizinische Indikation vorliegt, wurde und wird seines Erachtens in der juristischen Literatur als Inhalt der Neuregelung anerkannt.¹⁹⁰

Lt. Hennies¹⁹¹ sollte ursprünglich die eugenische Indikation aus ethischen Gründen ersatzlos gestrichen werden, dann aber hat sie gewissermaßen Unterschlupf in der medizinisch-sozialen Indikation gefunden.¹⁹²

Wie eben Genannte beurteilt ein Großteil der Vertreter aus dem Schrifttum¹⁹³ das vom Gesetzgeber erfolgte Absehen einer Aufnahme der eugenischen Indikation in das Gesetz; es wird gerade nicht von einem kompletten Wegfall dieser Ausnahmelage ausgegangen.

¹⁸⁵ Hepp, Gynäkologe 1996, S.407 ff (407)

¹⁸⁶ Hiersche, ZfG&N 1996, S.236 ff (239 f)

¹⁸⁷ Otto, JURA 1996, 135ff (141)

¹⁸⁸ Siehe Otto a.a.O.

¹⁸⁹ Beckmann, MedR 1998, S.155ff (155)

¹⁹⁰ So geht z.B. Tröndle, § 218 a, Rz.9a, davon aus, daß trotz vehementer Kritik an dem gesetzgeberischen Vorgehen hinsichtlich der eugenischen Indikation „...die embryopathische Indikation ...hätte ersatzlos gestrichen werden müssen, (anstatt) ihr in der medizinisch-sozialen Indikation ‚Unterschlupf‘ zu gewähren“. An anderer Stelle (NJW 1995, 3015) schreibt er, daß „(...)das Gesetz nunmehr auch als medizinisch indiziert und als gerechtfertigt die absichtliche Tötung allein der Behinderung wegen (anerkennt).“

¹⁹¹ Arztrecht 1998, S.127 ff (128)

¹⁹² Wie er auch Tröndle, § 218 a, Rz.9a

¹⁹³ Zu nennen sind Tröndle, NJW 1995, S.3009 ff (3015); Helmke, ZRP 1995, S.441; ebenso Hochreuter, KritV 1996, S.172

bb) Stimmen für die Abschaffung der eugenischen Indikation

Solchen Ansichten von einer bloßen Verlagerung der ehemaligen eugenischen Indikation in ihrer Gesamtheit in § 218 a II StGB n.F. treten v.a. Schumann/Schmidt-Recla entgegen.¹⁹⁴ Ihres Erachtens ist es tatsächlich zu der vom Gesetzgeber gewollten¹⁹⁵ Abschaffung der eugenischen Indikation gekommen¹⁹⁶ - ein „Auffangen“ dieser Indikation in der medizinisch-sozialen des § 218 a II StGB n.F. in dem Sinne, dass nunmehr die Tötung eines Kindes nur wegen seiner Behinderung erlaubt und gerechtfertigt ist, könne nicht stattfinden.¹⁹⁷ Nach ihrem Verständnis des § 218 a II StGB n.F. begründet die Feststellung der Schädigung eines Kindes nach der 12.Schwangerschaftswoche p.c. nur dann einen gerechtfertigten Abbruch, wenn diese Feststellung unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis zu einer Lebens- oder Gesundheitsgefahr für die Schwangere führt.¹⁹⁸ Bei sämtlichen anderen Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation, die nicht gleichzeitig die medizinisch-soziale Indikation erfüllen, ist hingegen nach der 12. Schwangerschaftswoche p.c. ein straffreier Abbruch nicht mehr möglich.

Auffällig ist hier, dass beide und auch die nachfolgenden Vertreter von einem Wegfall der eugenischen Indikation als solchen ausgehen, nicht jedoch von einem Wegfall, der eugenischen Fallkonstellationen schlechthin. Diese können weiterhin, nur nicht i.R. einer eigenen Ausnahmelage, zum Schwangerschaftsabbruch führen.

¹⁹⁴ MedR 1998, S. 499 f

¹⁹⁵ Das ein diesbezüglicher ernsthafter Wille gegeben war und ist, belegen z.B. die Ausführungen des Gesetzgebers selbst, siehe die amtliche Begründung in BT-Drs.13/ 1850, S.25f u. in BT-Drs. 13/5364, S.8 und 15; die des Abgeordneten Göhner, BT-Plenarprot. 13/47, S.3782: „Wir haben uns...dazu entschlossen, die embryopathische Indikation abzuschaffen.“; und die Aussagen der Abgeordneten Wettig-Danielmeier, BT-Plenarprot. 13/47, S.3758: „CDU/CSU und F.D.P. sind unserem Vorschlag gefolgt, die embryopathische oder eugenische Indikation entfallen zu lassen.“ und der Abgeordneten Eichhorn: „In Zukunft gibt es daher nur noch die medizinische und kriminologische Indikation“ (S.3756) Dagegen hatten die Abgeordneten Hüppe (BT-Plenarprot. 13/47, S.3777) und Lanfermann (S.3761) Zweifel, ob mit der neuen Regelung eine Abschaffung der eugenischen Indikation gewollt sei. Lanfermann beispielsweise ging davon aus, „.....daß sich in der Praxis für die betroffenen Frauen“ nichts ändere.

¹⁹⁶ Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.499: „Vor diesem Hintergrund führt die von der Fraktion der SPD angeregte Streichung ...zu dem Schluß, daß es eine embryopathische Indikation nicht mehr gibt.“

¹⁹⁷ So klar Tröndle, § 218a, Rz.9 und wohl auch Beckmann geht davon aus, wenn seiner Ansicht nach „...lediglich eine Verlagerung auf die medizinische Indikation (vorliegt)“.

¹⁹⁸ Schumann/ Schmidt-Recla, MedR 1998, S.500 führen ein Bsp. an, welches zeigt, daß das von ihnen erforderlich gehaltene Kriterium der Lebens – bzw. Gesundheitsgefahr oftmals nicht als notwendig erachtet wird. Im Heft 9/1998 des Magazins „Focus“ wurde von einem SSA im 5.Monat berichtet, weil die Schwangere das behinderte Kind nicht wollte und dazu der folgende Kommentar gegeben: „Frauen dürfen in Deutschland bis zum Tag der Geburt abtreiben, wenn ihnen das Austragen eines kranken oder behinderten Kindes unzumutbar erscheint.“

So äußert sich auch Rudolphi¹⁹⁹, der zwar von einer grundsätzlichen Erfassung der eugenischen Fallkonstellationen durch die medizinische Indikation ausgeht, aber bezweifelt, dass in allen Fällen immer zugleich die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation nach § 218 a Abs.2 gegeben sind.

Deutlich spricht Eser²⁰⁰ von einem „Wegfall“ der eugenischen Indikation, wobei aber damit keineswegs den erfassten Fallkonstellationen - denen der eugenischen Indikation- ersatzlos die Möglichkeit einer Rechtfertigung entzogen werden sollte. Vielmehr sollen diese Fälle durch die medizinische Indikation des Absatzes 2 aufgefangen werden. Die Fälle der (nun) nicht mehr ausdrücklich geregelten eugenischen Indikation sind nach den vorangehenden Voraussetzungen (denen der medizinisch-sozialen Indikation) zu beurteilen.

Ebenso ist Lackner²⁰¹ der Ansicht, dass die eugenische Indikation weggefallen ist, um im nächsten Satz anzuerkennen, dass diese durch die sozial-medizinische aufgefangen werden kann und in der Praxis eine Bejahung angenommen werden kann, wenn die zu erwartende, nicht behebbare Schädigung der Leibesfrucht nach Art und Schwere so erheblich ist, dass die Pflege und Erziehung des kranken Kindes auch bei voller Anerkennung seines Lebensrechts eine zeitlich, kräftemäßig oder wirtschaftlich unzumutbare Überforderung der Schwangeren bedeuten würde.²⁰²

Von den medizinischen Vertretern tendiert wohl Klinkhammer²⁰³ zu der Ansicht, dass es mit der Streichung der eugenischen Indikation auch zu einem Wegfall dieser Indikation als solcher gekommen ist und die Behinderung des Kindes nur bei (einer nachweislich dazu führenden) schweren psychischen Störungen der Schwangeren die Möglichkeit der Abtreibung offen hält. Wie den Ausführungen der „5. Medizinisch-Ethischen Klausur- und Arbeitstagung Pränatale Medizin im Spannungsfeld von Ethik und Recht“ entnehmbar ist²⁰⁴, setzt sich auch in den Reihen der Frauenärzte zunehmend letzteres Verständnis des § 218 a II StGB durch.

¹⁹⁹ SK -Rudolphi, Vor § 218, Rz.47

²⁰⁰ Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.8 u. § 218 a, Rz. 20 u. 37

²⁰¹ Lackner, § 218 a, Rz.14

²⁰² Lackner, a.a.O.

²⁰³ In Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57

²⁰⁴ Der Frauenarzt 1998, 322, wo die Problematik folgendermaßen erläutert wird: „Nachdem die embryopathische Indikation weggefallen ist, wird heute, auf dem Boden dieser unzutreffenden Auffassung, verbreitet davon ausgegangen, daß auch nach einer Pränataldiagnostik zu einem späteren Zeitpunkt der Schwangerschaft allein wegen eines auffälligen Befundes beim Kind eine Beendigung der Schwangerschaft medizinisch indiziert sein kann.“

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass in der juristischen wie medizinischen Literatur äußerst umstritten ist, ob es zu einem wirklichen Wegfall der eugenischen Indikation gekommen ist, oder nicht vielmehr diese einfach „als Ganzes“ von der medizinisch-sozialen Indikation²⁰⁵ gem. § 218 a II StGB n.F. aufgefangen wurde.²⁰⁶

(b) Argumente für den kompletten Wegfall der eugenischen Indikation im geltenden Recht

Zunächst sollen die Argumente angesprochen und erläutert werden, die ein Entfallen der Indikation wegen eugenischer Gründe nahe legen.

aa) Wortlaut

Dafür, dass die ehemalige eugenische Indikation ersatzlos gestrichen worden ist und sich damit die Rechtslage hinsichtlich anerkannter Ausnahmelagen vom Verbot des Schwangerschaftsabbruches nicht unerheblich geändert hat, könnte die gewählte Formulierung des Gesetzestextes mit dem gänzlichen Fehlen der die eugenische Indikation umschreibenden Tatbestandsvoraussetzungen in § 218 a StGB n.F.²⁰⁷ sprechen.

Da die eugenische Indikation in bisherigen Fassungen des Schwangerschaftsabbruchsrechtes immer mit eigenen Bedingungen umschrieben worden ist, stellt sich für den objektiven Beobachter die geltende Gesetzeslage nur als komplette Abschaffung dieses Abbruchtatbestandes dar. Warum, wenn nicht um derartige motivierte Abbrüche gänzlich zu vermeiden, sollte die Formulierung aus dem Text heraus genommen werden?

V.a. für die betroffenen Gesetzesanwender, Schwangere und Ärzte, drängt sich mit der Streichung die Vermutung auf, dass derartig motivierte Schwangerschaftsabbrüche von der Rechtsordnung und der Gesellschaft nicht weiter toleriert werden. Da sich keine Tatbestandsvoraussetzung für die eugenisch motivierte Abtreibung im Wortlaut des § 218 a StGB n.F. im Gegensatz zu früheren Fassungen, z.B. § 218 a II Nr.1 i.d.F. des 15.StÄG oder § 218 a III

²⁰⁵ Darauf laufen letztlich die Ansichten, die einen Wegfall der Indikation verneinen und die Erfüllung der Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation nicht für notwendig erachten, so z.B. Tröndle, § 218 a, Rz.9a f, hinaus.

²⁰⁶ BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3014 f – Diese Fehlinterpretation hängt nach Ansicht der BÄK mit der schon bei der ehemaligen eugenischen Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB a.F. zum Teil falsch gehandhabten Praxis – es dürfe allein aufgrund eines auffälligen Befundes eine Schwangerschaft in der vorgegebenen Frist von 22 Wochen in zulässiger Weise beendet werden – zusammen.

²⁰⁷ Im Gegensatz zur bisherigen Ausgestaltung in § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG und § 218 a III StGB i.d.F. des SFHG

i.d.F. des SFHG, finden lässt, kann nur geschlussfolgert werden, dass auf die eugenische Indikation verzichtet wurde; diese also erstmalig ersatzlos gestrichen werden sollte.

Der Wortlaut spricht deshalb für den Wegfall.

bb) Motive des Gesetzgebers

Für die ersatzlose Abschaffung der eugenischen Indikation könnte auch der hinter der erfolgten Regelung des § 218 a StGB n.F. stehende Wunsch des Gesetzgebers sprechen, den geäußerten Kritiken an dem bisherigen Ausnahmetatbestand vom Abbruchsverbot zu entsprechen und sich der geänderten Wirklichkeit in der Anwendungspraxis anzupassen.

Schon bevor die Aufnahme eines gesonderten Diskriminierungsschutzes für Behinderte auf Drängen der zahlreichen Behindertenverbände und –gruppen in das deutsche Grundgesetz im Jahre 1994 erreicht wurde, wurden von dieser Seite Bedenken dahingehend geäußert, dass das Abheben des § 218 a II Nr.1 StGB a.F.²⁰⁸ auf eine bestimmte Schädigung des Kindes als Diskriminierung und Abwertung behinderten Lebens missverstanden werden könne.²⁰⁹ Nach der Ergänzung des Art.3 III GG um seinen Satz 2 wurden im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Schwangerschaftsabbruchsrecht von diesen Bedenken Forderungen nach einer Abschaffung der eugenischen Indikation abgeleitet. Ebenso meldeten sich auch die beiden großen Kirchen in Deutschland²¹⁰ mit der Sorge um eine von eugenischen Tendenzen geprägte Entwicklung in der Abtreibungspraxis und der daraus folgenden Forderung nach Streichung der dies begünstigenden Indikation während des Gesetzesverfahrens zu Wort.²¹¹ Um dem intensiven Drängen von Kirchen und Behindertenverbänden nicht nur mit einem „Lippenbekenntnis“ nachzukommen, konnte der Gesetzgeber nur mit dem ersatzlosen Wegfall der eugenischen Indikation reagieren. Ausschließlich dieser hätte den Forderungen entsprochen.²¹² Demzufolge kann man unter Berücksichtigung dessen und der in der Gesetzesbegründung der Plenardebatte gegebenen Begründung für den Wegfall – man habe einem Wunsch der Kir-

²⁰⁸ Wortgleich die eugenische Indikation gem. § 218 a III StGB i.d.F des SFHG

²⁰⁹ Arnade, Deutschland in bessere Verfassung, S.11 ff (11); Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.38

²¹⁰ Zitiert nach Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1997, A-1485 äußerte sich der Vertreter der katholischen Kirche, Bischof Dr. Karl Lehmann, nach dem Hinweis auf die mehr als 90-prozentige Abtreibungsquote bei diagnostiziertem Down-Syndrom dahingehend, daß eine „latente Bereitschaft zu pränataler Selektion durch Abtreibung sowohl in der Durchschnittsbevölkerung als auch bei einer wachsenden Zahl von Fachvertretern bestehe.“ „Auf diese Entwicklung aufmerksam zu machen und ihr entschieden entgegenzusteuern sei Aufgabe der Kirchen“ betonte auch Landesbischof Dr. Klaus Engelhardt (EKD).

²¹¹ Beckmann, MedR 1998, S.155 ff (155)

²¹² Wie Beckmann MedR 1998, 155 ff (155) schreibt, wurde tatsächlich von Behindertenverbänden und Kirchen ein solches Verlangen nach Abschaffung der eugenischen Indikation geäußert.

chen und Behindertenverbände entsprochen²¹³ - davon ausgehen, dass die eugenische Indikation komplett entfallen ist.

Für die ersatzlose Streichung spricht auch die Erkenntnis des Gesetzgebers, dass die Gefahr nicht auszuschließen ist, dass mittels der eugenischen Indikation langfristig das Tor zu platter Eugenik geöffnet werden könnte.²¹⁴ Ausdruck dessen sind seine Äußerungen, es müsse das Missverständnis vermieden werden, dass eine zu erwartende Behinderung des Kindes ein rechtfertigender Grund für einen Abbruch sei²¹⁵ und die Rechtfertigung sich aus einer geringeren Achtung des Lebensrechtes eines geschädigten Kindes ergebe.²¹⁶ Wie die in der juristischen Literatur geäußerte Kritik an der ehemaligen Indikation²¹⁷, ihren Voraussetzungen und deren Auslegung zeigte, kam es trotz der auf die Zumutbarkeit der Belastung für die Mutter ausgerichteten Fassung der eugenischen Indikation (= Mütterliche Indikation²¹⁸) zu einer dieser entgegen laufenden und untergrabenden Anwendung in der Praxis. V.a. die Weite und Vielfalt der Interpretationsmöglichkeiten der aufgestellten Bedingungen führte /oder konnte zur Beachtung gesellschaftlicher Strömungen und Denkweisen – hier dem sich weiter durchsetzenden Anspruchsdenken der Schwangeren²¹⁹ - und damit letztlich zur Verhinderung erbkranken Nachwuchses mit der bisher eingeräumten Zulassung eines Schwangerschaftsabbruches im Falle einer genetischen oder pränatalen Schädigung des Kindes führen.²²⁰ Die tatsächliche Handhabung des Gesetzes wich somit vom vorgeschriebenen Text ab.²²¹ Um einer solchen, sich auf die Befindlichkeiten des Kindes orientierenden Anwendung, die letztlich ein Sonderrecht zur Abtreibung für behinderte Föten darstellte, wirksam entgegenzutreten, musste die eugenische Indikation aus dem Wortlaut herausgenommen und ersatzlos abgeschafft werden.

Aus dem oben aufgeführten Zitat des Gesetzgebers geht zudem hervor, dass sich der Gesetzgeber den mit dem sich entwickelnden medizinischen Fortschritt einhergehenden neuen Möglichkeiten und Methoden der pränatalen Diagnostik bewusst war und deren Risikofaktor für

²¹³ BT-Drs.13 / 1850, S.25; BT-Plenarprot. 13/ 47, S.3782 C.

²¹⁴ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.38, Hiersche, Tröndle-FS, 669 ff (676)

²¹⁵ BT-Drs. 13/1850, S.18

²¹⁶ BT-Drs. 13/1850, S.26

²¹⁷ D/T, 46.Aufl., § 218 a, Rz15 ff; Eberbach, JR 1989, 265ff (2.); Hiersche/Jähnke, MDR 1986, S.1 ff(1, 2, 4f); Hanack, Noll-GS, S.197 ff (200ff); Hochreuter, KritV 1996, S.171 ff (174 ff)

²¹⁸ Hepp, Gynäkologe 1996, 407 ff (407); BT-Drs. 13/1850, S.26

²¹⁹ Die in der Gesellschaft weiter zunehmende Kinderfeindlichkeit beeinflusst das Denken der Schwangeren.

²²⁰ Hiersche, Tröndle-FS, S.676 sprach von einer sich entwickelnden „neuen Ethik“, die nicht nur auf die mütterliche Zumutbarkeit, sondern auch eine, aus seiner Sicht überzogene, mütterliche Verantwortung gegenüber dem werdenden Leben Bezug nahm.

²²¹ D/T, 46.Aufl., § 218 a, Rz.13; Hanack, Noll - GS, S.197 ff (200f)

die eugenische Indikation einzuschätzen wusste.²²² Dem wachsenden Wunsch auf ein makelloses Kind konnte der Gesetzgeber bekanntermaßen wegen der eben aufgezeigten Unzulänglichkeiten der „alten“ eugenischen Indikation – wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale, dazu die abnehmende Fehlertoleranz in der Gesellschaft - nur mit einer ersatzlosen Streichung des Ausnahmetatbestandes entgegenreten.

Auch eine anders formulierte eugenische Indikation, deren Voraussetzungen ebenfalls in gewissem Maße²²³ wertungsoffen und damit anfällig für sich wandelnde gesellschaftliche Auffassungen mit dem Hang zu geringerer Fehlertoleranz sind, stellte keine wirksame Lösung des Problems dar.²²⁴

cc) Gesetzgebungsgeschichte

Dass die Abschaffung des ehemals eigenständigen eugenischen Ausnahmetatbestandes vom Verbot des Schwangerschaftsabbruchs auch durchaus gewollt war, lässt sich anhand der Gesetzgebungsgeschichte belegen.

Nach dem Zweiten Urteil des BVerfG im Bereich des Abtreibungsstrafrechtes²²⁵ wurden in mehr oder weniger distanzierter bis hin zu wortgetreuer legislatorischer Umsetzung dieser Entscheidung von den Parteien und Gruppierungen im Deutschen Bundestag Gesetzesvorlagen eingebracht.

Während die Gruppe der PDS – Abgeordneten wegen ihrer vorgeschlagenen kompletten Streichung der strafrechtlichen Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch und einer gleichzeitigen Einführung des Rechts der Frau zur Selbstbestimmung hinsichtlich des Austragens oder Abbrechens der Schwangerschaft in Artikel 2 des Grundgesetzes gänzlich auf die eugenische Indikation verzichten konnte²²⁶, erfolgte eine Entfernung dieser Indikation im sog. Hüppe – Entwurf aufgrund der Intention eines verschärften Schutzes des menschlichen Lebens vor der Geburt. Im Gegensatz zu den anderen diskutierten Lösungsansätzen, Fristen- und Indikationsregelungen, sah die Hüppe-Vorlage für einen verbesserten Lebensschutz in § 218 a

²²² Vor allem die Möglichkeit, auch immer mehr und leichtere Schädigungen, wie bspw. den Klumpfuß, zu erkennen, stellte im Zusammenspiel mit den vorhandenen auslegungsbedürftigen Kriterien und einer abnehmenden Fehlertoleranz eine Gefahr i.R. der eugenischen Indikation dar.

²²³ Um mehrere Fallkonstellationen erfassen zu können

²²⁴ Denn obgleich es auch bei der Fassung des § 218 a II Nr.1 StGB a.F. mit der eingeräumten Zulassung eines Schwangerschaftsabbruches im Falle einer genetischen oder sonstigen Schädigung des Kindes letztentscheidend um die Vermeidung der für die Schwangere befürchteten psychischen Belastung ging, befürchtete man schon dort, daß trotzdem langfristig der Einfluß eugenischer Gesichtspunkte Bedeutung gewinnen könnte, vgl. Sch/Sch-Eser, § 218 a Rz.38

²²⁵ BVerfG E 88, 203 ff (= 2.Fristenlösungsurteil) vom 28.Mai 1993

²²⁶ BT-Drs. 13/ 397

Abs.1 nur die eng gefasste, vitale medizinische Indikation – Vorrang des Lebens des Kindes vor dem Leben der Mutter – vor, die zudem eine bloße Strafflosstellung, statt einer Rechtfertigung für die Beteiligten,²²⁷ in Aussicht stellte. § 218 a Abs.2 des Hüppe – Entwurfes räumte zwar für den Schwangerschaftsabbruch bei dem Vorliegen einer „außergewöhnlich schweren Bedrängnis“²²⁸ die Möglichkeit der Strafmilderung und unter Umständen auch des gänzlichen Absehens von Strafe ein. Ob eine solche Bedrängnis auch bei einer erblich- oder krankheitsbedingten Schädigung des Kindes anzunehmen wäre, wird durch die Begründung des Entwurfes offen gelassen.²²⁹ Da dieser absichtlich auf die Definition objektiver Kriterien zur Begriffsumschreibung verzichtete, ist ein Erfassen eugenischer Fallkonstellationen durch dessen § 218 a Abs.2 nicht auszuschließen, jedoch mit „hohen Hürden“ verbunden.²³⁰

Die Gesetzesentwürfe zur Neuregelung des Problems des Schwangerschaftsabbruchs der Fraktionen der FDP²³¹ und der CDU/CSU²³² hingegen enthielten jeweils eine mit Rechtfertigungswirkung ausgestattete eugenische Indikation. Gegenüber der alten Fassung in der Formulierung etwas abgewandelt, war die eugenische Indikation ansonsten im Kern unverändert in beide Entwurfstexte übernommen worden.²³³

Als sog. Vorreiter der geltenden Gesetzeslage hinsichtlich der eugenischen Indikation könnte der Gesetzesvorschlag der SPD-Fraktion²³⁴ bezeichnet werden. Dieser Entwurf wies als einzige rechtfertigende Indikation für einen Abbruch die medizinische in § 218 a Abs. III auf. Die mit einer solchen Neufassung nahe gelegte Streichung der eugenischen Indikation wurde damit begründet, dass nach Ansicht der SPD-Fraktion die zu erwartende schwere Behinderung des Kindes unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse

²²⁷ Ähnliche Ansätze der Beschränkung von zugelassenen Indikationen wurden schon während der Geltungszeit der §§ 218 ff i.d.F. des 15.StÄG in der Literatur diskutiert, siehe namentlich Belling, Rechtfertigungsthese, S.53ff, 97ff, 110ff, 129ff, der nur die doppelt-vitale Indikation als Rechtfertigungsgrund für begründbar hält.

²²⁸ Eine solche Bedrängnis sollte wie die Schuld vom Täter selbst nicht herstellbar oder zu kalkulieren sein. Damit wäre sie ein Zustand, den der Täter erleidet und der durch objektive äußere oder innere Umstände beim Täter zu einer subjektiven Situation der Ausweglosigkeit führen würde; vgl. BT-Drs.13 / 395, S.7

²²⁹ Als dementsprechender extremer Fall i.S.v. § 218 a II wurde eine durch Vergewaltigung entstandene Schwangerschaft angesehen. Auch wenn die Geburt des Kindes mit einer schweren gesundheitlichen Beeinträchtigung der Schwangeren verbunden wäre, so „könnte“ dies im Einzelfall zu einer „außerordentlich schweren Bedrängnis“ führen; s. BT-Drs. ebd.

²³⁰ Noch während der Beratung der einzelnen eingebrachten Gesetzentwürfe gingen die Hüppe-Entwurfs-Vertreter davon aus, daß die sonstigen Indikationen (gegenüber der vitalen)im eigenen Entwurf als Strafausschließungsgründe geregelt seien, vgl. BT-Drs.12/2875, womit die eugenische Indikation nunmehr auch den Fall einer „außerordentlich schweren Bedrängnis“ ausmachen könnte.

²³¹ BT-Drs.13 / 268

²³² BT-Drs.13 / 285

²³³ In beiden Entwürfen war wie bei der „alten“ Fassung eine Frist von 22 Wochen nach der Empfängnis für den Abbruch vorgesehen. Durch die Änderungen in der tatbestandlichen Umschreibung sollte noch deutlicher als bisher hervorgehoben werden, daß nicht die Schädigung des Kindes als solche, sondern nur der Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit der Belastung für die Mutter der Grund für die Rechtfertigung der Schwangerschaftsunterbrechung war und ist; vgl. BT-Drs. 13 / 285, S.18; BT-Drs. 13 / 268, S.21

²³⁴ BT-Drs.13 / 27

der Schwangeren eine schwerwiegende Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes darstellen kann.

Diese Argumentation zum Wegfall wurde zunächst in den überfraktionellen Entwurf von CDU/CSU, F.D.P. und SPD²³⁵ und später auch vom Gesetzgeber des Schwangeren- und FamilienhilfeänderungsG²³⁶ übernommen.

Somit ist vor dem Hintergrund, dass der angeregten Streichung entsprochen wurde und gleichzeitig diejenige medizinisch-soziale Indikation mit den bisherigen Voraussetzungen beibehalten wurde, die schon nach „altem“ Recht gegebenenfalls nach Ablauf der 22-Wochen-Frist durch eugenische Fallkonstellationen erfüllt sein konnte, der Schluss auf eine Abschaffung der eugenischen Indikation zulässig.

Dies belegen auch die folgenden Ausführungen verschiedener Abgeordneter kurz nach der Verabschiedung und Verkündung des SFHÄndG. So äußerte sich die Abgeordnete Wettig-Danielmeier (SPD)²³⁷ positiv darüber, dass „(...) CDU/CSU und F.D.P. unserem Vorschlag gefolgt (sind), die embryopathische oder eugenische Indikation entfallen zu lassen.“ Ebenso unmissverständlich ist die Aussage der Abgeordneten Eichhorn²³⁸ aus den Reihen der CDU/CSU: „(...) Insbesondere die Behindertenverbände, aber auch die Kirchen haben uns immer wieder aufgefordert, auf eine embryopathische Indikation zu verzichten. ...In Zukunft gibt es daher nur noch die medizinische und die „kriminologische“ Indikation.“ Der Abgeordnete Göhner (CDU/CSU)²³⁹ kommentierte die geltende Fassung der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. so: „(...) Es wird künftig nur noch zwei Indikationen geben,...eben diese medizinische Indikation und die „kriminologische“ Indikation. Wir haben uns nach sehr sorgfältiger Prüfung und Beratung mit vielen Fachleuten dazu entschlossen, die embryopathische Indikation abzuschaffen, weil damit das Missverständnis (...) verbunden war, dass letztlich die embryopathische Indikation eine Tötung rechtfertige, weil das Kind behindert sei.(...) Um dies ohne jeden Zweifel klarzustellen, war es uns ein wichtiges Anliegen, dem dringenden Wunsch der Kirchen, der Behindertenverbände und anderer nachzukommen, die in der Tat höchst missverständliche embryopathische Indikation abzuschaffen.“²⁴⁰ Wer jetzt behauptet, wir würden über die Hintertür einer medizinischen Indikation die

²³⁵ BT-Drs.13/1850

²³⁶ BGBl.1995, I, S.1050

²³⁷ BT-Plenarprot. 13/47, S.3758

²³⁸ BT-Plenarprot. 13/47, S.3756

²³⁹ BT-Plenarprot. 13/47, S.3782

²⁴⁰ Hingegen äußerten die Abgeordneten Hüppe (CDU/CSU) und Lanfermann (F.D.P.) Zweifel daran, ob mit der neuen Regelung eine Abschaffung der eugenischen Indikation gewollt sei. Der F.D.P. Verhandlungsführer Lan-

embryopathische Indikation ohne Frist wieder einführen, dem muss ich unterstellen, dass er den Gesetzestext nicht gelesen hat, geschweige denn die Begründung. (...)“

Auch die Bundesregierung²⁴¹ stellte ein knappes Jahr nach Inkrafttreten der neuen §§ 218 ff StGB noch einmal klar, dass „(...) die embryopathische Indikation ...mit dem ... SFHÄndG entfallen“ (ist). Mit dem Wegfall der embryopathischen Indikation ist keine Änderung der Voraussetzungen der medizinischen Indikation im Vergleich zu der vor Inkrafttreten des SFHÄndG geltenden Fassung erfolgt.“ Und an anderer Stelle²⁴² wurde darauf verwiesen, dass „(...) für sie (ungeborene Behinderte) hinsichtlich eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs keine Sonderregelungen bestehen, sondern dass der Wegfall der embryopathischen Indikation gerade der Klarstellung diene, dass das ungeborene behinderte Leben im Vergleich zum ungeborenen unbehinderten Leben keinem Sonderstatus unterworfen ist.“

Demzufolge sprechen die Gesetzgebungsgeschichte und später erfolgte Aussagen von Abgeordneten und der Bundesregierung für einen Wegfall der eugenischen Indikation.

dd) Verhältnis der eugenischen Indikation, § 218 a II Nr.1 StGB a.F., zur medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a I Nr.2 StGB a.F.

Ebenfalls für ein Entfallen des im vorher geltenden Recht separat aufgeführten eugenischen Abbruchstatbestandes könnte das während des 15. StÄG viel diskutierte Verhältnis der Eigenständigkeit der einzelnen Indikationen untereinander sprechen.

Vorweg ist festzuhalten, dass die medizinische Indikation gem. § 218 a I Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG wortgleich zur heutigen medizinisch-sozialen Indikation, § 218 a II StGB i.d.F. des SFHÄndG, war.

Anknüpfungspunkt für die Problematik des Verhältnisses der alten medizinischen zu der eugenischen, der „kriminologischen“ und der Notlagenindikation war die in § 218 a II StGB a.F. aufgeführte Klausel, dass „(...) die Voraussetzungen des Abs.1 Nr.2 ...auch als erfüllt (gelten), wenn (...)“.

Welche Deutung dadurch nahe gelegt wurde, war in der juristischen Literatur umstritten.

fermann (BT-Plenarprot.13/47, S.3761) meinte, daß sich in der Praxis für die betroffenen Frauen nichts ändern werde. Hüppe (BT-Plenarprot. 13/47, S.3777) befürchtete, daß bei Aufnahme der embryopathischen Indikation in die medizinische „auch bis zur Geburt behindertes Leben getötet werden“ dürfe., vgl. Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.499

²⁴¹ BT-Drs.13/5364, S.15

Einerseits schien eine Vorrangstellung für die medizinische Indikation i.S.e. Oberindikation mit den anderen Ausnahmetatbeständen als deren bloße Unterfälle durch den Gesetzgeber gewollt.²⁴³ Gegen eine solche Ausgestaltung des § 218 a StGB, die beim Vorliegen der Unterindikationen zugleich die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation als erfüllt ansah²⁴⁴, wurde vorgebracht, dass trotz Überlappungen in den Randzonen es sich bei den Indikationen um ganz verschiedene, voneinander abgrenzbare Sachverhalte handeln würde. Nicht umsonst wäre bei jeder Indikation eine vollständige Umschreibung der Konfliktslage, die den Eingriff rechtfertigte, zu finden gewesen. Demnach musste trotz der in Abs.2 aufgestellten unwiderleglichen Vermutung²⁴⁵ weiterhin über jede (der medizinischen in § 218 a I StGB a.F.) nachgeordnete Indikation selbständig und von den Voraussetzungen des Abs.1 unabhängig entschieden werden.²⁴⁶

Für die Favorisierung eines solchen Verständnisses der Einzelindikationen untereinander – Eigenständigkeit der einzelnen Indikationen²⁴⁷, die eine Gleichstellung aller vier Ausnahmetatbestände zum Abbruchsverbot zur Folge hatte – sprachen v.a. die im Gesetz vorgeschriebenen unterschiedlichen Indikationsfristen. Z.B. bei der medizinischen Indikation: unbegrenzt, bei der eugenischen Indikation: 22 Wochen.²⁴⁸ Auch der Verweis in § 219 StGB i.d.F. des 15.StÄG auf § 218 a II StGB dieser Fassung wäre bei einer einzigen Oberindikation überflüssig gewesen.²⁴⁹

Wenn man also § 218 a StGB a.F. ein solches Verständnis gleichrangiger Indikationen unterstellt²⁵⁰, welches v.a. durch eine vollständige Umschreibung jeder Konfliktslage im Gesetzes-

²⁴² BT-Drs. ebd., S.8

²⁴³ BT-Drs. 7/4696 S.7 in Anlehnung an eine Entschließung des Dt. Ärztetages; ähnlich auch der Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 7/4211

²⁴⁴ Diese Konsequenz zogen: Lackner, NJW 1976, 1236 f; Schreiber, FamRZ 1975, S. 670 f; auch Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.3; Lt. Beulke, FamRZ 1976, S.598 wird „...mit einer solchen unwiderleglichen Vermutung letztlich die medizinische Indikation zum alleinigen Rechtfertigungsgrund“ erhoben.

²⁴⁵ Größtenteils wird die „Kongruenzklausel“ als unwiderlegliche Vermutung angesehen, so z.B. Lackner, 20.Aufl., § 218 a, Rz.1; Schreiber, FamRZ 1975, S.670; Beulke a.a.O., der jedoch die vollständige Außerachtlassung anrät; Schmitt, FamRZ 1976, S.595 geht nur von einer „Fiktion“ aus

²⁴⁶ Lackner a.a.O.; Schreiber a.a.O.; Beulke a.a.O.; Geilen, JZ 1968, 148 f

²⁴⁷ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz. 11 f

²⁴⁸ LK-Jähnke, §218 a, Rz.2; Beulke, FamRZ 1976, S.598; Schreiber, FamRZ 1975, 671

²⁴⁹ Mit Hinweis auf diese Gegenargumente schlußfolgerte Beulke, daß man „...der gesetzlichen Vermutung keinerlei Bedeutung ...“ beimessen sollte.

²⁵⁰ Sch/Sch-Eser, §218 a, Rz.23 hingegen deutet(e) die geregelten Indikationen als „gesetzlich konkretisierte Unterfälle einer medizinisch-sozialen Gesamtindikation“. Demnach gibt es drei Möglichkeiten für das Verhältnis der einzelnen Indikationen untereinander: 1. Die selbständig nebeneinanderstehenden Indikationen 2. Die gesetzlich konkretisierten Unterfälle einer medizinisch-sozialen Gesamtindikation und 3. Die Unterindikationen (=Unterfälle) einer medizinischen Oberindikation. Der Unterschied zwischen beiden letzteren besteht lt. Eser darin, daß die bloße Unterindikation nur bei einer Gefährdung der Schwangeren bejaht werden konnte, die zumindest dem Schweregrad nach einer Gesundheitsbeeinträchtigung i.S. der medizinischen Oberindikation vergleichbar gewesen wäre, es also eine Anbindung in der Schwere an die medizinische Indikation gegeben hätte. Die eugenische Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB a.F. als gesetzlich konkretisierter Unterfall hingegen wäre konstitutiver Teil der medizinischen Indikation gewesen und hätte deren Rahmen und Rechtfertigungsniveau mitbestimmen können.

text gekennzeichnet war, so könnte die geltende Gesetzeslage mit der Nichtaufführung von eigenen Tatbestandsvoraussetzungen den Schluss der ersatzlosen Abschaffung der eugenischen Indikation nahe legen. Denn eine nicht umschriebene Konfliktsituation kann den normalerweise durch sie abgedeckten Sachverhaltsbereich nicht über einen anderen Ausnahmetatbestand der Rechtfertigung zuführen. Davon ausgehend, dass eigenständige Konfliktlagen durch die eugenische Indikation erfasst wurden – wo allenfalls häufig, aber keinesfalls notwendig zugleich Abs.1 erfüllt war –, können diese unter dem medizinischen Mäntelchen nun keinen Unterschlupf finden.

Die Systematik lässt – wie ehemals - keine Subsumierung aller eugenischen Fallkonstellationen in die der alten Fassung des § 218 a I Nr.2 StGB sachlich entsprechenden medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. zu.

Hinzukommend ist zu beachten, dass für ein selbständiges Nebeneinander von eugenischer und medizinischer Indikation nach „altem“ Recht sprach, dass die ihre (der eugenischen I.) rechtfertigende Wirkung begründenden Umstände keineswegs in der Regel mit denen der medizinischen I. identisch waren. Sie dienten nicht wie diese vordergründig der Erhaltung von Leben und Gesundheit der Schwangeren, sondern primär der Wahrung anderer schutzwürdiger Belange der Schwangeren.²⁵¹ V.a. eine solche Verschiedenheit der Handlungsziele beider Indikationen macht es nach dem Verzicht einer extra gesetzlichen Regelung der eugenischen Indikation unmöglich, deren Fallkonstellationen insgesamt auf die medizinisch-soziale Indikation zurückzuführen, eine vollständige Verlagerung einer ganzen Indikation zuzulassen. Dies würde auf die gesetzliche Fiktion hinauslaufen, dass die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. auch dann als erfüllt gelten, wenn sie in Wahrheit gar nicht vorliegen.

Um ein solches Vorgehen zu vermeiden, ist bei Annahme des ehemals eigenständigen Charakters von dem ersatzlosen Wegfall der eugenischen Indikation auszugehen.

ee) Artikel 3 Abs.3 S.2 GG

Für einen kompletten Wegfall der eugenischen Abbruchsmöglichkeit könnte zudem der 1994 im Zuge der Änderung des Grundgesetzes dem Art.3 III GG angefügte Satz 2: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ sprechen.

²⁵¹ Hepp, Gynäkologie 1996, 407ff (408); SK-Rudolphi, §218 a, Rz.11 f

Mit diesem „Grundrecht der Behinderten“²⁵², das erst nach beharrlichem politischen Bemühen der Behindertengruppen und –verbände in den Änderungsentwurf des Grundgesetzes aufgenommen²⁵³ und dann sowohl von Bundestag wie auch Bundesrat mit diesem beschlossen wurde, werden erstmalig Behinderte aus der Rolle des Objektes des staatlichen Handelns herausgehoben und als gleichberechtigte Staatsbürger ausdrücklich anerkannt.²⁵⁴ Die Wertordnung des Staates bekennt sich damit unmissverständlich dazu, dass behinderte ebenso wie nicht behinderte Menschen zum Gesamtvolk gehören. Eine benachteiligende Unterscheidung würde – da die Behinderung als gängige Erscheinungsform des menschlichen Seins, die an der Würde des Menschen teilnimmt – dementsprechend den Wertanspruch auf Menschenwürde verletzen.²⁵⁵ Durch das neue Grundrecht wurde festgelegt, dass an das Bestehen einer Behinderung keine für den behinderten Menschen nachteilige Rechtsfolgen geknüpft werden dürfen.

Mit der Zulassung der Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs unter dem Gesichtspunkt der voraussichtlichen Schädigung des noch ungeborenen Kindes (=eugenische Indikation) könnte aber gerade insoweit eine nachteilige Rechtsfolge gegeben sein.

Unter die Schädigung des ungeborenen Kindes fielen bei diesem im früheren Recht anerkannten²⁵⁶ Ausnahmetatbestand zum grundsätzlichen Verbot des Abbruchs sowohl körperliche Mängel wie geistige Leiden.²⁵⁷ Dazu vergleichbar ist der Begriff der Behinderung in Art.3 III S.2 GG. Dieser ist zwar nicht unumstritten.²⁵⁸ Gemäß dem verallgemeinerungsfähigen § 3 I SchwbG ist aber hierunter die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung – die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht – zu verstehen. Damit greift auch die Behinderung auf körperliche und geistige Regelwidrigkeiten zurück.

Aus dem unumstrittenen rechtspolitischen Anliegen heraus, die Rolle der Behinderten in der Gesellschaft, ihre Akzeptanz und Integration im alltäglichen, mitmenschlichen Umgang zu verbessern, und so mittels eines verfassungsrechtlich verankerten Wertungsaktes in der Ge-

²⁵² Sachs, RdJB 2/96, S.154 ff (154); Jürgens, ZfSH/ SGB 1995, S.353 ff (356)

²⁵³ Diese Ergänzung des Grundgesetzes geht nicht auf eine Empfehlung der Gemeinsamen Verfassungskommission zurück, sondern wurde erst später in den Änderungskatalog aufgenommen und schließlich mit verabschiedet, vgl. Jürgens, ZfSH/SGB 1995, 353 ff (354f)

²⁵⁴ Jürgens, ZfSH/SGB 1995, 353 ff(356)

²⁵⁵ Jürgens, ebenda

²⁵⁶ § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG und § 218 a III i.d.F. des SFHG

²⁵⁷ Art & Ursache der Schädigung waren unerheblich, erforderlich waren allerdings die Nicht-Behebbarkeit, ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit des Eintritts und ein bestimmter Schweregrad der Schädigung.

²⁵⁸ Genauer dazu siehe in der Arbeit weiter unten, Gliederungspunkt. Teil 2.B.III.2.a)cc)

sellschaft das Bewusstsein für die Belange Behinderter zu schärfen²⁵⁹, bezweckt das geschaffene Diskriminierungsverbot einen verbesserten Schutz behinderter Menschen. Die „einseitige“ Ausrichtung des Schutzes – verboten sind nur Benachteiligungen – sollte sicherstellen, dass verfassungsrechtlich legitime, begünstigende Sondertatbestände und Maßnahmen nicht erst im Rahmen relativierender Interpretation eines weitergehenden Differenzierungsverbotes gerechtfertigt werden müssen.²⁶⁰

Wenn nun die eugenische Indikation hingegen gerade Situationen, in denen (höchst)wahrscheinlich ein behindertes Kind auf die Welt kommen wird, als ausschlaggebenden Anlass nimmt und unter (weiteren²⁶¹) bestimmten Voraussetzungen ein „Tor“ zur Abtreibung eröffnet, könnten beide diametral gegenläufige Ziele verfolgen.

Während mit der Einführung des Rechts gem. Art.3 III S.2 GG die Belange Behinderter ausdrücklich in der ranghöchsten Wertordnung der Bundesrepublik Deutschland berücksichtigt und garantiert sind, wird bei der eugenischen Indikation bei eben dieser Diagnose „Behinderung“ das ebenfalls vom BVerfG mit Verfassungsrang eingestufte Lebensrecht des Nasciturus der Tötung preisgegeben. Infolge dessen könnte die Einführung des Art.3 III S.2 GG unter Berücksichtigung der Nichtaufführung der eugenischen Indikation im Wortlaut des neuen § 218 a StGB für den kompletten Wegfall dieser Indikation sprechen.

Ob letztlich tatsächlich ein Verstoß gegen das Behindertengrundrecht vorliegen würde, also eine Benachteiligung behinderter Föten i.S.v. Art.3 III S.2 GG anzunehmen wäre, soll erst an späterer Stelle in der Arbeit geklärt werden. Insbesondere die Frage der Grundrechtsfähigkeit des Nasciturus, überhaupt und im speziellen für das Recht aus Art.3 III S.2 GG, wird dort eingehend erörtert.

Dass sich der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Rechts des Schwangerschaftsabbruches bewusst war, dass mit der im Grundgesetz festgelegten Gleichstellung der behinderten Menschen auch damit nicht in Einklang stehende Gegebenheiten auf rechtlicher, gesellschaftlicher und ökonomischer Ebene rechtswidrig sind und in einen verfassungskonformen Zustand gebracht werden müssen²⁶², kommt in der gegebenen Gesetzesbegründung²⁶³ deutlich zum Ausdruck. Denn von einer eugenischen Indikation ist abgesehen worden, um Missverständnisse zu vermeiden, die Rechtfertigung ergebe sich aus einer geringeren Achtung des Lebensrechtes

²⁵⁹ Scholz, M/D, Art.3 III, Rz.174; Herdegen, Deutschland in bessere Verfassung, S.29ff (33)

²⁶⁰ Osterloh, GG-Sachs, Art.3, Rz.311; Jürgens, NVwZ 1995, 452f (453)

²⁶¹ Diese weiteren Bedingungen neben der Schädigung waren in § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG bzw. § 218 a III StGB i.d.F. des SFHG niedergelegt.

²⁶² Jürgens, ZfSH/SGB 1995, 353 ff (356)

²⁶³ BT-Drs. 13/1850, S.25 f

eines geschädigten Kindes.²⁶⁴ Damit spricht Art.3 III S.2 GG zunächst einmal für ein ersatzloses Entfallen der bisherigen eugenischen Indikation.

(c) Argumente gegen den kompletten Wegfall der eugenischen Indikation im geltenden Recht

Ebenso, wie sich Argumente für die ersatzlose Streichung der eugenischen Indikation finden lassen, sind Anhaltspunkte für die Gegenmeinung vorhanden, die nun folgend eingehender untersucht werden sollen.

aa) Gesetzgeberischer Wille

Für die Beibehaltung der eugenischen Indikation selbst und der damit weiter bestehenden Möglichkeit, aus einer solchen intendierten Motivation heraus abzutreiben, könnte v.a. der in der viel zitierten amtlichen Begründung zum SFHÄndG²⁶⁵ durch die Aussage - „Durch die Formulierung der medizinischen Indikation können diese Fallkonstellationen aufgefangen werden“ - zum Ausdruck kommende Wille des ändernden Gesetzgebers sprechen.

Während einerseits die ersatzlose Streichung der eugenischen Indikation immer wieder betont (s.o.) und durch die neue Fassung des § 218 a II StGB nahe gelegt wurde, könnte die gegebene Begründung dem ausdrücklich widersprechen; diese spiegelte die parteienübergreifende Ansicht wieder, dass „.....die zu erwartende schwere Behinderung des Kindes unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren eine schwerwiegende Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes darstellen kann.“²⁶⁶ Damit sah man die eugenischen Fallkonstellationen durch die Formulierung der medizinischen Indikation als abgedeckt an.²⁶⁷

²⁶⁴ Ob letztlich tatsächlich ein Verstoß gegen das Behinderten-Grundrecht vorliegen würde, also eine Benachteiligung behinderter Föten i.S.v. Art.3 III S.2 GG anzunehmen wäre, soll nicht an dieser Stelle, sondern erst weiter unten in der Arbeit geklärt werden. Insbesondere auch die Grundrechtsfähigkeit des Nasciturus überhaupt und im speziellen für das Recht aus Art.3 III S.2 GG soll dort einer Erläuterung unterzogen werden.

²⁶⁵ BT-Drs.13/ 1850, S.25 f

²⁶⁶ BT-Drs.13 / 27, S.10

²⁶⁷ Beckmann, MedR 1998, S.155 ff (155)

Verstärkt wird letzterer Schluss durch die Ausführungen des Abgeordneten Lanfermann²⁶⁸ in der Abschlussdebatte zur Neuregelung der §§ 218 ff, der davon ausging, dass sich in der Praxis für die betroffenen Frauen nichts ändern werde.

Ein „Auffangen“ der eugenischen Fallkonstellationen könnte die auf den ersten Blick erhebliche Rechtsänderung mittels des viel gelobten Wegfalls der eugenischen Indikation als bloße Verlagerung der sachlichen Voraussetzungen des früheren eugenischen Ausnahmetatbestandes in die weiter bestehenden Bedingungen der medizinischen Indikation erscheinen lassen.²⁶⁹

Auch wenn von einer Abschaffung der eugenischen Indikation dann nur formal die Rede wäre, setzt sich in solchem „Miterfassen“ die Überzeugung des Gesetzgebers fort, dass die Regelungen betreffend die eugenische Indikation seit jeher wie die medizinische Indikation auf der Erwägung beruhten, dass sich in solchen Fällen eine unzumutbare Belastung für die Schwangere ergeben kann.²⁷⁰

Demzufolge bestand für den Gesetzgeber gar kein zwingender Anlass, von einer „eugenischen Indikation“ ganz abzusehen.

Im Gegenteil, mit der Einordnung in die medizinisch-soziale Indikation konnte diese Klarstellung noch verstärkt werden: „...Damit wird klargestellt, dass eine Behinderung niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen kann.“²⁷¹

Für die Verlagerung spricht aus gesetzgeberischer Sicht zudem, dass zwar einerseits aufkommende eugenische Tendenzen, hervorgerufen durch die Anerkennung eines Ausnahmetatbestandes, bei dem die voraussichtliche Schädigung des Kindes in die Entscheidung mit einfließt, im „Keim“ erstickt werden sollten, andererseits war und ist sich der Gesetzgeber der praktischen Relevanz einer solchen Ausnahmemöglichkeit vom grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruches durchaus bewusst. Eine ersatzlose Streichung war weder nötig noch bezweckt.

Der in der Begründung manifestierte Wille des Gesetzgebers des SFHÄndG lässt damit keinen „kompletten“ Wegfall der eugenischen Indikation zu.

bb) Anerkennung durch das BVerfG

Gegen die komplette Streichung der bislang bestehenden eugenischen Indikation als Ausnahmetatbestand zum Abbruchsverbot des § 218 StGB²⁷² könnte auch deren verfassungsrechtli-

²⁶⁸ BT-Plenarprot. 13/47, S.3761

²⁶⁹ Beckmann, MedR 1998, S.155 ff (155); Otto, JURA 1996, S.135 ff (141 f)

²⁷⁰ BT-Drs.13 / 1850, S.26

²⁷¹ BT-Drs.13 / 1850, S.26

che Billigung durch das BVerfG in seinem 2. Fristenlösungsurteil von 1993 sprechen, die als gedanklicher Hintergrund bei der Gesetzesgestaltung zur geltenden Fassung Beachtung gefunden hat.

In seinem Urteil vom 28.Mai 1993²⁷³ erkannte das BVerfG als Ausfluss der Rechtspositionen der schwangeren Frau gegenüber dem grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruches die Möglichkeit von Ausnahmelagen an, die die Aufhebung der Pflicht zum Austragen eines Kindes von Verfassungs- wegen zulassen. Entscheidendes Kriterium für deren Anerkennung ist jedoch die Unzumutbarkeit des Nachkommens dieser mit dem Mittel des Strafrechts auferlegten Verpflichtung durch die Frau. Für die Unzumutbarkeit müssen nach Ansicht des Gerichts wiederum „...Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau (billigerweise) nicht erwartet werden kann.“

Als solche Konfliktlage, die Umstände mit einem dementsprechenden erheblichen Gewicht mit sich bringt, wird vom BVerfG „(...) neben der hergebrachten medizinischen Indikation auch ...die eugenische Indikation“ angesehen. Ihr Charakter als Ausnahmetatbestand mit Bestand vor der Verfassung folgt aus der Achtung des Rechts der Frau, nicht über das zumutbare Maß hinaus zur Aufopferung eigener Lebenswerte – v.a. in Vorausschau auf die mit der Handlungs-, Sorge- und Einstandspflicht für viele Jahre verbundenen Belastungen – im Interesse der Respektierung des Lebensrechts des Ungeborenen gezwungen zu werden.

Für die Pflicht zum Austragen des Kindes folgt daraus, dass diese bei Vorliegen der die eugenische Indikation ausmachenden Lage nicht mit dem Mittel des Strafrechts durchgesetzt werden darf und muss.

Durch die Bestätigung des BVerfG, dass die in einem eigenen Absatz des § 218 a StGB mit spezifischen Tatbestandsmerkmalen und Rechtfertigungswirkung²⁷⁴ ausgestattete eugenische Indikation²⁷⁵ verfassungsrechtlich zulässig ist, könnte der Schluss auf eine erneute Billigung bei einer rechtfertigenden Lage aus eugenischer Motivation heraus, und damit die Zulässigkeit des Weiterbestehens der eugenischen Indikation, gezogen werden. Warum sollte der Gesetzgeber den Spielraum hinsichtlich möglicher Ausnahmelagen, der ihm vom höchsten deutschen Gericht eingeräumt worden ist, außer acht lassen? Dass der Gesetzgeber der Legitimie-

²⁷² § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG und § 218 a III StGB i.d.F. des SFHG

²⁷³ BVerfG E 88, 203 ff

²⁷⁴ Tröndle (NJW 1995, S.3009 ff (3015) behauptet, daß die Anerkennung einer eugenischen Indikation als Rechtfertigungsgrund durch die Einführung des Art.3 III S.2 GG hinfällig geworden und nicht mehr möglich ist. Zur Prüfung der medizinisch-sozialen Indikation (welche nach dem Willen des Gesetzgebers die Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation auffangen soll und kann) anhand des Art.3 III S.2 GG siehe unten in der Arbeit

²⁷⁵ Dem BVerfG zur Prüfung lag die eugenische Indikation gem. § 218 a III StGB i.d.F. des SFHG vor.

rung dieser von verschiedenen Seite kritisierten²⁷⁶ eugenischen Indikation durch das Bundesverfassungsgericht bei seiner Neuregelung Beachtung geschenkt und in seine Überlegungen einbezogen hat, lässt sich anhand der schon erwähnten Gesetzesbegründung zur Änderung des Rechts des Schwangerschaftsabbruches²⁷⁷ nachvollziehen. Denn gerade indem diese Fallkonstellationen durch die Formulierung der medizinischen Indikation in § 218 a II StGB aufgefangen werden können, werden die durch das BVerfG eröffneten Möglichkeiten ausgenutzt.²⁷⁸ Mit dieser Integration konnte das Ziel, die Orientierung des entscheidenden Unzumutbarkeitsgedankens – woraus die Rechtfertigung durch das BVerfG geschlussfolgert wird²⁷⁹ – an der Mutter besser zu verdeutlichen, verwirklicht werden. Ihr Befinden, nicht die Schädigung des Kindes als solche, war schon bisher ausschlaggebend für die Bejahung der eugenischen Indikation des § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F des 15. StÄG.²⁸⁰ Eben dies wird durch die nunmehrige Fassung der eugenischen Indikation noch verstärkt betont.

Damit sprechen die ausdrückliche Billigung durch das BVerfG und das in diesem Bewusstsein darauf bezogene Handeln des Gesetzgebers gegen den Wegfall einer eigenständig geregelten eugenischen Indikation.

cc) Existenzberechtigung der Früheuthanasie

Für die Verneinung des Wegfalls der eugenischen Indikation nach der Neuregelung des Rechts des Schwangerschaftsabbruches von 1995 könnte man auf den Problemkreis des Behandlungsverzichts bei Neugeborenen zurückgreifen. Denn noch bei Geltung der früheren eugenischen Indikation, § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG und § 218 a III i.d.F. des SFHG, wurde deren Fristbindung von 22 Wochen p.c. von Kritikern derselben als Ursache für einen Wertungswiderspruch zur sog. Früheuthanasie angesehen. Die Fragen der Zulässigkeit des Abbruchs nach der 22.Woche p.c. und die des Sterbenlassens von geschädigten Neugeborenen sollten parallel behandelt werden.²⁸¹

²⁷⁶ Arnade, Deutschland in bessere Verfassung, S.11 ff (11); Hanack, Noll-GS, S.197 ff; Pluisch, S. 71 ff, insb. S.110 f; Cramer, ZRP 1992, S.136 ff (138ff); D/T, 46. Aufl., § 218 a Rz. 13 ff

²⁷⁷ BT-Drs.13/ 1850, S.25 f

²⁷⁸ Otto, JURA 1996, S.135 ff (142)

²⁷⁹ Tröndle, NJW 1995, S.3009 (3015); Gropp, GA 1994, S.153 f; ders. schon GA 1988, S.1 ff (15)

²⁸⁰ Auch § 218 a III i.d.F. des SFHG

²⁸¹ Hochreuter, KritV 1996, 171 ff (177); Cramer, ZRP 1992, S. 136ff (138)

Demzufolge könnte man davon ausgehen, dass immer dann, wenn die „Früheuthanasie“²⁸², also der Verzicht auf eine Lebensverlängerung um jeden Preis, zulässig wäre, auch ein Schwangerschaftsabbruch beim Ungeborenen vorgenommen werden darf.

Der Schwangerschaftsabbruch wäre dann als zeitlich vorgelagerte Grenze der Behandlungspflicht bei geschädigten Neugeborenen aufzufassen; eine konsequente und einheitliche rechtliche Behandlung von pränatalem und postnatalem Leben möglich.²⁸³

Zumindest in den Fällen einer erlaubten Früheuthanasie würde es einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn vor der Geburt keinerlei Eingriffe gegen das ungeborene Leben stattfinden dürften, danach – trotz Geltung der §§ 211 ff StGB- jedoch schon.

Somit aber könnte die weitere Berechtigung der Früheuthanasie auch für ein Weiterbestehen der eugenischen Indikation selbst sprechen, trotz deren Entfernung aus dem Wortlaut der geltenden Fassung des § 218 a StGB.

Um von der Berechtigung der Früheuthanasie auf die Berechtigung einer weiter bestehenden eugenischen Indikation schließen zu können, müsste aber zunächst die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit (Existenzberechtigung) der Früheuthanasie, weiter die nach den Kriterien der Grenzziehung beim Behandlungsverzicht und schließlich die Frage der Übertragbarkeit und damit insgesamt einer Vergleichbarkeit zwischen Behandlungsverzicht bei den Neugeborenen und dem Abbruch aus eugenischer Indikation heraus beantwortet werden.

(1) Rechtliche Zulässigkeit der Früheuthanasie

Über diese bestand und besteht keine Einigkeit, obwohl die überwiegende Meinung in der juristischen wie medizinischen Literatur²⁸⁴, auch unter Berücksichtigung von immer wieder

²⁸² Andere Formulierungen für dieselbe Problematik sind: das „Weglegen“ des Kindes, so Schmitt, Klug-FS, S.330; Kaufmann, JZ 1982, S.484 spricht vom „Liegenlassen“; Gründel, MedR 1985, S.6 davon, daß Kind „einfach einschlafen“ zu lassen und Eser, Vorbem §§ 211 ff, Rz.32 a umschreibt es als „Sterbenlassen von missgebildeten Neugeborenen“

²⁸³ Eine derartige Gleichbehandlung beider Problemkreise würde zudem hinsichtlich des Schwangerschaftsabbruches die Abgrenzung der erfassten Krankheiten erleichtern, da auf die erarbeiteten Leitlinien (s. unten) bei der Früheuthanasie zurückgegriffen werden könnte. Auch die Interessen des werdenden Kindes – auf die beim Behandlungsverzicht verschiedentlich abgestellt wird - würden hinreichend berücksichtigt.

²⁸⁴ Hiersche/Jähnke, MedR 1986, S.1ff (2); Kaufmann, JZ 1982, S.481ff (485 f); Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218ff, Rz.32 a; Hanack, MedR 1985, S.33ff (36) u. Noll-GS, S. 197ff (206); Eberbach, JR 1989, S. 265 (268); Jähnke, H/H/Graf-Baumann, S.99; Isemer/Lilie, MedR 1988, S.66ff; Ewerbeck, H/H/Graf-Baumann, S17.; v. Loewenich, MedR 1985, S.31; Gründel, MedR 1985, S.6; dagegen: Schmitt, JZ 1979, S.464; Betke, MSchr.Kheilk.130 (1982), S.357; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S.114, 125. Gerade weil die heutige Intensivmedizin Möglichkeiten eröffnet, die über die natürliche Aufrechterhaltung hinausgehen, die einsetzbare Technik Organe über Jahre hinweg ersetzen kann, drängt sich die Frage nach dem „Wie lange so ...erhalten? auf.

aus der ärztlichen Praxis bekannt werdenden Fällen und Prozessen²⁸⁵, dahin tendiert, keine Behandlungspflicht „um jeden Preis“ zu statuieren, sondern eine Grenze unter bestimmten Bedingungen anzuerkennen. Das apodiktische Gebot: „Du sollst nicht töten“ und der Hippokratische Eid²⁸⁶ gelten damit nicht mehr in ihrer Absolutheit; die verantwortlichen Garanten, der Arzt und die Eltern, sind nicht mehr verpflichtet, alles „Mögliche“ zur Lebensverlängerung des geschädigten Kindes zu unternehmen.

Zu beachten ist in diesem Bereich jedoch, dass das Sterbenlassen der missgebildeten Neugeborenen schnell von der individuellen Sterbehilfe in eine gesellschaftsnützliche Eugenik – bei der es um eine personell qualitative Lebensbetrachtung geht – umschlagen kann. Die geschichtlich begründete Sorge um die „Freigabe lebensunwerten Lebens“ ist aufgrund der von mehreren Seiten mit der Früheuthanasie in Zusammenhang gebrachten Frage nach dem Wert eines Lebens²⁸⁷ und dem zunehmenden Erfolgsdenken in der Gesellschaft²⁸⁸ nicht von der Hand zu weisen. Trotzdem kann und muss mit Hinblick auf den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt in der Medizin – der Möglichkeit das „natürliche“ Ende menschlichen Lebens durch „künstliche“ Maßnahmen herauszuschieben – auch die Frage nach dem Umfang der Lebenserhaltungspflicht und eventuellen Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht in die Betrachtung mit einbezogen werden.

In der ärztlichen Praxis bereits praktiziert²⁸⁹ – wie aus den bekannt gewordenen Fällen²⁹⁰ ersichtlich – ist das Unterlassen ärztlicher Behandlung im juristischen und medizinischen Schrifttum prinzipiell als rechtlich zulässig anerkannt.²⁹¹ Zur Begründung dessen wird, unabhängig vom jeweiligen Ansatz zur Umschreibung der begrenzenden Kriterien, darauf hingewiesen, dass das Leben des geschädigten Neugeborenen nicht unter allen Umständen und mit

²⁸⁵ Aufsehen erregte der Lütticher Thalidomid – Prozeß von 1962, indem eine Mutter und ein Arzt freigesprochen wurden, die das ohne Arme geborene Kind getötet hatten. (Kaufmann, JZ 1982, 481; Seibert, DRiZ 1963, S.20f) Ebenso ist auch die Entscheidung der Freiburger Staatsanwaltschaft bekanntgeworden, die das Verfahren gegen die Operation verweigernden Eltern eines Neugeborenen mit schweren reversiblen und irreversiblen Schädigungen und gegen den Arzt einstellte. (Jähnke, H/H/Graf-Baumann, S.102; Hanack, MedR 1985, S.34) Wie aktuell die Problematik (wieder) ist, zeigt der Fall aus der Oldenburger Frauenklinik vom Sommer 1997. Dort war das nach einem späten Schwangerschaftsabbruch lebend zur Welt gekommene Kind mit einer Trisomie 21 (= Down-Syndrom) lediglich in eine Decke gewickelt und „beobachtet“ worden. Erst 10 Stunden nach der Geburt wurde es ärztlich und pflegerisch versorgt. (Hueppe, Pressemitteilung, Bonn, 06.01.1998; Klinkhammer, Dt.Ärztebl.1998, A-57 (S.1))

²⁸⁶ Hinsichtlich von Tötungen heißt es im Hippokratischen Eid: „Ich werde niemandem, auch nicht auf seine Bitte hin, ein tödliches Gift verabreichen oder auch nur dazu raten.“

²⁸⁷ Siehe Gründel, H/H/Graf-Baumann, S.73 f; Betke, Zitat in H/H/Graf-Baumann, S.4; EKD, Gott ist ein Freund des Lebens, S. 40 f, S.46f; auch Hoerster, Neugeborene, S.117

²⁸⁸ Dies spricht u.a. Hepp, Gynäkologe 1996, S.407 ff (408) an.

²⁸⁹ Auch seriöse Mediziner sind der Ansicht, daß es weithin üblich sei, jedenfalls bei hochgradig geschädigten Neugeborenen auf lebensrettende bzw. –fördernde Maßnahmen zu verzichten und das Kind sterben zu lassen. Vgl. Hanack, Gynäkologe 1982, S.100, FN 28, Hiersche, H/H/Graf-Baumann, S.1ff; Schmitt, Klug-FS, S.329; Zander, H/H/Graf-Baumann, S.25

²⁹⁰ Wie bspw. dem Fall des Babys in der Oldenburger Frauenklinik

allen Mitteln bewahrt werden müsste.²⁹² Es könne nicht verlangt werden, dass auch in dem extremsten Fall die äußersten Prozeduren angewendet werden müssen, um auch dieses Kind „durchzubringen“.²⁹³ Bei

- der Unmöglichkeit der Lebenserhaltung
- der Unmöglichkeit im Hinblick auf das Wesen des ärztlichen Handelns
- einer Unzumutbarkeit für den Arzt
- einer Unzumutbarkeit (des Lebens in diesem Zustand) für das Kind
- einer Unzumutbarkeit für die Eltern
- einer Unzumutbarkeit für das Kind und die Eltern
- einer Unzumutbarkeit für die Gesellschaft
- einer Unzumutbarkeit allgemein
- (dem Erreichen) des Schutzzwecks der Norm
- (dem Erreichen) der immanenten Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht
- einer möglichen Verletzungen der Menschenwürde
- einer Unzumutbarkeit hinsichtlich des ärztlichen Gewissens, des Gewissens allgemein,

wäre die Grenze erreicht. Die Garantenpflicht beim Unterlassungsdelikt (Behandlungsverzicht) könnte bei diesen Gegebenheiten eingeschränkt werden.²⁹⁴

Auch wenn die h.M. derjenigen, die sich mit dem Behandlungsverzicht, seinen Möglichkeiten und Einschränkungen befasst haben, die Notwendigkeit der Existenz erkannt und dessen grundsätzliche Berechtigung annehmen²⁹⁵, so ist die Frage nach der genauen Grenze der Pflicht des Arztes zur Lebenserhaltung und –verlängerung, den leitenden Beurteilungskriterien für die vorkommende Neugeborenenethanasie, umstritten.²⁹⁶

²⁹¹ Siehe Aufsätze in H/H/Graf-Baumann; Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.32 a; Hanack, MedR 1985, S.36 u.v.a.

²⁹² Hiersche/Jähnke, MDR 1986, S.1ff (1) sehen den Grund darin, daß es „ebensowenig wie am Lebensende ...am Lebensbeginn eine uferlose, allein die technischen Möglichkeiten in Betracht ziehende Behandlungspflicht des Arztes geben...kann“. In den Einbecker Empfehlungen, Revid. Fassung v. 1992 (MedR 1992, S.206 f) heißt es dazu: „IV. 2. Die ärztliche Behandlungspflicht wird jedoch nicht allein durch die Möglichkeiten der Medizin bestimmt. Sie ist ebenso an ethischen Kriterien, und am Heilauftrag des Arztes auszurichten. Das Prinzip der verantwortungsvollen Einzelfallentscheidung nach sorgfältiger Abwägung darf nicht aufgegeben werden.“

²⁹³ Pluisch, S.124

²⁹⁴ Pluisch, S.127

²⁹⁵ Hiersche/Jähnke, MedR 1986, S.1ff (2); Kaufmann, JZ 1982, S.481ff (485 f); Sch/Sch-Eser, Vorbem §§ 218ff, Rz.32 a; Hanack, MedR 1985, S.33ff (36) u. Noll-GS, S. 197ff (206); Eberbach, JR 1989, S. 265 (268); Jähnke, H/H/Graf-Baumann, S.99; Isemer/Lilie, MedR 1988, S.66ff; Ewerbeck, H/H/Graf-Baumann, S.17; v. Loewenich, MedR 1985, S.31; Gründel, MedR 1985, S.6; dagegen: Schmitt, JZ 1979, S.464; Betke, MSchr.Kheilk. 130 (1982), S.357; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S.114, 125

²⁹⁶ Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211 ff, Rz.32 a; Jähnke, H/H/Graf-Baumann, S. 105 u. S. 108 f; Den Versuch einer einheitlichen Antwort hat die DGMR mit ihrer „Einbecker Empfehlung“ gestartet.

(2) Kriterien der Grenzziehung beim Behandlungsverzicht

V.a. dadurch, dass der Gesetzgeber eine Regelung in diesem überaus problematischen Bereich schuldig geblieben ist²⁹⁷, sind verschiedene Leitlinien²⁹⁸ und Kriterien zur inhaltlichen Bestimmung des Behandlungsverzichts bei Neugeborenen entwickelt worden. Um den Lebensschutz als Regel und den Verzicht auf ihn als eng begrenzte und sorgfältig begründete Ausnahme beizubehalten, wurde versucht, Grenzziehungen beim Behandlungsverzicht von missgebildeten Neugeborenen vorzunehmen, welche nun folgend dargestellt werden sollen.

Von einem „erlaubten“ Behandlungsverzicht ausgenommen sind, da sie eindeutig strafrechtlich sanktioniert werden, die direkte Euthanasie i.S.e. gezielten Tötung mit Beschleunigung des Todeseintritts und das „schlichte Liegenlassen“ mit dem Unterlassen sämtlicher ärztlicher Maßnahmen, auch der Basisversorgung, wie im Oldenburger Fall.

Da als entscheidendes Beurteilungskriterium für die ärztliche Behandlungspflicht des Neugeborenen die, wenn auch nur kurze, Lebensfähigkeit²⁹⁹ des Kindes herangezogen wird, entfällt für das Nicht-Lebensfähige die Pflicht zum Ausschöpfen aller Behandlungsmethoden.³⁰⁰ Als nicht-lebensfähig wird einhellig nach medizinischer Indikation dasjenige Neugeborene eingeschätzt, „das infolge eines irreversiblen Verlaufs des Grundleidens mit infauster Prognose kein bewusstes und umweltbezogenes Leben mit eigener Persönlichkeitsentwicklung führen können wird“.³⁰¹

²⁹⁷ Hepp (MedR 1996, S.407ff (409f) erhofft sich durch die nunmehr „unbegrenzt“ mögliche eugenische Indikation, § 218 a II StGB n.F. daß das „ethische Problemfeld der Früheuthanasie endlich transparent“ wird und der Gesetzgeber „in logischer Konsequenz der Entwicklung...eines fernen (?) Tages die postpartale Tötung geschädigter Kinder erlauben wird“.

²⁹⁸ Zu nennen sind hier zum einen die von der BÄK 1979 verabschiedeten „Richtlinien für die Sterbehilfe“, die dem Arzt als Letztentscheidenden bei einem Sterbenden mit infauster Prognose und ohne Aussicht auf ein bewusstes und umweltbezogenes Leben die Möglichkeit der Nichtausschöpfung aller therapeutischen Maßnahmen einräumen. Weiterhin ist der „Alternativentwurf eines Gesetzes über die Sterbehilfe“ von 1986 zu erwähnen, der in § 214 Abs.1 BNr.2 u.4 den Abbruch oder das Unterlassen von lebenserhaltenden Maßnahmen als nicht rechtswidrig ansieht, wenn der schwerstgeschädigte Neugeborene das Bewusstsein niemals erlangen wird, oder die Aufnahme und Fortführung von lebenserhaltenden Maßnahmen nach ärztlicher Erkenntnis nicht angezeigt ist. Als weitere wichtige Entscheidungshilfe in diesem Bereich fungiert die Empfehlung der DGMR, die sog. „Einbecker Empfehlung“, in der unter Pkt. IV.3. dem Arzt die Möglichkeit zur Nichtausschöpfung aller Behandlungsmaßnahmen unter den in Pkt. V. genannten Voraussetzungen und einem Beurteilungsspielraum für auftretende Schädigungen (Pkt.VI.) zugestanden wird. (erneuerte Fassung dieser Empfehlung 1992, MedR 1992, S.206 f)

²⁹⁹ Die Lebensfähigkeit ist gegeben, wenn die Erwartung aufgestellt werden kann, dass das Neugeborene die Fähigkeit durch bestimmte Merkmale zum Leben hat. Sie ist deshalb zu unterscheiden von der Lebendgeburt.

³⁰⁰ Dazu zählt auch, daß dort, wo der Arzt mit seinem Handeln überhaupt erst die eigentlichen Voraussetzungen für die Existenz des schwer geschädigten Neugeborenen schafft, er ihn gleichsam „wider der Natur“ produziert, keine ärztliche Lebenserhaltungspflicht besteht.

³⁰¹ Einbecker Empfehlungen (alte Fassung), H/H/Graf-Baumann, S.184; Leonardy, DRiZ 1986, S.284 f; Kaufmann, JZ 1982, S.486; NJW 1986, 3073; Hanack, MedR 1985, S.36

Hierzu zählen behinderte Kleinstkinder, die irreversibel das Bewusstsein verloren haben oder deren Tod unmittelbar bevorsteht.³⁰² Hanack³⁰³ geht hier weiter und sieht eine Möglichkeit zum Behandlungsverzicht auch dann, wenn durch die ärztliche Behandlung ein mit Sicherheit dahinvegetierendes Wesen ohne höhere Gehirnfunktionen hinterlassen wird oder diese dem Kind schwere Qualen bereitet und der Sterbeprozess nur verzögert wird.

Zu den lebensfähigen und somit nicht einem Behandlungsverzicht unterliegenden gehören Neugeborene, die an geistigen Defekten leiden, organisch aber gesund und zu einem ihrer Entwicklung entsprechendem Leben imstande sind, z.B. die Gruppe der unheilbar Blödsinnigen. Ebenso sind die Kinder mit Behinderungen, die nicht den in der Einbecker Empfehlung unter Abs. V u. VI. aufgezählten entsprechen, medizinisch zu versorgen, wie Mongolismus und Glasknochenkrankheit. Zu den lebensfähigen Neugeborenen zählen auch solche, die nach der gewöhnlichen geburtshilflichen Versorgung für ein -selbst nur in der Dauer begrenztes - Leben ohne existentielle Abhängigkeit vom Arzt nach Hause entlassen werden können.³⁰⁴

Für die Einschränkung der ärztlichen Behandlungspflicht problematisch sind die Fälle Neugeborener, die mit schwersten multiplen und nicht behebbaren Schädigungen auf die Welt kommen, und denen nur fortwährende medizinische Eingriffe mit ungewissem Erfolgsausgang bevorstehen. Andererseits kann bei diesen Neugeborenen nicht von einer konkreten Todeserwartung ausgegangen werden – mit anderen Worten: die Lebensfähigkeit dieser Kinder hängt an den Möglichkeiten der Intensivmedizin.³⁰⁵

(3) Übertragbarkeit der Grundsätze des Behandlungsverzichts auf den Schwangerschaftsabbruch

Den eben geschilderten Bemühungen um eine Präzisierung des Inhalts des Behandlungsverzichts ist zu entnehmen, dass diesem nur schwer geschädigte Kinder unterliegen, deren partielle Lebensfähigkeit erst durch die technischen Möglichkeiten in der Medizin zur Diskussion gestellt worden ist.

³⁰² Jähneke, H/H/Graf-Baumann, S.101

³⁰³ Hanack, MedR 1985, S.36

³⁰⁴ Jähneke, H/H/Graf-Baumann, S.100

³⁰⁵ Insoweit bieten hier die oben schon vorgestellten Leitlinien eine Orientierungshilfe, bei der Einbecker Empfehlung Abs.VI. – Jähneke ebenda. S.108; BÄK-Richtlinien, Abs.II.d.; § 214 Nr.2 u.4 AE

Damit unterfallen der „Früheuthanasie“ lediglich gravierende Fälle.³⁰⁶ Nur diese Fälle würden für eine weiter bestehende eugenische Indikation zur Diskussion stehen. Allerdings kann man unschwer und unabhängig vom Wert eines behinderten Lebens in solchen Konstellationen aber auch feststellen, dass die Gewissheit um das Austragen und Gebären eines dementsprechend schwerstgeschädigten Kindes oder eines Kindes mit einer Lebenserwartung von nur wenigen Jahren zu einer Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren, unter Umständen auch einer Lebensgefahr (Suizid) führen kann und in der Regel auch wird.

Insoweit korrelieren die mit der Einordnung in § 218 a II für die medizinisch-soziale Indikation bedeutsame schwerwiegende Beeinträchtigung und die Schwere der Erkrankung für den nachgeburtlichen Behandlungsverzicht. Wie schon im alten Recht eine kindliche Indikation jedenfalls immer dann gegeben war, wenn dieser Schaden es dem Arzt nach der Geburt erlauben würde, von außergewöhnlichen lebensverlängernden Maßnahmen abzusehen, so könnte aus den gleichen Gründen auch jetzt ein Schwangerschaftsabbruch wegen eugenischer Indikation, u.U. aber auch medizinisch-sozialer Indikation zeitlich früher im Falle einer später zulässigen Früheuthanasie durchgeführt werden. Zu beachten ist jedoch, dass eine Vergleichbarkeit zwischen Schwangerschaftsabbruch und dem Behandlungsverzicht nach der Geburt und eine daraus geschlussfolgerte Möglichkeit des „Weiterbestehens“, statt eines Wegfalls der eugenisch motivierten Indikation nur im Hinblick auf bestimmte, gravierende Schädigungen angenommen werden kann.

Falls die Früheuthanasie auch weiterhin von rechtlicher Seite toleriert wird³⁰⁷, kann im Ergebnis festgehalten werden, dass auch nach dem geltenden Recht hinsichtlich bestimmter (gradueller) Schädigungen des ungeborenen Kindes die Berechtigung sowohl zum Schwangerschaftsabbruch wie späteren Behandlungsverzicht angenommen werden kann.³⁰⁸ Die Grenzen des Behandlungsverzichts sind hier übertragbar. Daraus lässt sich schließen, dass es einen Wertungswiderspruch darstellen würde, wenn die Möglichkeit der Früheuthanasie missgebildeter Kinder in den übertragbaren Fallkonstellationen weiterhin besteht, es aber zu

³⁰⁶ Pluisch, S.133

³⁰⁷ In Frage kann die rechtliche Zulässigkeit der Früheuthanasie durch die Schaffung des Art. 3 III S.2 GG gestellt werden. Soweit ersichtlich, ist diese Problematik bisher nicht weiter aufgegriffen und diskutiert worden. Hepp, Gynäkologe, S.409 f, der sich durch die nunmehrige Lage – unbegrenzt mögliche Abtreibung von eugenischen Fallkonstellationen i.R.d. § 218 a II StGB n.F. – eine verbesserte Transparenz der „Früheuthanasie“ verspricht, geht damit konkludent von deren weiterer Existenzberechtigung aus.

³⁰⁸ Inwieweit auch andere (leichtere) Schädigungen zur Bejahung der eugenisch motivierten in der medizinisch-sozialen Indikation des § 218 a II StGB n.F. ausreichen, wie z.B. der Mongolismus, ist an dieser Stelle nicht zu würdigen. Bei Einbeziehung auch solcher Mißbildungen wäre eine Wechselseitigkeit hinsichtlich der „Schwere“

einem ersatzlosen Wegfall der eugenisch motivierten Indikation – die die voraussichtliche Schädigung eines Ungeborenen berücksichtigt - gekommen ist. Denn zumindest bei den für den Behandlungsverzicht anerkannten Gruppen müsste die schwangere Frau bei einem kompletten Entfallen der Möglichkeit der Abtreibung aus eugenischer Motivation die „Tortur“ bis zur Geburt des Kindes überstehen, um es dann sterben zu sehen.³⁰⁹

Innerhalb dieser eindeutigen Fälle für einen Behandlungsverzicht könnte dann auch, aber nur für diese, das Weiterbestehen der eugenischen Indikation angenommen werden.

dd) Stellung der ehemaligen Einzelindikationen untereinander

Gegen den ersatzlosen Wegfall der eugenischen Indikation mittels der Neufassung der §§ 218 ff StGB könnte die umstrittene Konstruktion des § 218 a StGB a.F. sprechen, die damals in diesem Paragraphen aufgeführten Indikationen als Unterfälle einer medizinisch-sozialen Gesamtindikation aufzufassen.³¹⁰

Denn nach einem solchen Verständnis hätten die jeweiligen Unterindikationen – hier im besonderen die eugenische – nur bejaht werden können, wenn bei ihnen / ihr eine solche Gefährdung der Schwangeren erreicht worden wäre, die zumindest dem Schweregrad nach einer Gesundheitsbeeinträchtigung i.S.d. medizinischen Indikation vergleichbar war.³¹¹

Allerdings galten die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation dann wiederum gleichzeitig bei Vorliegen der Unterfälle als erfüllt.

Da also die Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes auch durch die voraussichtlich schwere Schädigung des Kindes verwirklicht sein konnte, war es möglich, dass eugenische Fallkonstellationen gegebenenfalls auch nach Ablauf der in § 218 a III 1. Alt. StGB i.d.F. des 15. StÄG festgelegten Frist ohne größere Schwierigkeiten zur Abtreibung führten. Die mit der im Gesetzestext vorliegenden unwiderleglichen Vermutung hergestellte volle Deckungsgleichheit zwischen der „Hauptindikation“ in § 218 a I Nr.2 und der „Unterindikation“ in § 218 a II Nr.1 StGB a.F. bewirkte also

nicht mehr gegeben. Da jedoch mit der weiteren Existenz der „Früheuthanasie“ ausreicht, daß deren Fallkonstellationen nach dem geltenden Recht auch die Möglichkeit zum Schwangerschaftsabbruch eröffnen,

³⁰⁹Eberbach, JR 1989, S.265 ff (268); Cramer, ZRP 1992, 136 ff(138)

³¹⁰ Bestätigt wird dies auch durch BGHSt 38, 144 (157)

³¹¹ Für ein solches Verhältnis der Indikationen untereinander auch nach dem geltenden Recht spricht die Tatsache, daß in § 218 a III StGB dieselbe Formulierung wie in § 218 a II StGB i.d.F. des 15. StÄG vom Gesetzgeber verwandt wurde. Das die eugenische „Indikation“ nunmehr als Unterfall der medizinischen Indikation anzusehen ist, stellt Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.43 ausdrücklich klar.

schon nach altem Recht, dass eugenische Fälle i.R.d. medizinischen Indikation unter gleichzeitiger Erfüllung von deren Voraussetzungen³¹² zur Geltung kommen konnten.³¹³

Die nunmehr geltende medizinisch-soziale Indikation entspricht sachlich der nach § 218 a I Nr.2 des 15. StÄG.

Folgt man also dieser eben genannten gesetzlichen Konstruktion³¹⁴ könnten auch nach geltendem Recht noch eugenische Fallkonstellationen ohne weitere Prüfungen die Voraussetzungen des § 218 a II StGB verwirklichen. Ein kompletter Wegfall der eugenischen Indikation wäre damit zu verneinen.

Für die einheitliche medizinische Indikation mit der Einordnungsmöglichkeit eugenischer Fälle spricht zudem, dass das Abheben auf die ärztliche Erkenntnis sowohl bei den medizinischen wie auch den eugenischen Konstellationen nicht verfehlt ist.

ee) Beurteilungsmaßstab hinsichtlich des Zumutbarkeitskriteriums

Gegen den ersatzlosen Wegfall der eugenischen Indikation könnte des Weiteren die Orientierung dieser Indikation an der für die Bejahung der Abtreibungsmöglichkeit tragenden (Un-)Zumutbarkeitserwägung für die Mutter sprechen.

Bei Einführung der eugenischen Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15. StÄG wurde durch den Gesetzgeber immer wieder betont, dass diese nur mit Blick auf die z.T. ausweglose Lage der Mutter eingeführt worden ist. Es ging gerade nicht um die Verhinderung (erb-)kranken Nachwuchses, nicht um einen mangelnden Lebenswert des geschädigten Ungeborenen und schon gar nicht um die Erwägung, dem Kind ein mit Behinderungen belastetes Leben zu ersparen.³¹⁵ Tragende (Un-)Zumutbarkeitserwägung und damit eigentlicher Eingriffsgrund war die mögliche psychische oder somatische Belastung der schwangeren Mutter, die dazu führte, dass die Fortsetzung der Schwangerschaft ihr nicht von der Rechtsordnung

³¹²Bei Erfüllung der medizinischen Voraussetzungen: so Sch/Sch-Eser, 24. Aufl., § 218 a, Rz. 30; D/T, 45. Aufl., § 218 a, Rz. 18; ohne zusätzliche Prüfung der Voraussetzungen des § 218 a I Nr.2 StGB a.F. ließ A/W, LH1, Rz.386 die Einordnung zu

³¹³Lt. A/W, LH1, Rz.386 waren die Voraussetzungen der medizinischen Indikation nach Feststellung der Kriterien des § 218 a II Nr.1 StGB a.F. nicht zusätzlich zu prüfen, meist zugleich waren mit Erfüllung der Bedingungen für die eugenische Indikation auch die der medizinischen gegeben.

³¹⁴Diese wird zudem durch das Abheben auf die „ärztliche Erkenntnis“ sowohl bei den medizinischen wie auch den eugenischen Konstellationen gestützt. Auch wenn bei letzteren beurteilender Arzt ein Genetiker ist, so können doch alle Voraussetzungen von einem Arzt festgestellt werden.

³¹⁵So z.B. Pluisch, S. 62 ff; Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.19, 25 ff; Jähne, LK, § 218 a, Rz.50; Hiersche, ZfG&N 1996, S.237; auch Hepp, Gynäkologe, S.407 f; Dagegen vertrat Fischer, NJW 1981, 1991, die Ansicht, daß Sinn der Verhinderung der Geburt eines missgebildeten Kindes ist, ihm ein qualvolles, z.T. kurzes Leben und den Eltern die seelischen und materiellen Belastungen der Sorge...zu ersparen.

abverlangt werden konnte³¹⁶; der kindliche Schaden wurde in Relation zu ihrer Opferbereitschaft, ja Opferpflicht unter Respektierung von Art.2 II S.1 GG gesetzt. Dieses Abstellen auf die Lebenssituation der Mutter und nicht auf den Lebenswert des behinderten Kindes wird zusätzlich noch durch die gesetzliche Konstruktion verdeutlicht, die Indikationen des Abs.2 als Unterfälle der medizinisch-sozialen Gesamtindikation anzusehen (s.o.). Denn auch so wird ausdrücklich das medizinisch diagnostizierbare Leiden der Schwangeren zum Anlass für den Abbruch genommen und nicht der angeblich geringere Wert des geschädigten Lebens.³¹⁷

Da die (Un-)Zumutbarkeit bei der ehemaligen eugenischen (§ 218 a II Nr.1) und bei der medizinisch-sozialen Indikation³¹⁸ sich jeweils an der schwangeren Mutter orientierte, deren Belastungen ausschlaggebend waren, kann unter Hinzuziehung des Verständnisses der beiden Indikationen als Ober- und Unterindikation davon ausgegangen werden, dass eugenische Fallkonstellationen in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. eingeordnet werden können.

Folglich brauchte es zu keinem ersatzlosen Wegfall kommen.

(d) Zusammenfassende Stellungnahme

Ob die ehemals eigenständig geregelte eugenische Indikation mit der Neuregelung des Rechts des Schwangerschaftsabbruches durch das SFHÄndG - wie es der Wortlaut des § 218 a StGB und die darüber hinaus häufigen Bekundungen des Gesetzgebers nahe legen - tatsächlich abgeschafft, oder aber ihr lediglich in der medizinisch-sozialen Indikation Unterschlupf gewährt worden ist, soll nachfolgend gewürdigt werden.

Für eine Abschaffung der Ausnahmelage ist zunächst³¹⁹ der Wortlaut des neu geregelten § 218 a StGB anzuführen. Aus diesem ist die ehemals in einem eigenen Absatz eigenständig aufgeführte Indikation völlig verschwunden. Warum sollte der Gesetzgeber eine vom höchsten deutschen Gericht für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärte Ausnahmelage³²⁰ vom ansonsten bestehenden Verbot des Schwangerschaftsabbruches nicht mit im Gesetzestext aufführen, wenn er nicht auf sie verzichten wollte? Wie oben schon ausgeführt, sprechen

³¹⁶ Hülsmann, NJW 1992, 2335; Hiersche, ZfG&N 1996, S.237; Pluisch, S.62 f

³¹⁷ Pluisch, S.63

³¹⁸ Sowohl in der Fassung des 15.StÄG als auch in der des SFHÄndG

³¹⁹ S.o. unter Pkt.Teil 2.B.III.1.b.aa)

³²⁰ BVerfG E 88, 257

auch die Gesetzgebungsgeschichte und die den Gesetzgeber in seinem Handeln beeinflussenden Wünsche anderer für ein ersatzloses Entfallen der ungeliebten Indikation. Wie also wären die während des Gesetzgebungsverfahrens von einzelnen Parteien und danach von verschiedenen Bundestagsabgeordneten gemachten Äußerungen, dass es künftig nur noch zwei Indikationen für einen möglichen gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch geben wird ³²¹ zu verstehen, wenn nicht als Wegfall der eugenischen Indikation selbst? Welchen Zweck sollten die Forderungen von Behindertenverbänden, Kirchen und anderen Gruppierungen verfolgen, als eine wirkliche Streichung der nach ihrer Auffassung die Behinderten diskriminierenden Indikation?

Zur Unterstützung letzterer wurde 1994 in Art.3 III S.2 GG das „Grundrecht der Behinderten“ eingeführt, das das Anknüpfen von nachteiligen Rechtsfolgen an das Bestehen einer Behinderung ausdrücklich verbietet. Verfolgen nicht das Diskriminierungsverbot und eine Ausnahmelage vom Verbot des Schwangerschaftsabbruches, die als Ausgangspunkt gerade die Behinderung des Ungeborenen aufgreift, völlig gegensätzliche Ziele? Einerseits den Schutz dieser „anderen“ Erscheinungsform des menschlichen Seins und andererseits die Freigabe gerade solcher (ungeborener) Menschen für eine Tötung; damit die Verhinderung weiterer „Andersartiger“? ³²² Sollte sich der ändernde Gesetzgeber mit einem neu geschaffenen Recht unter Beibehaltung der zuvor schon oft kritisierten eugenischen Indikation in den Randbereich der Verfassungswidrigkeit begeben?

Dass sich der Gesetzgeber der Erwartungen an ihn bewusst war und seinerseits nur den Weg des Wegfalls der eugenischen Indikation als solcher zur Erfüllung dieser sah, belegen seine Bekundungen, beispielsweise in der Gesetzesbegründung ³²³ selbst: „(...) Missverständnis, dass eine zu erwartende Behinderung des Kindes ein rechtfertigender Grund für einen Abbruch sei, solle vermieden werden. Man habe dem Wunsch der Kirchen und Behindertenverbände entsprochen (...)“. Gleiches kommt auch in einer Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage ³²⁴: „(...) dass der Wegfall der embryopathischen Indikation gerade der Klarstellung diene, dass das ungeborene behinderte Leben im Vergleich zum ungeborenen unbehinderten Leben in der Frage des Schwangerschaftsabbrüche keinem Sonderstatus unterfallen ist.“ zum Ausdruck.

Dem befürwortenden Argument für ein Entfallen der ehemaligen eugenischen Indikation, dem der Selbständigkeit der (früheren) Einzelindikationen untereinander, ist jedoch entgegenzuhalten, dass an der Fassung des § 218 a StGB gemäß dem 15.StÄG ein offensichtlich

³²¹ So z.B. der Abgeordnete Göhner in BT-Plenarprot. 13/47 S.3782; die Abgeordnete Eichhorn a.a.O., S.3756

³²² Siehe genauer dazu unter Pkt. Teil 2.B.III.1.b.dd)

³²³ BT-Drs.13/1850, S.26

anders lautender Wille des Gesetzgebers erkennbar wird. Dieser bezweckte mit seiner unwiderleglichen Vermutung nämlich, die medizinische Indikation zum alleinigen Rechtfertigungsgrund zu erheben.³²⁵ Die anderen Indikationen sollten gerade nicht mehr selbständig und von der medizinischen Oberindikation völlig unabhängig vorliegen können. Dies unterstützend wirft auch die amtliche Überschrift des § 218 a StGB i.d.F. des 15. StÄG, die in der Singularform „Indikation“ spricht, Zweifel an der Beibehaltung eigenständiger Indikationen im Verhältnis zur medizinisch-sozialen Indikation auf.³²⁶

Allerdings ist gleichfalls das Verständnis der Einzelindikationen des § 218 a II StGB i.d.F. des 15. StÄG als Unterindikationen einer medizinischen Indikation nicht ohne Bedenken übernehmbar; denn dass im Falle einer Unterindikation eine der medizinischen Indikation schweremäßig vergleichbare Belastung gegeben ist, kann sein, muss es aber nicht typischerweise. Somit verwirklichten die Fallkonstellationen der besonderen Indikationen zwar häufig, aber nicht notwendig immer zugleich § 218 a I Nr.2 StGB i.d.F. des 15. StÄG.³²⁷ Zudem kann die aufgestellte unwiderlegliche Vermutung als Beleg dafür angesehen werden, dass auf den Nachweis einer vergleichbaren Belastung gerade verzichtet wurde.³²⁸

Ebenso steht die Anerkennung der eugenischen Indikation durch das BVerfG in seinem 2. Fristenlösungsurteil einer möglichen tatsächlichen Abschaffung dieser Indikation beim Schwangerschaftsabbruch nicht wirklich entgegen. Denn was hindert den Gesetzgeber daran, nicht alle ihm gebotenen Möglichkeiten auszuschöpfen, davon keinen Gebrauch zu machen? Hinzu kommt, dass die Anerkennung dieses Ausnahmetatbestandes noch vor der 1994 erfolgten Aufnahme des speziellen Verbotes Behinderter in das Grundgesetz durch das BVerfG ausgesprochen wurde. Soweit ersichtlich haben sich die Gerichte danach mit der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchsrechts noch nicht beschäftigt.³²⁹

Wegen der Einführung des „Behindertengrundrechtes“ könnte auch das Argument der Vergleichbarkeit zur Existenzberechtigung der Früheuthanasie an Bedeutung verlieren, da der Behandlungsverzicht bei geschädigten Neugeborenen ebenso der Überprüfung anhand des Art. 3 III S.2 GG unterliegt. Unabhängig von dem Ausgang einer solchen Prüfung ist zudem zu beachten, dass die von der Früheuthanasie erfassten Fälle nur gravierende sind; also solche, die bei der Gewissheit der Mutter um die Pflicht des Austragens in diesem Rahmen gleicher-

³²⁴ BT-Drs.13/5364, S.8, 15

³²⁵ BT-Drs.7/4696, S.7; BT-Sonderausschußprot., 75.Sitzg., S.2393 f

³²⁶ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.2

³²⁷ Zu den anderweitigen Friktionen bei einem solchen Verständnis siehe unter Pkt.Teil 2.B.III.1.b.dd)

³²⁸ Sch/Sch-Eser, 24. Aufl., § 218 a, Rz.3

³²⁹ Ebenso Beckmann, MedR 1998, S.160, der in eine mögliche Überprüfung durch das BVerfG und den BGH auch die wegen der eingeordneten eugenischen Indikation „konturlose“ medizinische Indikation einbeziehen will.

maßen zu einer Gefahr des Lebens oder der Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes führen.³³⁰ Da im Zweifel also auch die Voraussetzungen der medizinischen Indikation erfüllt sind, ist die Existenzberechtigung des Behandlungsverzichts für das Weiterbestehen der eugenischen Indikation nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

Hingegen erscheint die Notwendigkeit des Wegfalls der eugenischen Indikation als solcher zweifelhaft, wenn man bedenkt, dass die eugenische Indikation stets allein im Interesse der schwangeren Mutter und der ihr zu ersparenden übermäßigen Belastungen geschaffen wurde; jegliche bevölkerungspolitische oder lebenswertabhängige Betrachtungen und Abwägungen waren für die Zulassung dieser Indikation als unbedeutend zurückzuweisen. Wie also sollte das Missverständnis, die Rechtfertigung ergebe sich aus einer geringeren Achtung des Lebensrechtes eines geschädigten Kindes mittels einer Herausnahme aus der gesetzlichen Regelung abgeschafft werden, wenn es von vornherein eigentlich zu einem solchen nicht kommen konnte? Die Orientierung der Zumutbarkeit an der Person der Schwangeren lässt damit den kompletten Entfall der „eugenischen“³³¹ Indikation als übertrieben erscheinen.

Ebenso stellt der vom Gesetzgeber geäußerte Wille³³² – die Fallkonstellationen der eugenischen Indikation durch die Formulierung der medizinischen Indikation auffangen zu wollen – ein gewichtiges Gegenargument zum Wegfall der eugenischen Indikation dar. Warum sollte im gleichen Atemzug mit der Nennung der Gründe für die Abschaffung des eugenisch motivierten Ausnahmetatbestandes die verbleibende Einordnungsmöglichkeit aufgezeigt werden, wenn der Gesetzgeber endgültig von diesem Tatbestand absehen wollte? Fraglich ist, inwieweit ein Widerspruch zwischen seinen Äußerungen – einerseits Absehen von einer Ausformulierung in einem eigenen Absatz des § 218 a StGB n.F. und das damit nahe gelegte ersatzlose Entfallen der eugenischen Indikation und andererseits der Möglichkeit des Abdeckens durch die medizinisch-soziale Indikation des neuen § 218 a StGB – besteht. Näherer Betrachtung soll dies an späterer Stelle³³³ unterzogen werden.

³³⁰ Medizinische Indikation gem. § 218 a II StGB n.F.

³³¹ Die Bezeichnung ist gerade wegen Ebengenanntem verfälscht.

³³² BT-Drs.13/1850, S.25 f; s.a. unter Pkt. Teil 2.B.III.1.c.aa)

³³³ Siehe unten

aa) Praktische Folgen eines Wegfalls

Bevor eine Entscheidung bezüglich der Problematik des Wegfalls der eugenischen Indikation getroffen werden soll, ist vorher zu fragen, welche, *v.a.* praktische Konsequenzen ein solcher „Wegfall“ nach sich ziehen würde.

Aus rechtlicher Sicht würde es sich zunächst einmal um eine nicht unerhebliche Änderung der Rechtslage handeln, die Tötung ungeborener Kinder unter den sachlichen Voraussetzungen der früheren eugenischen Indikation ist nicht mehr zulässig. Ob dieser Wegfall hingegen, wie von manchen Gegnern³³⁴ der eugenischen Indikation gefordert, überhaupt und damit insgesamt die Möglichkeit ausschließt, noch (schwerst)geschädigte Kinder gerechtfertigt abzutreiben, ist fraglich. Vielmehr könnte ebenso zwar die eugenische Indikation als solche entfallen sein. Wenn die Gewissheit von der Schädigung des Kindes jedoch zur Erfüllung des Tatbestandes des § 218 a II StGB n.F. führt, könnte möglicherweise auch weiterhin ein rechtmäßiger Schwangerschaftsabbruch durchgeführt werden.³³⁵

Praktisch gesehen, würde die 1. Alternative – Wegfall ohne jede Möglichkeit ein behindertes Ungeborenes abzutreiben – dazu führen, dass die durch einen Gendefekt oder schädliche Einflüsse vor der Geburt geschädigten Kinder einem besseren Lebensschutz unterliegen als gesunde. Denn letztere dürften bei einer entsprechenden Belastung der Mutter gem. § 218 a II StGB n.F. im Gegensatz zu ersteren „abgetötet“ werden. Ob dies mit dem Gleichheitssatz zu vereinbaren wäre, erscheint zweifelhaft. Zudem würde dieses Ergebnis bei der weiteren Zulässigkeit der Früheuthanasie zu merkwürdigen Friktionen führen. Warum müsste ein schwerstgeschädigtes, auf Dauer nicht lebensfähiges Kind unbedingt ausgetragen werden, wenn es nach seiner Geburt Opfer eines von der Rechtsordnung tolerierten und für die Beteiligten straflos ausgehenden Behandlungsverzichtes wird?

Um solche Unstimmigkeiten zu vermeiden, soll(te) die 2. Deutung des „Wegfalls“ vorgezogen werden, wonach nur die Indikation als solche weggefallen ist. In praktischer Hinsicht könnten so möglicherweise die Schwierigkeiten vermieden werden, welche sich nach dem alten Recht als Problem der Voraussetzungen auf Seiten des Kindes³³⁶ darstellten. Die Auseinandersetzungen um die Anforderungen der Nichtbehebbarkeit einer Schädigung (z.B. i.S.e. „Heilbarkeit“)³³⁷ und die verschiedenen Grade der Wahrscheinlichkeit einer solchen nicht-behebaren Schädigung könnten unerheblich sein, wenn es u.U. zu einer Abtreibung aus me-

³³⁴ Siehe nur Tröndle, § 218 a, Rz.9a f

³³⁵ S.u. dazu noch genauer

³³⁶ So Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a Rz.20 f; auch 25. Aufl., § 218 a, Rz.39; Tröndle, § 218 a, Rz.9b

³³⁷ Vgl. Pluisch, S.22 f

dizinischer Indikation käme.³³⁸ Die Ausnahmelage aufgrund medizinischer Gründe stellt an der schwangeren Mutter orientierte („mütterliche“) Bedingungen auf – eine Gefahr für das Leben oder Gefahr einer Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren, die nicht auf andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann. Dadurch, dass nicht mehr die Schädigung beim Ungeborenen über die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft entscheiden würde, sondern nunmehr zunächst noch eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Schwangeren herbeigeführt, und dann im Rahmen der Zumutbarkeitsabwägung berücksichtigt werden müsste, könnte eine bloß zeitliche, kräftemäßige oder finanzielle Überforderung bei Mitversorgung eines unheilbar geschädigten Kindes ohne gesundheitliche Auswirkungen bei der Mutter nicht mehr ausreichen.³³⁹ Damit wiederum könnte die kritisierte, in der früheren Praxis zu oft vorkommende Indikationsstellung auch bei geringeren Schädigungen (wie Lippen-Kiefer-Gaumen-Spalte; Klumpfuß; Schwachsinn; Taubstummheit) eingeschränkt, eventuell sogar vollständig zurückgedrängt werden.³⁴⁰

Andererseits dürfte aber gerade mit dem Wegfall der ehemaligen eugenischen Indikation und der Möglichkeit, dass eugenische Fallkonstellationen nunmehr der „mütterlichen Indikation“ unterfallen, die Gefahr bestehen, dass die Dominanz der mütterlichen Unzumutbarkeit in bedrohlichem Maße zunimmt. Die ebenfalls entfallenen Anforderungen an eine bestimmte Schwere der kindlichen Schädigung könnten den Nasciturus vor der anspruchsvollen Mutter schutzlos stellen. Die Gefahr, dass sich dann der betraute Arzt zunehmend – wie Hepp³⁴¹ schreibt – als Serviceleistender den Forderungen der Betroffenen unterwirft, ist nicht von der Hand zu weisen.

Die grundsätzlich ärztlicher wie gerichtlicher Erkenntnis zugängliche Gefährdung i.S.d. medizinisch-sozialen Indikation könnte dabei für eine allzu weite Abtreibungspraxis wegen einer Behinderung des ungeborenen Kindes einen Beschränkungseffekt haben.³⁴² Im Gegensatz zur

³³⁸ Siehe zu den konkreten Konsequenzen noch an späterer Stelle der Arbeit, Pkt. Teil 2.C.

³³⁹ Nach dem alten Recht wurde dies gerade aus der Trennung zwischen medizinisch-sozialer und eugenischer Indikation geschlossen, siehe Sch/Sch-Eser, 24.Auf., § 218 a, Rz.27; Ähnlich Lackner, 19.Aufl., § 218 a, Rz.14: Für die Frage, ob die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann,ist vielmehr (entscheidend), ob diese Schädigung nach Art und Schwere....so erheblich ist, daß die Pflege und Erziehung des kranken Kindes auch bei voller Anerkennung seines Lebensrechtes eine zeitlich, kräftemäßig oder wirtschaftlich unzumutbare Überforderung der Schwangerenbedeuten würde.“ Nach geltendem Recht siehe Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.39; etwas undeutlicher Lackner, § 218 a, Rz.14, der nicht noch einmal gesondert auf die nur kurz von ihm erwähnte „drohende Beeinträchtigung ... (des) seelischen Gesundheitszustandes ...“ hinweist.

³⁴⁰ Hingegen gehen die Abgeordneten der kleinen Anfrage an die Bundesregierung (deren Antwort in BT-Drs.13/5364) in Frage13 mit Bezug auf verschiedene Berichte wohl eher davon aus, daß mit Inkrafttreten des SFHÄndG zunehmend vergleichsweise leichte oder einfach behebbare Behinderungen Anlaß für Abtreibungen bildeten.

³⁴¹ Hepp, Gynäkologe 1996, S.408

³⁴² So Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.498 – Aufgrund der ärztlichen Dokumentationspflicht (vgl. § 11 Musterberufsordnung und bestätigende Verpflichtung durch das BVerfG E 88, S.291 kann die ärztliche Tätigkeit auch überprüft werden.

Regelung in der eugenischen Indikation, wo die voraussichtliche Schädigung des Kindes sofort in Bezug zur Zumutbarkeit für die Mutter gesetzt wurde, somit subjektive Gesichtspunkte beeinflussend mitwirkten, müsste nun nach deren Wegfall und geltendem Recht die weitere (objektive) Größe einer Gefahr für Gesundheit oder Leben zwischen die Schädigung und die letztentscheidende Zumutbarkeitsabwägung zwischen geschaltet werden.

Gesellschaftlichen Fehlentwicklungen, ein erhöhtes Anspruchsdenken der Eltern, die Furcht vor zu hohen Mehraufwendungen für geborene Behinderte³⁴³, könnte u.U. Einhalt geboten werden, indem subjektive Einstellungen nicht mehr ungehindert in die Abbruchvoraussetzung mit einfließen könnten. Ebenso ließe sich die Angst des Gesetzgebers, dass langfristig mit einer eigenständigen eugenischen Indikation trotz der gesetzlich festgelegten Orientierung an der Zumutbarkeit für die Mutter das Tor zur reinen Eugenik geöffnet werden könnte, mit der Abschaffung der Indikation als solchen unter Beibehaltung der Möglichkeit, dass im Einzelfall die Gewissheit um das Austragen eines behinderten Kindes zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes, u.U. auch einer Suizidgefahr, führen kann, vermindern. Denn bei einer Zulassung solch „eugenisch motivierter Abtreibungen“ wären eindeutig nur „mütterliche“ Voraussetzungen für einen letztlich anzunehmenden Abbruch ausschlaggebend. Die vollständige Orientierung an der Mutter lässt nach geltendem Recht in dieser Hinsicht keinerlei Freiräume.

Praktisch bedeutsam ist mit dem Wegfall der ehemaligen eugenischen Indikation auch der „Wegfall“ der 22-Wochen-Frist. Damit könnten zumindest einige problematische Fälle nach dem früheren Recht nunmehr gelöst werden. Darunter zählt die Fallgruppe der Föten mit der sicheren Diagnose perinataler Lebensunfähigkeit, die unmittelbar nach der Geburt einen Behandlungsverzicht rechtfertigen würde. Diese durften gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15. StÄG ohne Schwierigkeiten während der ersten 5 Monate abgetrieben, und wie schon ausgeführt, auch einem Behandlungsverzicht unterzogen werden. Nur die Zeitspanne dazwischen war der Abbruchmöglichkeit entzogen. Aus welchen Gründen auch immer diese starre Fristgrenze nicht eingehalten werden konnte - keine Feststellbarkeit der Schädigung, mangelnde technische Ausrüstung des Arztes, seine Unerfahrenheit, falsche Angaben der Schwangeren etc.³⁴⁴ –, nach der 22. Woche p.c. war eine Abtreibung vom Gesetz her nicht zugelassen.

Dass das Kind alsbald nach der Geburt versterben würde, das Rechtsgut „menschliches Le-

³⁴³ Ein erschreckendes Beispiel schildert Hiersche, ZfG&N 1996, S.237, wo die Krankenkasse AOK in Niedersachsen einen Arzt wegen angeblich zu später Feststellung der schweren Behinderung und dem damit verbundenen Versäumnis der Abtreibungsmöglichkeit auf Schadenersatz verklagte. Zurückgezogen wurde die Klage erst, nachdem ein vom Landgericht Göttingen in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten zu dem Schluß kam, daß im konkreten Fall kein ärztliches Fehlverhalten vorgelegen hatte.

³⁴⁴ Vgl. Pluisch, S.68 f

ben“ also in derartigen Lagen unter keinen Umständen erhalten werden konnte, war unerheblich und ließ die Frist als unsinnig erscheinen. Zudem stand eine solche Frist, wie kritisiert wurde, schon in innerem Widerspruch zum tragenden Gedanken der ehemaligen eugenischen Indikation, nämlich der Ausrichtung der Zumutbarkeit an der Mutter. Für die Frau blieb, unabhängig von irgendwelchen Fristen, das Leben mit dem behinderten Kind unerträglich. Mit der gleichzeitigen Abschaffung der Frist – lt. Eser handelt es sich um eine versteckte Fristverlängerung – könnte nunmehr eine sichere Diagnosestellung erfolgen. Dem befürchteten Abortautomatismus³⁴⁵, d.h., dass allein anhand der Diagnose eines wahrscheinlich behinderten Kindes sich vorsorglich schon für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden wird, ohne sich über das tatsächliche Vorhandensein des Defekts und dessen Ausprägung im klaren zu sein, kann nun entgegengewirkt werden.

Negativ würde sich der Fristfortfall jedoch insoweit auswirken, als nach dem Stand der Medizin nach der 22. Schwangerschaftswoche in den allermeisten Fällen schon eine Lebensfähigkeit des Nasciturus gegeben ist, beim Abbruch mittels der Auslösung von Wehen demzufolge ein lebensfähiges Kind zur Welt kommen kann.³⁴⁶ Neben der Problematik, welches ärztliche Verhalten – Fortfahren des zuvor juristisch erlaubten Verhaltens oder diametrale Umkehrung des in Gang gesetzten Prozesses – in solch einer Situation an den Tag zu legen ist, gerät der Arzt bei der Vermeidung dieser Konfliktlage mittels intrauterinem Fetozid in ein berufsrechtliches und berufsethisches³⁴⁷, sowie lt. Schumann / Schmidt-Recla³⁴⁸ auch in ein juristisches Dilemma.

Weiterhin zieht der Wegfall der gesetzlich anerkannten Ausnahmelage aus eugenischen Gründen auch das gleichzeitige Entfallen der nach „altem“ Recht vorgeschriebenen Beratungspflicht und demzufolge auch der zwischen Beratung und eigentlichem Abbruch gelegenen mehrtägigen Überlegensfrist nach sich. Im Vorgriff auf die eigenen Überlegungen soll hier nur festgehalten werden, dass die betroffene Schwangere für eine in verantwortungsvoller Weise getroffene Entscheidung hinsichtlich des möglichen Schwangerschaftsabbruchs - unter Berücksichtigung der durch das BVerfG in seiner Entscheidung aufgestellten Bedingungen, u.a. Respektierung des eigenen Lebensrechts des Nasciturus - einer umfassenden Beratung

³⁴⁵ Vereinfachend kann dieser auf die Formel: Schädigung = Schwangerschaftsabbruch reduziert werden.

³⁴⁶ Zur genauen Problematik eines solchen Falles siehe später in der Arbeit unter Pkt. Teil 2.C.I.2.

³⁴⁷ Hepp, Gynäkologie 1996, S.410 geht von einem „nicht zumutbar(en)“ Ansinnen bei der Durchführung eines intrauterinen Fetozids aus. Ebenso enthält der Diskussionsentwurf zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, Der Frauenarzt, 1998, S.324, die Verpflichtung der Ärzte, „...grundsätzlich keinen Fetozid extrauterin lebensfähiger Feten“ durchzuführen...

³⁴⁸ Schumann /Schmidt-Recla, MedR 1998, S.503, sehen den Fetozid nach Pränataldiagnostik bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Ungeborenen nicht als vom Rechtfertigungsgrund des § 218 a II StGB n.F. umfaßt an. Genauer dazu unten

bedarf.³⁴⁹ Wiederum stellt diese auch für den Arzt die Grundlage für die Indikationsfeststellung dar. Wie soll er die ihm vom Gesetzgeber zugetraute Kompetenz der Beurteilung über das Vorliegen einer entsprechenden Indikation³⁵⁰ wahrnehmen, wenn die Schwangere ihrerseits ohne genügendes Hintergrundwissen Forderungen an ihn stellt und der Arzt vorhandene „Lücken“ wegen fehlender Erkenntnisquellen nicht schließen kann? Dass die zwar regelmäßig wohl erfolgende ärztliche Beratung mit der Erläuterung des Befundes etc. ausreichend genug ist, um für beide Seiten – Betroffene und Beurteilenden – ein komplexes Bild zu schaffen, ist zweifelhaft. Daran ändert auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der nach §§ 2 ff Schwangerschaftskonfliktgesetz angebotenen Beratung nichts, da diese nicht zwingend vorgesehen ist. Dem eigentlich nicht gewollten Abstellen auf den bloßen Befund beim Kind könnte damit wiederum Vorschub geleistet werden.

Aber auch die Auffassung der Nicht-Abschaffung der eugenischen Indikation zieht nicht unerhebliche praktische Konsequenzen nach sich.

Dabei sieht die Beibehaltung dieser Ausnahmelage vom Schwangerschaftsabbruchsverbot nach Ansicht der Anhänger in der Literatur³⁵¹ so aus, dass die ehemalige eugenische Indikation lediglich auf die medizinisch-soziale Indikation verlagert worden ist, d.h. dass nur auf die Ausformulierung der eugenischen verzichtet wurde, nicht aber auf ihre Anerkennung als Rechtfertigungsgrund.

Eine solche Beibehaltung lässt vermuten, dass sich hinsichtlich der praktischen Anwendung im Vergleich zur „alten“ Regelung der eugenischen Indikation in § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG nichts verändert hat. Dieselben Probleme³⁵² hinsichtlich der Nicht-Behebbarkeit der Schädigung, der Schwere der Schädigung, des Wahrscheinlichkeitsgrades der Schädigung, der Zumutbarkeit etc. würden wieder zum Vorschein gelangen. Zusätzlich kämen auch solche durch das offensichtliche Entfallen der Fristbegrenzung hinzu.

Dieser Eindruck täuscht jedoch; auch wenn das Kriterium der Lebens- oder Gesundheitsgefahr, das Voraussetzung für die Annahme einer medizinisch-sozialen Indikation ist, offenbar unter den meisten Meinungsvertretern nicht für erforderlich gehalten wird, so würde die Subsumierung unter den § 218 a II StGB n.F. noch weitere Schwierigkeiten schaffen.

³⁴⁹ Siehe auch Interview mit BJM Däubler-Gmelin, Magazin Spiegel, Nr.27/1999, S.34 f

³⁵⁰ „...wennnach ärztlicher Erkenntnis....“

³⁵¹ S.o. unter Pkt. Teil 2.B.III.1.a.)

³⁵² Eine ausführliche Erörterung zu den einzelnen Problempunkten der ehemaligen eugenischen Indikation findet sich bei Pluisch, S.22 ff, 27 ff, 71 ff, 89 ff, 108 ff

Wie eben geschildert, wäre zunächst einmal auch bei der vorgeschlagenen Verlagerung ein Fortfall der einstigen Fristbegrenzung zu verzeichnen. Dieser Wegfall zieht die oben genannten Konsequenzen nach sich. Ebenso könnte es i.R. der medizinisch-sozialen Indikation auf die Nicht-Behebbarkeit der Schädigung³⁵³, die Schwere der Schädigung und den Grad des Schädigungseintrittes³⁵⁴ doch nicht ankommen, da diese ehemaligen kindlichen Voraussetzungen nicht im geltenden Tatbestand enthalten sind. Damit wären die schon geschilderten Folgen in der Praxis zu beobachten.

Indem jedoch die ehemalige eugenische Indikation ohne ihre kennzeichnenden Bedingungen verlagert wird, wird sie konturenlos und bringt die Möglichkeit einer allzu laschen Handhabung mit sich.

Auch dass die Gefahr für das Leben oder die der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes nicht für nötig erachtet wird, sondern lt. Tröndle³⁵⁵ das behinderte Kind allein wegen seiner Behinderung getötet werden kann, birgt die Gefahr in sich, dass in den Fällen, in denen sich die Voraussetzungen einer eugenischen Indikation erst nach Ablauf der ersten 12 Schwangerschaftswochen ergeben, eine medizinische Indikation aber an sich nicht feststellen lässt, trotzdem die Möglichkeit zu einem gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 a II eröffnet wird.

Selbst bei einer bloßen Verlagerung der eugenischen Indikation dürfte die Beratungspflicht und die damit verbundene Frist zwischen der Beratung und der Abtreibung entfallen sein.³⁵⁶ Praktisch wirkt sich das wie oben³⁵⁷ schon erläutert aus.

Insgesamt ist zur Variante des bloßen Verzichts auf die Ausformulierung der eugenischen Indikation – mit ihrem sonstigen Weiterbestehen in § 218 a II StGB n.F. – zu bemerken, dass diese, wie Lackner³⁵⁸ schreibt, die gebotene Klärung nicht bringt, ja, sogar als überflüssig einzustufen ist und im Vergleich mit der bisherigen klaren, wenn auch umstrittenen Lösung der bisherigen der Vorzug zu geben wäre.

³⁵³ So ausdrücklich Beckmann, MedR 1998, S.157, FN:34; auch Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.39; anders hingegen Lackner, § 218 a, Rz.14, der auf „...die zu erwartende, nicht behebbar Schädigung der Leibesfrucht...“ abhebt

³⁵⁴ =Voraussetzungen auf Seiten des Kindes

³⁵⁵ Tröndle, § 218 a, Rz.9a, stellvertretend für viele

³⁵⁶ Vgl. Beckmann, MedR 1998, S.159; Tröndle, § 218 a, Rz.9a

³⁵⁷ Siehe Pkt.Teil 2.B.III.1.b)

³⁵⁸ Lackner, §218 a, Rz.16

bb) Eigene Bewertung

Unter Bezug auf das i.R.d. Stellungnahme bisher Gesagte und insbesondere die praktischen Auswirkungen³⁵⁹ erscheint es angebracht, einerseits von dem Wegfall der eugenischen Indikation als ausformuliertem Ausnahmegrund auszugehen; andererseits aber die Möglichkeit für Abtreibungen offen zu lassen, wenn im Einzelfall die Gewissheit um das Austragen und die Geburt eines behinderten Kindes und diese Schädigung an sich zu einer nicht anders abwendbaren Lebensgefahr bzw. Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren führt.

Vorab kann festgehalten werden, dass im Einzelfall die Kenntnis der Schwangeren von einer schweren bis schwersten Schädigung des ungeborenen Kindes und die Gewissheit, ein solches Kind u.U. ohne oder nur mit geringer Lebenserwartung zu gebären, zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren, z.T. sogar zu einer Lebensgefahr in Form einer Suizidneigung, führen kann.³⁶⁰

Einerseits kann sich diese Aussage auf eine breite gesellschaftliche Anerkennung stützen, zum anderen wird diese u.a. auch aus der Tatsache geschlossen, dass schon nach der „alten“ Regelung anerkanntermaßen³⁶¹ nach Ablauf der für die ehemalige eugenische Indikation vorgeschriebenen 22-Wochen-Frist (p.c.) ein Schwangerschaftsabbruch im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation vorgenommen werden konnte, wenn die Schädigung des Kindes gleichzeitig eine tatsächliche Lebens- oder Gesundheitsgefahr i.S.v. § 218 I Nr.2 StGB hervorgerufen hatte. Da die geltende Fassung der medizinisch-sozialen Indikation in § 218 a II StGB sachlich mit dieser Indikation nach dem 15. StÄG übereinstimmt, weil – wie der Gesetzgeber nach der Schaffung der neuen §§ 218 ff StGB ausdrücklich betonte - eine Änderung der Voraussetzungen der medizinischen Indikation im Vergleich zu der vor dem Inkrafttreten des SFHÄndG geltenden Version nicht erfolgt³⁶² ist, eröffnet sich diese Abtreibungsmöglichkeit. Denn damit lagen und liegen letztlich allein die Bedingungen für die Anerkennung der

³⁵⁹ S.o.

³⁶⁰ Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, A-57; Helmke, ZRP 1995, 441; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.37 auch 24. Aufl., § 218 a, Rz.30; SK-Rudolphi, Vor § 218, Rz.47; auch § 218, Rz.8, 12; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, 498; Dieser Ansicht hält Tröndle, NJW 1995, 3015, entgegen, daß es sich dabei um eine „pauschale und letztlich unrichtige Behauptung“ handeln würde: „Eltern behinderter Kinder (würden dies) widerlegen und als diskriminierend (empfinden)....“

³⁶¹ Sch/Sch-Eser, 24. Aufl., § 218 a, Rz.30; ohne Erläuterungen auch D/T, 47. Aufl., § 218 a, Rz.23; Laufhütte/Wilkitzki, JZ 1976, S.331; Schreiber, FamRZ 1975, 671; Beulke, FamRZ 1976, 598; krit. Lackner, NJW 1976, S.1237

³⁶² BT-Drs.13/5364, S.15

Ausnahmelage hinsichtlich medizinischer Gründe vor, die es rechtfertigten, aus medizinischer Indikation heraus abzutreiben.³⁶³

Dem § 218 a II n.F. wird somit folgendes Verständnis zugrundegelegt:

die Feststellung der Schädigung oder Behinderung des noch ungeborenen Kindes nach der 12. Schwangerschaftswoche p.c. begründet dann und nur dann einen gerechtfertigten Abbruch, wenn diese unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis zu einer nicht anders abwendbaren Lebens- oder Gesundheitsgefahr für die Schwangere führt.

Bei allen anderen Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation, die somit nicht gleichzeitig die medizinisch-soziale Indikation erfüllen, ist hingegen nach der 12. Woche p.c. ein straffreier Abbruch nicht mehr möglich.³⁶⁴

Mit dieser Interpretation des § 218 a II StGB n.F. kann man wirklich von dem Wegfall der eugenischen Indikation mit der Einführung des SFHÄndG sprechen.

Diese Einsicht setzt sich zunehmend durch; v.a. in den Reihen der Frauenärzte wurde das i.R.d. § 218 a II für die eugenischen Fallgestaltungen größtenteils noch bestehende Missverständnis³⁶⁵ erkannt und darauf hingewiesen: „Die medizinische Indikation ohne Fristbindung gem. § 218 a II StGB in der geltenden Fassung wird vielfach unzutreffend so verstanden, als wäre die bloße Tatsache einer festgestellten Erkrankung oder Behinderung bereits eine Rechtfertigung für einen Schwangerschaftsabbruch....Nachdem die embryopathische Indikation weggefallen ist, wird heute....verbreitet davon ausgegangen, dass auch nach einer Pränataldiagnostik zu einem späteren Zeitpunkt der Schwangerschaft allein wegen eines auffälligen Befundes beim Kind eine Beendigung der Schwangerschaft medizinisch indiziert sein kann. Dabei wird verkannt, dass die medizinische Indikationdie Feststellung voraussetzt, dass die Fortsetzung der Schwangerschaft die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren bedeuten würde....Eine solche Gefahr kann sich auf den auffälligen Befund gründen (...).“³⁶⁶

Die überwiegende strafrechtliche Literatur hingegen ist einer solchen Erkenntnis, wie oben schon dargestellt³⁶⁷, noch fern; wengleich sich auch dort vereinzelt o.g. Verständnis durch-

³⁶³ Hinzukommt, daß beide frühere Rechtfertigungslagen auf die Zumutbarkeit für die Schwangere bzw. die betroffenen Eltern abhoben; nicht die Schädigung des Kindes als solche bildete bei der eugenischen Indikation den eigentlichen Eingriffgrund. Vgl. Sch/Sch-Eser, 24. Aufl., § 218 a, Rz.25 f

³⁶⁴ Schumann / Schmidt-Recla, MedR 1998, S.500

³⁶⁵ Dem Mißverständnis erkennbar erlegen ist auch der Verfasser eines Artikels im Magazin Focus, Heft 9/1998, in dem von einem Schwangerschaftsabbruch im 5.Monat berichtet wurde, bei dem die Schwangere kein behindertes Kind wollte und dies mit den Worten : „Frauen dürfen in Deutschland bis zum Tag der Geburt abtreiben, wenn ihnen das Austragen eines kranken oder behinderten Kindes unzumutbar erscheint.“ kommentiert wurde.

³⁶⁶ Vgl. Der Frauenarzt, 1998, S.322

³⁶⁷ S.u. Pkt.Teil 2.B.III.1.a.

setzt, wie z.B. bei Rudolphi.³⁶⁸ Lt. ihm ist (es) keineswegs sicher, dass in allen Fällen einer eugenischen Indikation immer zugleich die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation nach § 218 a Abs.2 gegeben sind.

Das Ergebnis, dass es zu einem tatsächlichen Wegfall der eugenischen Indikation gekommen ist, erscheint sachgerecht³⁶⁹ und lässt sich zudem v.a. aus der Formulierung des Gesetzes und der dazu führenden Gesetzesgeschichte herleiten.

Allerdings ist fraglich, ob damit ein offensichtlicher Widerspruch zu der schon zitierten amtlichen Begründung³⁷⁰ besteht. Dass dieser jedoch nur ein scheinbarer ist, lässt sich anhand folgendem belegen:

Abgeschafft wurde durch den Gesetzgeber die in einem eigenen Absatz geregelte und insoweit (gegenüber der medizinisch-sozialen Indikation) eigenständig ausformulierte eugenische Indikation, die der Schwangeren einen Abbruch ihrer Schwangerschaft erlaubte, wenn aufgrund der Schädigung des Kindes die Fortsetzung nicht zugemutet werden konnte, ohne das hierfür eine Gefahr für das Leben oder die einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren erforderlich war. Zusätzlich konnte nach „altem“ Recht zwar auch die medizinisch-soziale Indikation erfüllt sein, von Bedeutung war dieser Weg jedoch erst, wenn die 22-Wochen-Frist abgelaufen war.

Aufgefangen worden sind die eugenischen Fallkonstellationen nun in dem Sinne, dass die Feststellung der Schädigung des Nasciturus zu der in § 218 a Abs.2 aktuelle Fassung umschriebenen Gefahr für die Schwangere führen kann, für einen weiterhin gerechtfertigten Abbruch sogar muss, und sämtliche andere „eugenisch motivierten Fälle“ entfallen bzw. abgeschafft sind. Ein Widerspruch zwischen den Äußerungen des ändernden Gesetzgebers ist damit nicht zu verzeichnen, denn von einer im Gesetz formulierten eugenischen Indikation ist

³⁶⁸ SK-Rudolphi, Vor § 218, Rz.47

³⁶⁹ Die dies noch verstärkende Ansicht (-mit dem Wegfall der Indikation ist jegliche Möglichkeit der Abtreibung behinderter Kinder nach der 12. SSW p.c. verbunden-) vermag nicht zu überzeugen, da – ohne in eine Diskussion über den Wert behinderten Lebens verfallen zu müssen – es gesellschaftlich akzeptiert ist, daß eine pränataldiagnostisch festgestellte kindliche Erkrankung/Behinderung eine Gefahr wie von § 218 a II StGB vorausgesetzt darstellen kann. Schon nach der bis zum Inkrafttreten des SFHÄndG geltende Regelung konnte nach Ablauf der 22-Wochen-Frist ein Schwangerschaftsabbruch i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation vorgenommen werden, wenn „...gleichzeitig auch die Voraussetzungen einer medizinischen Indikation erfüllt waren (wozu jedoch nicht schon die gesetzliche Vermutung genügt(e))“. Vgl. Sch/Sch-Eser, 24. Aufl., § 218 a, Rz.30; D/T, 47. Aufl., § 218a, Rz.18; Schumann/ Schmidt-Recla, MedR 1998, S.499; Der Frauenarzt, 1998, 322; --- Auch die gegenteilige Meinung (Es wurde lediglich auf die Ausformulierung der eugenischen Indikation verzichtet, diese ist nunmehr in die medizinisch-soziale Indikation verlagert, vgl. statt vieler Otto, JURA 1996, 141 f) dürfte nicht den vom BVerfG in seiner 2. Fristenentscheidung (E 88, S.203 ff) gestellten Anforderungen an die Zulässigkeit eugenisch motivierter Abtreibungen (s. Pkt. B.II.1.) genügen. Wie von den Vertretern dieser Ansicht zum Teil selbst vorgebracht (Beckmann, MedR 1998, S.160), ist „...nach der Verlagerung ... keinerlei klare Grenze erkennbar.“ Wesentliche Bestimmungen, die objektiv feststellbar bzw. objektivierbar und damit nachprüfbar waren – wie die Nichtbehebbarkeit, die Schwere und der Grad der Wahrscheinlichkeit der Behinderung des Ungeborenen – sind mit dieser „Verlagerung“ entfallen. Damit hat sich der Lebensschutz zugunsten des ungeborenen, geschädigten Kindes statt verbessert sogar noch verschlechtert, so auch Beckmann, MedR 1998, S.161.

abgesehen worden. Durch die Formulierung der medizinischen Indikation in § 218 a Abs.2 StGB können (jedoch) diese Fallkonstellationen im Sinne einer Rechtsgrundverweisung aufgefangen werden.

Gerade die Forderung des BVerfG³⁷¹ nach einer schwerpunktmäßigen Anbindung zugelassener Indikationen an die medizinisch-soziale Indikation ist mit dem vorliegenden Verständnis des § 218 a II StGB, und der Möglichkeit für eugenische Fallkonstellationen bei Erfüllung der medizinisch-sozialen Voraussetzungen zur Abtreibung zu führen, gewahrt.

Der tatsächliche Wegfall der eugenischen Indikation im eben beschriebenen Sinne kann sich der Kritik ausgesetzt sehen, dass der Wegfall gar nicht ein solcher sei. V.a. den Forderungen von Behindertenverbänden und mehr oder weniger ausdrücklich auch von den beiden großen Kirchen³⁷² in Deutschland könnte mit diesem Ergebnis nicht genügend nachgekommen sein. Mit Verweis auf die praktischen Konsequenzen einer dementsprechenden Deutung und oben Gesagtem ist ein Wegfall der eugenischen Indikation trotzdem anzunehmen. Warum sollte angenommen werden, dass die „alte“ medizinische Indikation (von 1976), die wieder wörtlich übernommen wurde, es erlaube und rechtfertige, ein Kind, nur weil es behindert ist, zu töten? Wahr ist, dass Missstände in der Gesetzespraxis auftreten (können). Diese können aber nicht durch Änderungen des Gesetzestextes behoben werden.

Eugenische Fallkonstellationen können also über das Auslösen der medizinisch-sozialen Indikation, § 218 a II StGB n.F., weiterhin zu Abbrüchen, über die 12.SSW p.c. hinaus, führen. Dies ist sowohl gesellschaftlich anerkannt, wie es sich auch auf eine gewohnte Handhabung und den gesetzgeberischen Willen stützen kann.

³⁷⁰ BT-Drs.13/1850, S.26

³⁷¹ BVerfG E 88, S.272 ff, BVerfG E 39, 1 ff (49): „Darüber hinaus steht es dem Gesetzgeber frei, auch bei anderen außergewöhnlichen Belastungen für die Schwangere, die unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit ähnlich schwer wie die in § 218 b Nr.1 StGB (Gefahr für ihr Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes) angeführten wiegen, den Schwangerschaftsabbruch straffrei zu lassen.“

³⁷² Geäußert hat sich vor der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchsrechts die katholische Kirche. In einer Presseerklärung ließ sie verlautbaren, daß „...ein Gesetz , das die Tötung behinderter Kinder in einer eigenen Indikation oder gar im Rahmen einer erweiterten medizinischen Indikation bis zur Geburt ermöglicht und darüber hinaus noch als gerechtfertigt anerkennt, ...untragbar (sei).“, Erzbischof Kardinal Meisner, Presseerklärung vom 22.06.1995 (Nr.1517)

(e) Fazit

In Anbetracht der Tatsache, dass jede Indikation missbraucht werden kann, ist dem Verständnis des § 218 a II StGB der Vorzug zu geben, dass mit dem tatsächlichen Wegfall der eugenischen Indikation die Möglichkeit beibehalten wird, eugenische Fallkonstellationen der medizinisch-sozialen Indikation zuzuordnen. Dies wird v.a. durch den geltenden Gesetzeswortlaut und die Gesetzgebungsgeschichte getragen.

2. Bedenken gegen diese mögliche Einordnung in die medizinisch-soziale Indikation, § 218 a II StGB n.F.

(a) Verfassungsrechtliche Bedenken

Wie ausgeführt³⁷³, ist es zu einem wirklichen Wegfall der eugenischen Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB a.F. gekommen. Diese Ausnahmelage wurde mit der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruches durch das SFHÄndG vom 21.08.1995 nicht wieder ins Gesetz übernommen.

Die Streichung hat(te) jedoch nicht zur Folge, dass ehemals der eugenischen Indikation zugeordnete Konstellationen ebenfalls in ihrer Berücksichtigung weggefallen sind. Vielmehr können diese, entgegen verschiedentlich erhobenen Behauptungen³⁷⁴ und vorherigen Erwartungen³⁷⁵, wenn sie die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB erfüllen, weiterhin einen gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch auslösen.

Damit ist eine „Einordnung“ der Fälle in den Wort- und Sinngehalt von § 218 a II StGB n.F. erfolgt. Ob diese als ein politischer Trick³⁷⁶, eine vom Gesetzgeber raffiniert konstruierte Regelung³⁷⁷, und als Akt gesetzgeberischer Verhüllungskunst³⁷⁸ gegen Verfassungsnormen verstößt, soll nun überprüft werden.

³⁷³ Unter Pkt.B.III.1.

³⁷⁴ Z.B. Tröndle, § 218 a, Rz.9 b; Beckmann, MedR 1998, S.156

³⁷⁵ Z.B. durch die katholische Kirche; die Behindertenverbände (siehe Beckmann, MedR 1998, S. 156 f)

³⁷⁶ Hepp, Gynäkologe 1996, S.408

³⁷⁷ Beckmann, MedR 1998, S.161

³⁷⁸ So Tröndle, NJW 1995, S.3015

Die Stellung unserer Verfassung, die man auch als Nachrang des Gesetzgebers und Nachrang des ‚einfachen‘ Gesetzes bezeichnen kann, hat zur Folge, dass keine im Rang unter dem Grundgesetz stehende Rechtsnorm diesem widersprechen darf. Sollte sie es dennoch, so ist sie nichtig, was verbindlich festzustellen ausschließlich dem BVerfG obliegt. Das eben Gesagte führt nicht dazu, dass die Verfassung dem (einfachen) Gesetzgeber keinen Handlungsspielraum mehr lässt, dass also die Gesetzgebung „nur“ noch als bloßer Verfassungsvollzug anzusehen ist.³⁷⁹ Richtigerweise ist das Grundgesetz als Rahmenordnung für den (einfachen) Gesetzgeber anzusehen, innerhalb dessen er einen Gestaltungsraum besitzt. Entscheidend für die Prüfung eines (einfachen) Gesetzes an der Verfassung ist die Frage, ob sich dieses Gesetz noch innerhalb des gesetzten Rahmens hält oder bereits außerhalb anzusiedeln ist.

Unerheblich ist es dagegen, ob etwaige Intentionen des Grundgesetzes vom Gesetzgeber besonders oder weniger gut getroffen werden.

Bezogen auf die Problematik der Abtreibung kann mit Hinblick auf die vom BVerfG gefällten Fristenlösungsurteile der Verfassungsrahmen folgendermaßen bestimmt werden:

Dem ungeborenen Leben - auch dem behinderten, da es keine Unterschiede in der Gleichwertigkeit dieses Rechtsgutes gibt - kommt mit Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutter als sich entwickelnde, aber schon festgelegte individuelle Lebensprogramm-einheit Menschenwürde zu. Diese Würde des Menschseins liegt auch für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen, also einem eigenen, aufgrund bloßer Existenz zustehenden, Lebensrecht, Art.1 I; 2 II S.1 GG.³⁸⁰ Wegen des weiten Grundrechtsverständnisses - Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte - kann aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt des Lebensrechtes des Ungeborenen auch der Anspruch des Ungeborenen auf Schutz dieses Lebensrechtes durch den Staat abgeleitet werden.³⁸¹ Demgemäß wurde dem Staat der Schutz jedes einzelnen ungeborenen Lebens auferlegt. Wie er dieser Verpflichtung hingegen im Einzelnen nachkommt, die Ausgestaltung des Schutzes, unterliegt dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.

Aus dem Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in § 218 StGB kann entnommen werden, dass der Gesetzgeber dem dort geschützten Gut, dem ungeborenen Leben, in Verwirklichung des in der Verfassung verbürgten Rechts grundsätzlich Vorrang vor den Rechten anderer Beteiligter / Betroffener einräumen wollte und eingeräumt hat.

Allerdings hat das BVerfG erkannt, dass die (Grund)-Rechte anderer hinter dem Lebensrecht des Ungeborenen aus Art.2 II GG nicht vollkommen zurücktreten; Art.2 II nicht schrankenlos

³⁷⁹ Siehe Belling, Rechtfertigungsthese, S.48; Stern, Staatsrecht I, S.84 f / Rz.788

³⁸⁰ BVerfG E 88, S.251 f

³⁸¹ Siehe dazu Belling, MedR 1995, S.184 ff

gilt, wie schon der Vorbehalt in Art.2 II S.3GG verdeutlicht. Diese vom BVerfG aufgezeigte Möglichkeit von Ausnahmelagen hat der Gesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit aufgegriffen. An diese Ausnahmelagen sind jedoch wegen des einmal anerkannten Lebensrechts des Ungeborenen und der daraus folgenden Schutzpflicht des Staates Bedingungen geknüpft. Vom BVerfG wurde dem Strafgesetzgeber in dieser Hinsicht die Ausformulierung von Ausnahmetatbeständen aufgegeben, bei denen die Belastungen der schwangeren Frau ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte (ab)verlangen, dass dies von der Schwangeren nicht erwartet werden kann.³⁸² Ob der Gesetzgeber sich mit den nach dem SFHÄndG geschaffenen Ausnahmelagen, konkret der „gewollten Einordnung“ der eugenisch motivierten Fallkonstellationen in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F., innerhalb des vom Grundgesetz als „Rahmenordnung“ vorgegebenen Rahmen hält, also die vom Verbot des Schwangerschaftsabbruches ausgenommenen Lagen bei einer erb- oder krankheitsbedingten Schädigung des noch ungeborenen Kindes der Verfassungsprüfung standhalten, nicht gegen deren Normen verstoßen, soll nun anhand verschiedener Grundgesetzvorschriften überprüft werden. Neben der bei einer solchen verfassungsrechtlichen Problematik vorrangigen Prüfung an den Grundrechten, wird auch die Überprüfung anhand anderer Verfassungsnormen, wie dem Bestimmtheitsgebot aus Art.103 II GG, vorgenommen.

aa) Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot, Art.103 Abs.2 GG

Die mögliche Verlagerung von ehemals der eugenischen Indikation zugeordneten Fallkonstellationen in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB (nach oben vorgestelltem Verständnis) könnte zur Folge haben, dass der/die einzelne nicht mehr von vornherein³⁸³ wissen könnte, was strafrechtlich verboten ist bzw. wann der Strafbefreiungsgrund (§ 218 a II StGB) zu seinen/ihren Gunsten eingreift.

Mit der Einordnung könnte nämlich eine Erweiterung der medizinisch-sozialen Indikation vorgenommen worden sein, so dass diese den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes gem. Art.103 Abs.2 GG nicht mehr genügt. Wie sollte der/die einzelne in der Lage sein, bei der Vielzahl der Anwendungsfälle des § 218 a II StGB n.F. sicher zu bestimmen, ob der Rechtfertigungsgrund nun eingreift oder nicht und sein/ihr Verhalten darauf ausrichten?

³⁸² BVerfG E 88, 203 ff (Entscheidungsgründe)

³⁸³ Beim Lesen des Gesetzestextes

Ob mit dem „neuen“ § 218 a II StGB und dessen Erfassung von „eugenischen“ Fallkonstellationen gegen Art.103 Abs.2 GG verstoßen wird, soll nun geklärt werden.

Die in § 1 StGB wortwörtlich übernommene Vorschrift des Art.103 II GG enthält neben den weiteren rechtsstaatlichen Garantien wie dem Analogieverbot, dem Verbot von (strafbegründendem) Gewohnheitsrecht und dem Rückwirkungsverbot, das Gebot der Gesetzesbestimmtheit der Strafbarkeit.³⁸⁴

Letzteres Gebot, das sich in die Tatbestandsbestimmtheit (*nullum crimen sine lege*) und die Strafandrohungsbestimmtheit (*nulla poena sine lege*) gliedert, ist sowohl als Handlungsanweisung an den Gesetzgeber, als auch Handlungsbeschränkung für die anderen Gewalten – insbesondere die Rechtsprechende Gewalt mit der Aufforderung, nicht selbst Straftatbestände zu entwickeln, sondern das Gesetz als bestimmtes beim Wort zu nehmen - zu verstehen.³⁸⁵

Mit der Ausrichtung der Strafgewalt an der Gesetzesbestimmtheit wird ein doppelter Zweck³⁸⁶ verfolgt:

Einerseits soll jeder vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe belegt ist. Insoweit nimmt Art.103 Abs.2 GG eine freiheitsgewährleistende Funktion ein; der Vertrauensschutz des Normadressaten steht im Vordergrund, auf seine Bedürfnisse muss alles zugeschnitten sein.

Andererseits soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Dass ihm nach dem grundgesetzlichen Verteilungsprinzip die Entscheidung über die Beschränkung von Grundrechten obliegt, soll mit dem in Art.103 Abs.2 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt verdeutlicht werden. Dieser spricht nicht nur von Bestimmtheit, sondern von Gesetzesbestimmtheit. Die weiteren genannten Zwecke des Artikels 103 Abs.2 GG – v.a. Rechtssicherheit³⁸⁷, Willkürschutz³⁸⁸ und Gewaltenteilung³⁸⁹ - finden auch in der „Doppelfunktion“³⁹⁰ ihre systematische Zuordnung zum Rechtsstaats- und Demokratieprinzip als den beiden Strukturentscheidungen des Art.20 Abs.3 GG.³⁹¹

³⁸⁴ M/D, Art.103 Abs.II, Rz.178; D/T, 46.Aufl., § 1, Rz.1; v.Münch-Kunig, Art.103, Rz.21 ff

³⁸⁵ M/D, Art.103 Abs.II, Rz.178; BVerfG E 75, 329 ff(340 f); BVerfG E 45, 363 ff (371)

³⁸⁶ Erb, ZStW 108, 274 ff; D/T, 46.Aufl., § 1, Rz.1; BVerfG E 75, 329 ff (341); M/D, Art.103 Abs.II, Rz.179 ff; BVerfG E 78, 374 ff (382); Sch/Sch-Eser, § 1, Rz.17

³⁸⁷ Stern, Staatsrecht I, S.829; Degenhart, Staatsrecht I, Rz.300ff; auch v.Münch-Kunig, Art.103, Rz.28

³⁸⁸ BVerfG E 64, 389 (394); Isensee/Kirchhof-Hill, § 156, Rz.61

³⁸⁹ Nachweise bei SK-Rudolphi, § 1, Rz.2

³⁹⁰ Da die freiheitsgewährleistende wie auch die kompetenzwahrende Funktion gleiche Geltung beanspruchen und in der Regel auch gleichermaßen durch die einzelnen Gebote des Art.103 II GG erfüllt werden, geht M/D,

Die Frage, ob die fragliche Gesetzesvorschrift, hier § 218 a Abs.2 StGB n.F., die erforderliche Bestimmtheit i.S.v. Art.103 Abs.2 GG i.V.m. § 1 StGB durch Erfüllung „bestimmter“ Kriterien aufweist (2), stellt sich erst dann, wenn (1) das Bestimmtheitsgebot auch bei Rechtfertigungsgründen anwendbar ist.

(1) Anwendbarkeit auf Rechtfertigungsgründe

Allgemein anerkannt³⁹² ist, dass das aus Art.103 Abs.2 GG folgende Bestimmtheitsgebot für den gesetzlichen Tatbestand i.S.d. Beschreibungen des verbotenen Verhaltens im Besonderen Teil, wie auch die Strafdrohung selbst gilt. Dagegen ist die Erstreckung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes³⁹³ auf Rechtfertigungsgründe in der Literatur umstritten.

(1.1.) Meinungen in der Literatur

Gegen die Anwendung von Art.103 Abs.2 GG wird beispielsweise eingewandt, dass angesichts der Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Erlaubnissätze³⁹⁴ auch unbestimmt formulierte gesetzliche Rechtfertigungsgründe zulässig sein müssten. „Ist nicht eine vage gesetzliche Regelung besser als gar keine, und geht es nicht in beiden Fällen um strafbarkeitsbeschränkende und infolgedessen den Täter begünstigende Normen, so dass ein Schutz durch Art.103 Abs.2 GG ohnehin nicht erforderlich ist“?³⁹⁵

Art.103 Abs.II, Rz.181 und mit ihm die Verfasserin davon aus, daß von einer Doppelfunktion gesprochen werden kann.

³⁹¹ M/D a.a.O.

³⁹² Vgl. nur Sch/Sch-Eser, § 1, Rz.18; Isensee/Kirchhof-Hill, § 156, Rz.62; v.Münch-Kunig, Art.103, Rz.27; D/T, § 1, Rz.3 ff

³⁹³ Dieser ist vom allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot wegen des im Strafrecht ungleich stärkeren Eingriffs in Rechte des Einzelnen hinsichtlich seiner strengeren Anforderungen zu unterscheiden.

³⁹⁴ Da der Ausschluß von Gewohnheitsrecht (d.h. Recht, daß aufgrund dauernder, gleichmäßiger, allgemeiner und den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannter Übung entsteht) nur gilt, soweit dieses zu Lasten des Täters geht, Erlaubnisnormen (deren sachliches Substrat die Rechtfertigungsgründe sind) aber gerade Normen darstellen, die den Tatbestand zugrundeliegenden generellen Verboten gegenüberreten und das rechtsgutverletzende Verhalten ausnahmsweise gestatten bzw. u.U. gebieten, also zu Gunsten des Täters wirken, besteht die Möglichkeit, gewohnheitsrechtliche oder durch Richterrecht übergesetzliche Rechtfertigungsgründe zu entwickeln, vgl. nur D/T, 46.Aufl., § 1, Rz.9; Sch/Sch-Eser, § 1, Rz.14 . Wohl bekanntester Fall eines gewohnheitsrechtlich gebildeten Straffreistellungsgrundes ist der „übergesetzliche Notstand“ (RGSt 61, 242 ff)

³⁹⁵ D/T, 47. Aufl. § 226, Rz.1 schließt die Anwendbarkeit des Bestimmtheitsgebotes auch auf Rechtfertigungsgründe mit dem Argument aus, daß dann „...alle gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgründe grundgesetzwidrig“ wären. Ebenso gegen die Erstreckung von Art.103 II GG auf Rechtfertigungsgründe: D/T, 46.Aufl., § 1, Rz.11 a; Hirsch, LK, § 226 a, Rz.2; Lenckner, JUS 1968, 249 (256 f); a.M.: R. Schmitt, Jescheck-FS 1985, S.223

Indessen wird mit solchen Überlegungen vernachlässigt, dass dem Täter bei einer bestimmten Fassung des Erlaubnissatzes die Straffreiheit in eindeutiger(er) Weise angedeihen kann. Denn auch wenn die Gerichte den Angeklagten infolge der Annahme eines nicht gesetzlich fixierten Rechtfertigungsgrundes freisprechen können, so basiert dies doch nur auf „unsicherer“ Grundlage.

Zudem würde nach Erb³⁹⁶ die Betrachtung der strafbarkeitsbeschränkenden Vorschriften als ausschließliche, die Anwendbarkeit des Bestimmtheitsgebotes entbehrlich machende, Begünstigungen dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnen, Art.103 Abs.2 GG beliebig zu umgehen. Indem er zum einen die Strafbarkeit mittels bestimmter, aber sehr weitgehender Tatbestände ausdehnen und die dann erforderlichen Korrekturen durch unbestimmte Rechtfertigungsgründe vornehmen würde, könnte er die „Nichtausdehnung“ von Strafdrohungen ins Uferlose als „gesetzgeberische Wohltat“ hinstellen. Wenn also eine Einschränkung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes für Rechtfertigungsgründe wie eben gezeigt nicht auf deren Ausgestaltung als täterbegünstigende Normen gestützt werden kann, so dürfte sich doch die Zulässigkeit einer vergleichsweise unbestimmten Fassung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen aus den bei Erlaubnisnormen auftretenden materiellen Besonderheiten ergeben.³⁹⁷

(1.2.) Die Interessenabwägung als Kriterium für eine „unbestimmtere“ Fassung bei Rechtfertigungsgründen

Als solche Besonderheit könnte die sich bei Rechtfertigungsgründen häufig stellende, umfassende Interessenabwägung anzusehen sein, wo dem Rechtsanwender „naturgemäß“ ein Spielraum für einzelfallbezogene Wertungen überlassen werden muss. Dort entziehen sich die Voraussetzungen der Erlaubnisnormen im Gegensatz zu denen der Straftatbestände, die bestimmte Handlungstypen umschreiben, einer eindeutigen gesetzlichen Ausformulierung.³⁹⁸ Evident tritt dieser Gesichtspunkt bei § 34 StGB zu Tage, der das äußerst vage formulierte Kriterium der Interessenabwägung - unter Einschluss des Angemessenheitskriteriums, § 34 S.2 StGB - aufstellt. Auch der hier interessierende § 218 a II StGB n.F., dem die ihm zukommende Rechtfertigungswirkung aufgrund einer durchzuführenden gesetzlichen Vorwegabwä-

(227 f); Reinhard, JR 1964, 368 (373 f); Roxin, JUS 1964, 373 (376 f); Schroeder, ZRP 1972, 105; Erb, ZStW 108, 284

³⁹⁶ Erb, ZStW 108, 285

³⁹⁷ Erb, ZStW 108, 285 f

³⁹⁸ S.a. Sch/Sch-Eser, § 1, Rz.14 f; Roxin, ZStW 93, 68 (79f); Gribbohm, LK, 11.Aufl., 1992, § 1, Rz.58

gung i.S.v. § 34 StGB zugebilligt wird³⁹⁹, weist mit den Kriterien „unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse um die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung abzuwenden, die nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann“ unbestimmte Begriffe auf, die angesichts der Vielgestaltigkeit denkbarer, erfasster Konstellationen und der im einzelnen berührten Wertvorstellungen gewählt wurden. Bestätigt wird die These, dass jede Rechtfertigung eine Aussage über die einzelne, situationsbedingte Angemessenheit des entsprechenden Verhaltens impliziert auch dadurch, dass ansonsten die Grundfunktion der Rechtfertigungsebene im Deliktsaufbau untergraben würde; nämlich eine sachgerechte Auflösung jener Interessenkollisionen herbeizuführen, die infolge ihrer Atypizität beim Erlass der Tatbestände keine Berücksichtigung finden konnten. Denn schon die Straftatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches und des Nebenstrafrechts stellen typisierende Beschreibungen von spezifischen Rechtsgutverletzungen dar, denen die Rechtsordnung gegensteuern will. Ein „gerechter“ Ausgleich wäre ohne eine mittels der Angemessenheitsklausel aufgelockerte Typisierung nicht möglich.⁴⁰⁰

(1.3.) Zwischenergebnis

Aus dem eben Gesagten ist mit Erb⁴⁰¹ zu schlussfolgern, dass das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot auf der Rechtfertigungsebene zumindest keine unbeschränkte Geltung⁴⁰² beanspruchen kann, will man vom Gesetzgeber nichts Unmögliches verlangen. Ebenso ist aber zu beachten, dass eine auf die Unmöglichkeit einer bestimmter gefassten Vorschrift gestützte Lockerung der entsprechenden verfassungsrechtlichen Anforderungen naturgemäß nur soweit gehen kann, wie jene Unmöglichkeit reicht.⁴⁰³ Mit anderen Worten: Soweit Wertungen einer

³⁹⁹ Zum Streit um die Rechtfertigungswirkung der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch siehe oben unter Pkt. Teil 2.B.II.2., wobei die Meinung zu bevorzugen ist, die eine Rechtfertigung nach Abwägung der widerstrebenden Interessen i.S.v. § 34 unter Beachtung des Bruchs mit der Unantastbarkeit unschuldigen Lebens zulässt

⁴⁰⁰ Beachtet werden muss aber, dass die Annahme eines strukturell erforderlichen Angemessenheitsvorbehalts der Rechtfertigungsgründe nicht dazu führen darf, jenen Vorbehalt eigenmächtig in eine Erlaubnisnorm herein zu lesen, wo dieser im Gesetzeswortlaut nicht vorhanden ist. Ebenso kann damit nicht die Behauptung verbunden werden, daß alle Rechtfertigungsgründe, auch § 32, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im eigentlichen Sinn unterworfen werden sollten. Beides würden Verstöße gegen das Gesetzlichkeitsprinzip mittels Korrektur zum Nachteil des Täters bedeuten.

⁴⁰¹ ZStW 108 (1996), S.290

⁴⁰² Auch der BGH scheint einer Anwendung des Bestimmtheitsgrundsatzes auf Rechtfertigungsgründe zuzustimmen. Denn in seiner Entscheidung (St 38, 144 ff(157)) wurde die medizinische Indikation – die soweit ersichtlich auch von Gegnern der „Rechtfertigungsthese“ als rechtfertigende Ausnahme eines Schwangerschaftsabbruches anerkannt wurde – einer Prüfung anhand Art.103 Abs.2 S.1 GG unterzogen.

⁴⁰³ Ähnlich auch Sch/Sch-Eser, § 1, Rz.14, der den Gesetzgeber trotz der Tatsache, daß es beim nullum-crimen-Prinzip aufgrund des historischen Hintergrundes wie auch seiner unrechtskonstitutiven Funktion weniger um ein Gesetzlichkeitserfordernis für Erlaubnisnormen, sondern vielmehr um den Schutz vor nichtgesetzlicher Bildung

abstrakt-generellen Betrachtung zugänglich sind, muss der Gesetzgeber auch auf der Rechtfertigungsebene selbst Stellung nehmen und dies im Wortlaut dieser Vorschriften zum Ausdruck bringen.⁴⁰⁴ Das in Art.103 II GG, § 1 StGB verbürgte Bestimmtheitsgebot gilt damit auch i.R.d. Rechtfertigungsgründe, allerdings erfährt es wegen deren formaler und materieller Besonderheiten (s.o.) gewisse Auflockerungen in dem Sinne, dass sie (die Rechtfertigungsgründe) von der Gesetzlichkeitsgarantie nicht voll erfasst sind, gerade um sie der Rechtsprechung und Lehre zur weiteren Entwicklung zu überlassen.⁴⁰⁵

(2) Bestimmtheit des Rechtfertigungstatbestandes, § 218 a II StGB

Zu überprüfen ist nun, ob § 218 a Abs. II StGB n.F., der Rechtfertigungsgrund der medizinisch-sozialen Indikation⁴⁰⁶, den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots des Artikels 103 Abs.2 GG gerecht wird.

Um die oben erwähnten Funktionen des Bestimmtheitsgebotes (Doppelfunktion) erfüllen zu können, müsste § 218 a II StGB n.F. die Qualitätsmerkmale der Vorhersehbarkeit und Steuerungsfähigkeit aufweisen. Diese Vorhersehbarkeit versteht sich dabei nicht als individualpsychologischer Befund, sondern als generalisierte Erkenntnismöglichkeit, die durch die Objektivierung nicht frei von normativen Elementen sein kann.⁴⁰⁷ Art.103 II GG legt, um dies verwirklichen zu können, einen strengen Gesetzesvorbehalt fest. Dieser verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit – im Falle des § 218 a II StGB n.F. die der Straffreiheit- so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der (Straf-)Tatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen.⁴⁰⁸

Nach Bestimmung anhand dieser Direktive für die Handhabung des Bestimmtheitsgebotes könnte es sich beim neuen § 218 a II StGB um eine „unbestimmte“ Vorschrift handeln.

Denn zum einen könnte die mit dem Wegfall der ehemals eigenständig in einem Absatz geregelten eugenischen Indikation mögliche Verlagerung von bestimmten Fallkonstellationen

oder Verschärfung bestimmter Deliktstypen ging, auch bei der Schaffung oder Modifizierung von Rechtfertigungsgründen die größtmögliche Präzision und eine Rücksichtnahme hinsichtlich etwaiger Rückwirkungen auf andere Strafrechtsnormen abverlangen will.

⁴⁰⁴ Vgl. Erb, ZStW 108, S.290

⁴⁰⁵ Sch/Sch-Eser, § 1 Rz.14; Roxin, Kriminalpolitik, S.31 f; Sch/Sch-Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff, Rz.25; Hirsch, LK, Vor § 32, Rz.35 f; a.A.: Amelung, JZ 1982, 617 ff (620)

⁴⁰⁶ Wie schon erwähnt wurde diese Indikation auch vom überwiegenden Teil der Gegner der sog. „Rechtfertigungsthese“ als Rechtfertigungsgrund anerkannt.

⁴⁰⁷ BK-Rüping, Art.103 Abs.2, Rz.24

⁴⁰⁸ BVerfG E 92, 1 ff (12); BVerfG E 55, 144 ff (152); BVerfG E 75, 329 ff (341)

dieser Indiktion in § 218 a II StGB zu einer Ausweitung der medizinisch-sozialen Ausnahme-
lage geführt und somit deren Unbestimmtheit hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale und ihrer
Erfüllung bewirkt haben. Des Weiteren handelt es sich sowohl bei der „nach ärztlicher Er-
kenntnis“ festgestellten „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung des „Gesundheitszustandes“,
wie auch bei der „Un-/Zumutbarkeit“ um normative (wertausfüllungsbedürftige) Begriffe,
deren Bedeutung für den Rechtfertigungsgrund am konkreten Einzelfall und nicht typisierend
bestimmt werden kann. Gerade wegen dieses normativen Charakters der ausschlaggebenden
Kriterien kann die Tragweite des Erlaubnissatzes nicht ohne Auslegung ermittelt werden.⁴⁰⁹
Wie schon durch die Rspr. des BVerfG bestätigt wurde, kann auch das Strafrecht nicht darauf
verzichten, allgemeine und auslegungsfähige Begriffe zu verwenden, die formal nicht allge-
mein gültig umschrieben werden können und mithin in besonderem Maße einer Deutung
durch den Richter bedürfen.⁴¹⁰ Zwar liegt der „Grad der gebotenen Bestimmtheit“ bei Straf-
tatbeständen wegen der möglichen Eingriffsintensität höher als etwa bei Verwaltungsgeset-
zen; andererseits soll dieser anerkanntermaßen auch in diesem Bereich nicht übersteigert wer-
den.⁴¹¹ Der Grund dafür ist in der begrenzten sprachlichen und regelungstechnischen Lei-
stungsfähigkeit abstrakt-genereller Sätze und der Weite des Sprachverstehens zu finden und
wurde so auch vom BVerfG akzeptiert. Demnach bedeutet das Gebot der Gesetzesbestimmt-
heit auch im Strafrecht nicht, dass der Gesetzgeber gezwungen ist, sämtliche Tatbestände aus-
schließlich mit deskriptiven, exakt erfassbaren Merkmalen zu umschreiben; Generalklauseln
und unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe sind deshalb nicht von vornherein ver-
fassungsrechtlich zu beanstanden.

Um der Vielgestaltigkeit des Lebens, dem Wandel der Verhältnisse oder den Besonderheiten
des Einzelfalles gerecht zu werden, können derartige Klauseln oder Rechtsbegriffe jedenfalls
dann verwandt werden, wenn mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere
durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des
Normzusammenhanges oder aufgrund einer gefestigten Rspr. sich eine zuverlässige Grundla-
ge für die Anwendung der Norm finden lässt.⁴¹² Für den Rechtfertigungsgrund der medizi-

⁴⁰⁹ Erb, ZStW 108, S.292, hingegen geht davon aus, daß der Weg der Vermeidung eines Verfassungsverstoßes
gegen Art.103 II GG mittels verfassungskonformer Auslegung im Regelfall versperrt sei. Denn da die Verlet-
zung des nullum-crimen-Satzes einfach darin bestehe, daß aus dem Wortlaut der Erlaubnisnorm nicht mit hinrei-
chender Bestimmtheit auf ihren Anwendungsbereich geschlossen werden kann, würde die Festschreibung keiner
der in Betracht kommenden Auslegungen dazu führen, daß die entsprechende Handhabung der Vorschrift mit
der erforderlichen Eindeutigkeit aus dem Gesetzeswortlaut abgeleitet werden kann, wie es Art.103 II GG ver-
langt.

⁴¹⁰ Isensee/Kirchhof-Hill, § 156, Rz.64; BK-Rüping, Art.103 Abs.2, Rz.21; BVerfG E 92, 1 ff (12); BVerfG E
45, 363 ff (371); BVerfG E 55, 144 ff (152); BVerfG E 75, 329 ff (341); v.Münch-Kunig, Art.103, Rz.29;
Bleckmann, § 10; Rz.493

⁴¹¹ M/D, Art.103 Abs.2, Rz.186; JZ 1982, S.214; Isensee/Kirchhof-Hill, § 156, Rz.63

⁴¹² BVerfG E 45, 363 ff (371 f); BVerfG E 75, 329 ff (341 ff); Isensee/Kirchhof-Hill, § 156, Rz.64

nisch-sozialen Indikation, § 218 a II StGB n.F., bedeutet das, dass dieser trotz der normativen Begriffe einer „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung des „Gesundheitszustandes“ der „zumutbaren Weise“, sowie dem Merkmal der „ärztlichen Erkenntnis“ noch hinreichend bestimmt ist, soweit mittels der anerkannten Auslegungsmethoden eine am Wortsinn orientierte Deutung⁴¹³ vorgenommen werden kann.

(2.1.) Bestimmtheit des Kriteriums „schwerwiegend(e)“ Beeinträchtigung

Der sachliche Gehalt der in § 218 a II StGB verlangten „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung müsste demnach durch die vier traditionellen Auslegungsmethoden:

- (1.1.) grammatische,
- (1.2.) systematische,
- (1.3.) historische und
- (1.4.) teleologische Auslegung

erkennbar herausgearbeitet werden können.⁴¹⁴ Eine solche Vorgehensweise stellt die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit und demgemäß in allen gleichgelagerten Fällen eine in gleicher Weise erfolgte Anwendung sicher.⁴¹⁵

(2.1.1.) Grammatische Auslegung

Durch diese Methode wird versucht, den Sinn des Gesetzes aus dem Sprachsinne zu erschließen. Zu beachten ist dabei, dass in erster Linie die juristische Wortbedeutung – sofern es eine solche gibt – und weiter auch der allgemeine Sprachgebrauch maßgebend sein sollen.⁴¹⁶

Hinsichtlich ersterem ist fraglich, ob es sich bei dem Wort „schwerwiegend“ um einen juristischen Fachausdruck handelt. Dies ist wohl, mit Blick auf einen Vergleich zu anderen Termini, bspw. „öffentlich“, „Tatzeit“, eher zu verneinen; obschon die Wortbedeutung des Teilbegriffes „schwer“ z.B. i.R.d. § 226 StGB (Schwere Körperverletzung) durch Beispielfälle näher umschrieben wird. „Schwer“ ist die Körperverletzung dort namentlich dann, wenn die verletz-

⁴¹³ Wie Seebode, JZ 1998, S.781 ff klarstellte, begrenzt der Wortsinn die Strafbarkeit; damit kann die Auslegung einer Strafvorschrift nur an ihrem Wortlaut beginnen, aber auch nur enden.

⁴¹⁴ Jescheck/Weigend, AT, § 17, S.154 f; Gropp, AT, S.49 ff

⁴¹⁵ Jescheck/Weigend, AT, § 17, S.151

⁴¹⁶ Gropp, AT, S.49 f; Jescheck/Weigend, AT, § 17 IV 1.a., S.155

te Person in erheblicher Weise dauernd entstellt wird oder in geistige Krankheit oder Behinderung verfällt. Als „schwer“ eingestuft wird demnach eine Folge, die den Verletzten in seiner Lebensqualität dauernd empfindlich beeinträchtigt. Diese Wortbedeutung könnte zumindest teilweise auch für „schwerwiegend“ herangezogen werden.

Demgegenüber kann § 219 StGB n.F., der ebenfalls von einer „schweren“ und „außergewöhnlichen“ Belastung spricht, für die Auslegung kaum fruchtbar gemacht werden. Denn dort handelt es sich wiederum um normative Merkmale. Jedoch ist dem Kontext des § 219 entnehmbar, dass dem Begriff „schwer(wiegend)“ eine Abwägungssituation zwischen Rechten zugrunde liegt und zum zweiten eine Verbindung zur „Zumutbarkeit“⁴¹⁷ besteht.

Da die Wortbedeutung aber ebenso durch eine Definition festgelegt werden kann, und schon i.R.d. „alten“ medizinisch-sozialen Indikation i.d.F. des 15.StÄG eine „schwerwiegende“ Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes vorausgesetzt wurde, kann an die bisher benutzte und durch die Rechtsprechung⁴¹⁸ präzierte Begriffsbeschreibung angeknüpft werden.⁴¹⁹

Nach Ansicht des BVerfG in seinem 2.Fristenlösungsurteil⁴²⁰ sind zwar Belastungen ausgeschlossen, die im Rahmen der Normalsituation einer Schwangerschaft verbleiben, andererseits müssen die Belastungen nicht einer Lebensgefahr gleichkommen.

Dieselbe Deutung erfährt dieser Begriff in der juristischen Literatur.⁴²¹ Tröndle⁴²² dagegen verlangt zusätzlich, dass der Arzt zu seiner Orientierung, ob die Beeinträchtigung eine „schwerwiegende“ ist, die Richtlinien des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer heranziehen soll. Zu beachten i.R.d. Beurteilung wären seines Erachtens auch Kontraindikationen, das Stadium der Schwangerschaft und eventuelle Spätfolgen der Abtreibung. Übereinstimmend soll das Merkmal der „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung an dem der Schwangeren Zumutbaren gemessen werden⁴²³, dementsprechend muss eine Verbindung zwischen beiden Begriffen hergestellt werden, die den Ausgleich durch In-Bezugnahme beider herbeiführen soll.

Ein von juristischer Seite erfolgter Versuch der Klärung der Wortbedeutung liegt damit vor.

⁴¹⁷ Durch die Schwere der der Schwangeren erwachsenden Belastung wird die zumutbare Opfergrenze überschritten.

⁴¹⁸ Dagegen hält Kunig in v.Münch, Art.103, Rz.29; das Abstellen auf vorhandene Judikatur zur Konkretisierung einer unbestimmten Strafnorm für bedenklich. Denn das Anliegen des Art.103 II GG, größtmögliche Erkennbarkeit...bereits von der Strafnorm selbst zu erlangen, ist seiner Auffassung nach nur unvollkommen erreicht, wenn die Norm nur im Zusammenhang mit zu ihrer Auslegung ergangener, oft widersprüchlicher, jedenfalls nicht selten im Fluss befindlicher Rechtsprechung verstanden werden kann.

⁴¹⁹ JZ 1982, S.214; BGH St 38, 144 ff (157)

⁴²⁰ BVerfG E 88, 203 (257)

⁴²¹ Vgl. Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.30; Lackner, § 218 a, Rz.12

⁴²² D/T, 47.Aufl., § 218 a, Rz.11

⁴²³ D/T, 47.Aufl., § 218 a, Rz.11; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.30; Lackner, § 218 a, Rz.12, der in Konsequenz dessen annimmt, daß eine „schwerwiegende“ Beeinträchtigung auch ausgeschlossen ist, wenn die Gesamtabwägung mit dem Lebensinteresse des Nasciturus keine Überforderung der Schwangeren bedeutet.

Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist unter einer „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung eine solche zu verstehen, die einen bestimmten Grad des Ertragens überschreitet. Die durch das Wort „schwerwiegend“ versinnbildlichte Waage schlägt zuungunsten des Gesundheitszustandes aus.

Was schwer wiegt, bestimmt sich neben der objektiven Größe des tatsächlichen Gewichts auch anhand der subjektiven Einschätzung durch den Wägenden. Konsequenz dessen ist, dass die Einschätzung, ob eine „schwerwiegende“ Beeinträchtigung angenommen werden kann, nicht allein von der Frau abhängt und damit von Schwangerer zu Schwangerer variieren kann. Auch eine objektiv messbare Größe ist mit entscheidend.

Aufgrund der gefundenen Begriffsbeschreibung im juristischen Bereich und der ähnlichen Deutung im allgemeinen Sprachgebrauch gibt der Sprachsinne eine zuverlässige Grundlage ab.

(2.1.2.) Systematische Auslegung

Nach dieser Methode wird der Sinn des Gesetzes aus der Stellung der auszulegenden Vorschrift, § 218 a II StGB n.F., im Systemzusammenhang abgeleitet.⁴²⁴

Wenn sich die Auslegung dabei an dem systematischen Zusammenhang mehrerer Rechtsnormen anlehnt, spricht man von Gesetzssystematik; bei Berücksichtigung der Besonderheiten eines gesamten Rechtsgebietes spricht man von Rechtssystematik.

Nach der Gesetzssystematik ist § 218 a StGB als eine der Vorschriften der §§ 218 ff StGB – Schutz des ungeborenen Lebens – im Abschnitt der Straftaten gegen das Leben untergebracht. Sowohl das noch ungeborene wie das schon geborene Leben sollen gegen Eingriffe bewahrt werden. § 218 a II StGB selbst stellt nun zum Verbot des Schwangerschaftsabbruches eine Ausnahmenvorschrift dar.

Unter Beachtung der vom Gesetz aufgestellten Regel des Lebensschutzes mit Anerkennung von einigen wenigen Ausnahmen muss die „schwerwiegende“ Beeinträchtigung als Merkmal der Ausnahmelage wiederum eine solche mit einem bestimmten, hoch anzusetzenden Maß sein. Gerade um das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht in sein Gegenteil zu verkehren, darf die Bemessungsgrenze für die Schwere nicht zu niedrig angesetzt werden. Auch die Stellung der Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung hinter der Lebensgefahr fordert ein dieser gleich kommendes Maß. Andererseits zeigt v.a. diese nachfolgende Position, dass über das

⁴²⁴ Jescheck/Weigend, AT, § 17 IV 1.a., S.155; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S.145

Kriterium des „Schwerwiegens“ keinesfalls eine Gleichstellung beider Gefahren zu erfolgen hat.

Aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis ergibt sich auch die Notwendigkeit, nicht nur die objektive Komponente, sondern ebenfalls die subjektive i.R.d. Begriffs „schwerwiegend“ zu favorisieren. Weder darf nur das subjektive Empfinden der Frau den Inhalt von „schwerwiegend“ dominieren, noch das objektive Kriterium eines vorher festgelegten Maßes an Beeinträchtigung. Denn die Nichtbeachtung des eben Gesagten würde dazu führen, dass in ersterem Fall die Rechtsträgereigenschaft des Ungeborenen missachtet und im 2.Fall die Interessen und Rechte der Schwangeren zu wenig Berücksichtigung finden würde(n).

Die Stellung von „schwerwiegend“ im Systemzusammenhang lässt nach Vorangegangenen eine sichere Auslegung und damit Anwendung des Begriffes zu.

(2.1.3.) Historische Auslegung

Bei dieser Methode werden zur Deutung des Gesetzessinnes der allgemeine geschichtliche Zusammenhang, in dem das Gesetz steht, und seine besondere Entstehungsgeschichte herangezogen.

Der wertausfüllungsbedürftige Begriff „schwerwiegend“ wurde schon i.R.d. „alten“ medizinisch-sozialen Indikation i.d.F. des 15.StÄG vorausgesetzt; erstmalig eingeführt durch das 5.StRG vom 18.06.1974. Der Gesetzgeber wollte mit diesem Merkmal den sich hinter der Ausnahmelage befindlichen, komplexen Wertungsvorgang verdeutlichen. Die mit jedem Schwangerschaftsabbruch verbundene Rechtsgutverletzung konnte von ihm nur bei einem entsprechenden Gegenstück in der Abwägung („schwer wiegende“ Beeinträchtigung) akzeptiert werden.⁴²⁵

Vom BVerfG aufgegriffen, sprach auch dieses wiederholt davon, dass für die eine Abtreibung alles entscheidende Unzumutbarkeit nicht Umstände genügten, „(...) die im Rahmen der Normalsituation einer Schwangerschaft verbleiben.“⁴²⁶ Damit forderte das höchste deutsche Gericht im Hinblick auf das von einem Abbruch betroffene Gut des ungeborenen Lebens und seine hohe Wertigkeit einen – dies zwar nicht komplett ausgleichenden, aber doch gleichkommenden – Gegenwert. Um den Vorgaben des BVerfG gerecht zu werden, wurde auch

⁴²⁵ Eine bald vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigung wurde vom Gesetzgeber nicht als schwerwiegend angesehen, vgl. BT-Drs. VI/3434

⁴²⁶ BVerfG E 88, 203 ff(257)

dessen Argumentation vom Gesetzgeber des SFHÄndG in der Neufassung des § 218 a StGB umgesetzt.⁴²⁷

(2.1.4.) Teleologische Auslegung

Der teleologischen Auslegung kommt die Aufgabe zu, den leitenden Zweckgedanken des Gesetzes, der ihm unter den gegenwärtigen Verhältnissen beigegeben werden kann, herauszuarbeiten, um daraus unmittelbar den Sinn abzuleiten, der einer Vorschrift innewohnt.⁴²⁸

Zweck des Tötungsverbotes, § 218, ist v.a. der Schutz des von der Verfassung als höchstes Gut anerkannten Lebens.⁴²⁹ Dem Leben, der vitalen Basis für alle zuerkannten Rechte, muss in Umsetzung der Verfassungsvorgaben eine hervorgehobene Stellung auch in „einfachen“ Gesetzen, wie dem StGB, zukommen. Dass zum Leben gleichermaßen das ungeborene gehört und somit dem Schutz unterliegt, hängt damit zusammen, dass es in keinem Stadium eine Entwicklung „zum Menschen“, sondern nur die „als Mensch“ gibt.⁴³⁰ Daher ist der Lebensschutz als Regel mit grundsätzlicher Strafandrohung postuliert, von der nur in Ausnahmen abgewichen werden kann. Diese Abweichungen müssen dann, um der Bedeutung des Gutes „Leben“ gerecht zu werden und keine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses hervorzurufen, eng gefasst werden.⁴³¹

Das Vorhandensein von Ausnahmen zum strafbewehrten Lebensschutz zeigt, dass letzterer Schutz anerkanntermaßen nicht in (aller) Absolutheit durchgehalten werden soll und kann. Bezweckt ist mit der Zulassung von Ausnahmen, dass verschiedenen Lebenssituationen Rechnung getragen wird, in denen sich die schutzwürdigen und nicht zu vergessenden Positionen der schwangeren Frau „mit solcher Dringlichkeit geltend machen, dass jedenfalls die staatliche Rechtsordnung nicht verlangen kann, die Frau müsse hier dem Lebensrecht des Ungeborenen unter allen Umständen den Vorrang geben“.⁴³² Mit der Ausformulierung solcher, die schwierigen Lagen der Schwangeren berücksichtigenden Tatbestände erkennt der Gesetzgeber die vom Idealfall in den allermeisten Fällen abweichende Wirklichkeit an.

Aus dem Charakter als Ausnahmevorschrift folgt für § 218 a II StGB aber auch, dass die Tatbestandsmerkmale wie „schwerwiegend“ in ihrer Bedeutung nicht ausufernd gehandhabt werden können. „Schwerwiegend“ ist dementsprechend nur das, was über ein erträgliches Maß

⁴²⁷ vgl. BT-Drs.13/1850, S.3

⁴²⁸ Gropp, AT, S.51; Jescheck/Weigend, AT, § 17 IV, S.155

⁴²⁹ Schon die abendländische Kultur kannte das Gebot: Du sollst nicht töten!

⁴³⁰ BVerfG E 88, 256

⁴³¹ S.o.

⁴³² BVerfG E 88, 256

hinausgeht; etwas, bei dem dann aber selbst das zu schützende Gut „Leben“ zurückzutreten hat.

(2.1.5.) Zwischenergebnis

Mit dem Einbau des Begriffes „schwerwiegend“ in § 218 a II StGB wollte der Gesetzgeber zum einen nochmals die Wertigkeit des „Lebens“ hervorheben und stärken. Des Weiteren wird mittels „schwerwiegend“ die im Gesetz angelegte Systematik mit dem Tötungsverbot als Regel und der dennoch ausgeführten Tötung als Ausnahme sichergestellt. Um dies zu erreichen, kann nicht nur eine subjektive Beurteilung durch die Schwangere selbst erfolgen, sondern muss auch objektiv ein bestimmtes Maß an Schwere gegeben sein.

Unter Berücksichtigung des sich mehr und mehr ausbreitenden Liberalisierungsgedankens i.R.d. Schwangerschaftsabbruches mit der Tendenz zur Tolerierung der „Selbstentscheidung“ durch die schwangere Frau kommt v.a. der gewollten Einschränkung einer allzu freizügigen Abtreibungspraxis mittels eng gefasster Erlaubnistatbestände besondere Bedeutung zu. In diesem Lichte ist auch die „schwerwiegende“ Beeinträchtigung zu sehen.

Demzufolge wollte der Gesetzgeber unter „schwerwiegender“ Beeinträchtigung bei Beachtung mit den vorher erläuterten Auslegungsmethoden eine solche verstanden wissen, die im Einzelfall⁴³³ i.R.d. Abwägung das Lebensrecht des Kindes in seiner Schwere „überwiegt“.

Festgehalten werden kann, dass es sich bei der „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung zwar um einen auslegungsbedürftigen, aber auch auslegungsfähigen Begriff handelt, der durch seine bisherige Verwendung in der medizinisch-sozialen Indikation eine zuverlässige Gewähr hinsichtlich gefestigter Auslegung und damit Anwendung bietet.

(2.2.) Bestimmtheitsnachweis für das Merkmal „Gesundheitszustand“

Auch der Begriff des „Gesundheitszustandes“ in § 218 a II StGB n.F. bedarf aufgrund seiner ausfüllungsbedürftigen Natur einer Deutung mittels der anerkannten Auslegungsmethoden.

⁴³³ Die im Wort enthaltene subjektive Komponente läßt eine Beurteilung nur von Schwangerer zu Schwangerer zu.

(2.2.1.) Grammatische Auslegung

Beim Begriff des „Gesundheitszustandes“ handelt es sich um einen eher von medizinischer Seite her näher bestimmten Ausdruck; auf eine gemeinhin anerkannte juristische Wortbedeutung kann nicht zurückgegriffen werden.

Deshalb kommt der Sinnerschließung mittels des allgemeinen Sprachgebrauchs die entscheidende Bedeutung zu.

Bei Teilung des Wortes ergeben sich die zwei Teilstücke „Gesundheit“ und „Zustand“.

Während „Gesundheit“ umfassend als „Freisein von Krankheiten“ verstanden wird, ist unter einem „Zustand“ auch das „physische und psychische Beschaffensein“ zu verstehen. In letzterem liegt auch der Hauptunterschied zur „Gesundheitsbeschädigung“ gem. § 223 StGB. Diese erfasst als Schutzgut der §§ 223 ff StGB nach herrschender Meinung nur in begrenztem Maße auch die psychische Gesundheit. Dagegen bezieht § 218 a II StGB explizit mit der Formel Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes auch das psychische Wohl der Schwangeren in den Schutz mit ein.

Selbst wenn der Zusatz „Zustand“ anzeigt, dass es sich i.R.d. §§ 218 ff StGB und §§ 223 ff um Begriffe mit unterschiedlichen Bedeutungsgehalten handeln muss, so lässt der gemeinsame Wortstamm „Gesundheit“ auf Ähnlichkeiten schließen. Die damit verbundene Notwendigkeit der Gefahr einer Krankheit im medizinischen Sinne wird i.R.d. § 218 a II StGB auch nicht durch das Erfordernis der „Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren“ aufgehoben. Da der zur Gesundheit gegensätzliche Begriff der Krankheit in seinem Anwendungsbereich, der Medizin, im Rahmen der unternommenen vielfältigen Definitionsversuche via. das subjektive Empfinden von Leid durch den kranken Menschen – welches u.a. durch die sozialen Begleitumstände verstärkt oder reduziert, also beeinflusst, wird – mitberücksichtigt⁴³⁴, ist der sozialen Komponente in § 218 a II StGB Genüge getan.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist demnach unter Zusammensetzung der für die einzelnen Teilstücke gefundenen Wortbedeutungen unter „Gesundheitszustand“ das „Freisein der physischen und psychischen Beschaffenheit von Krankheiten“ zu verstehen.

⁴³⁴ Die „Mit-Berücksichtigung“ schließt aus, daß ausschließlich die nach WHO – Definition geforderte Störung des subjektiven Wohlbefindens für die Annahme einer „Krankheit“ im medizinischen Sinne ausreicht, D/T, 46.Aufl., § 218 a, Rz.10

(2.2.2.) Systematische Auslegung

Aus der Stellung des Begriffes „Gesundheitszustand“ im Systemzusammenhang könnte dessen Sinn abzuleiten sein.

Die Einordnung als Merkmal des Ausnahmetatbestandes § 218 a II StGB zum ansonsten bestehenden Tötungsverbot bringt für die Wortbedeutung selbst keinerlei Erkenntnisse ein.

Aus dieser Stellung ist nur generell entnehmbar, dass die Tatbestandsmerkmale, um dem Charakter als Ausnahmevorschrift gerecht zu werden, keinen extensiven Anwendungsbereich eröffnen können.

Der „Gesundheitszustand“ müsste demzufolge unter Berücksichtigung der gefundenen Deutung eng als „Freisein der psychischen und physischen Beschaffenheit von Krankheiten“ zu verstehen sein. Zwar kann wegen des Nicht-Vorhandenseins eines allgemein anerkannten Krankheitsbegriffes nicht eindeutig festgelegt werden, welche Krankheiten eine „Beeinträchtigung ...des Gesundheitszustandes“ auslösen. Allerdings könnte aufgrund der angestrebten Profilierung als Ausnahme dem Krankheitsbegriff auch eine engere Bedeutung zugemessen werden.

Demgegenüber lässt sich aus der Konstellation mit „schwerwiegend“ eher schließen, dass der „Gesundheitszustand“ einerseits sowohl das psychische und physische Wohl wie auch andererseits Krankheiten ohne ein spezifisches Krankheitsbild umfasst. Denn eine Eingrenzung eines zunächst in seinem Anwendungsbereich weiter gefassten Begriffes des „Gesundheitszustandes“ kann ebenso durch das Erfordernis der „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes erfolgen. Da die Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes in § 218 a II StGB allerdings zur gerechtfertigten Tötung führen kann, demzufolge gleichberechtigter, eigenständiger Abbruchtatbestand neben der Lebensgefahr ist, muss erstgenannte Gefahr auch in ihrem Anwendungsbereich den Anforderungen gleichkommen an eine Gefahr für das Leben. Konsequenz dessen ist, dass der Gesundheitszustand und der ihn umschreibende „Krankheitsbegriff“ so gefasst sein müssen, dass nur eine enge Wortbedeutung in Frage kommt.

Auch die exklusive Entscheidungskompetenz des Arztes („ärztliche Erkenntnis“) wäre wenig verständlich, wenn der „Gesundheitszustand“ auch solche Gefahren für die Gesundheit der Schwangeren umfassen würde, die sich für den Arzt nicht aus spezifischen somatischen oder psychischen Faktoren diagnostizieren lassen, also gerade keinem, ihm bekannten medizinisch fest umschriebenen Krankheitsbild entsprechen.

(2.2.3.) Historische Auslegung

Der Ausdruck der „Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“ ist erstmalig vom Gesetzgeber des 5.StRG eingeführt⁴³⁵ und seitdem in der medizinisch-sozialen Indikation der nachfolgenden Gesetze zum Schwangerschaftsabbruch weiter verwendet worden.

Ausdrücklich wurde dieser Begriff im Gegensatz zu dem in den §§ 223 ff StGB verwandt genommen, um hervorzuheben, dass i.R.des im medizinisch-sozialen Ausnahmetatbestand berücksichtigten gesundheitlichen Wohls der Schwangeren neben körperlichen insbesondere psychische Faktoren von großer Bedeutung sind.⁴³⁶ Eine solche Bedeutung wurde und wird dem Merkmal „Gesundheit“ in den §§ 223 ff StGB nur in begrenztem Maße zuerkannt. Trotz der Tatsache, dass die Gesundheitsbeschädigung im Wortlaut des § 223 gerade nicht wie die Misshandlung auf „körperliches“ Misshandeln abhebt, geht die h.M.⁴³⁷ – wie Eser feststellt – weiterhin von einem einseitig somatischen Rechtsgutverständnis aus.

Des weiteren stellte der Gesetzgeber bei Einführung des Begriffes „Gesundheitszustand“ fest, dass er diesen „(...)nicht in jedem Falle als komplementären Begriff zu dem der Krankheit (...)“ verstanden wissen wollte. „Es gibt Beeinträchtigungen der Gesundheit, die unter § 219 (jetziger § 218 a II StGB) fallen, aber keine krankhaften seelischen Störungen im Sinne des § 51 StGB (jetzt §§ 20, 21 StGB) sind (...)“

Vergleichbar sollte der in § 1 Abs.1 BÄO i.d.F. vom 04.02.1970 gebrauchte Gesundheitsbegriff sein.⁴³⁸ Angesprochen ist in diesem § 1 Abs.1 BÄO der Heilauftrag für den Berufsstand der Ärzte: Der Arzt ist (zuerst) Helfer des einzelnen Kranken.⁴³⁹ Unter Anwendung der medizinischen Wissenschaft soll er (umfassend) geheilt werden. Diesem Heilauftrag sind ebenso die Vorsorge zur Erhaltung der Gesundheit, die Linderung von Beschwerden und das psychische Wohlbefinden des Patienten an die Seite zu stellen.⁴⁴⁰ Mit dem Verweis, dass der Arzt „auch“ der Gesundheit des gesamten Volkes dient, wird deutlich, dass gerade nicht mehr „nur“ die Behandlung individueller Kranker und damit einer einzelnen, speziellen Krankheit erfolgt, sondern verstärkt eine öffentliche Gesundheitspflege mit den Möglichkeiten der generalpräventiven Einflussnahme auf die Morbidität innerhalb des Gemeinwesens an Bedeutung

⁴³⁵ BT-Drs.VI / 3434, S.20

⁴³⁶ Als Begründung für diese Einbeziehung wurde auf die sich innerhalb der Gutachterstellen ausbreitende Praxis verwiesen, wo „...der Gefahr einer Beeinträchtigung des psychischen Gesundheitszustandes erhebliches Gewicht beigemessen...“ wurde. Des Weiteren wurde auf die Praxis „...für die legalen Eingriffe in der Schweiz, in Skandinavien sowie in denjenigen Staaten der USA hingewiesen, deren Rechtslage mit der Regelung des Vergleichs vergleichbar ist“, vgl. BT-Drs.VI / 3434, S.20

⁴³⁷ Siehe Sch/Sch-Eser, § 223, Rz.6 u. 1

⁴³⁸ BGBl. 1970 I, S.237

⁴³⁹ Laufs, Arztrecht, Rz.18

⁴⁴⁰ Deutsch, Medizinrecht, Rz.9

gewinnt.⁴⁴¹ Dementsprechend kann sich der Ausdruck der Gesundheit in § 1 Abs.1 BÄO nicht in jedem Falle als komplementärer Begriff zur Krankheit erweisen.

Aus diesen Materialien tritt der Wille des Gesetzgebers hervor, dem in § 218 a II wiederum verankerten Ausdruck die Bedeutung eines nicht nur sowohl das physische wie auch psychische Wohl beachtenden Begriffs zukommen zu lassen, sondern ebenso Zustände zu erfassen, die keinem medizinisch fest umschriebenen Krankheitsbild entsprechen, noch objektiv feststellbar geistige, somatische oder seelische Veränderungen fordern.⁴⁴²

Damit ist die „Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“ dem historischen Gesetzgeber nach eher extensiv auszulegen.

(2.2.4.) Auslegung nach Sinn und Zweck

Zu überprüfen ist, welcher Wertgedanke dem Gesetz, insbesondere den §§ 218 ff zugrunde liegt, um daraus den Sinn des innerhalb des § 218 a II StGB verwendeten „Gesundheitszustandes“ herauszuarbeiten.

Durch § 218 StGB sollen das Leben und das Recht des ungeborenen Kindes darauf dem Schutz durch die Rechtsordnung unterliegen. Wie das BVerfG in seinem letzten Urteil zum Recht des Schwangerschaftsabbruches feststellte, ist dieses Lebensrecht, welches dem Ungeborenen schon aufgrund seiner Existenz zusteht, das elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht. Es wirksam zu schützen, auch gegenüber der Mutter, wäre nur über eine grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes möglich. Daher kann es auch nur in bestimmten Lagen dazu kommen, dass die nicht ganz außer acht zu lassenden Grundrechtspositionen der schwangeren Frau gebieten, diese Rechtspflicht nicht aufzuerlegen.

V.a. die Tatsache, dass ein Ausgleich, der sowohl den Lebensschutz des Nasciturus, wie ebenso ein Recht der Schwangeren zur Abtreibung gewährleistet, nicht möglich ist, und auf der einen Seite immer die irreversible Tötung des Kindes steht⁴⁴³, muss durch die Fassung der Ausnahmetatbestände und der darin enthaltenen einzelnen Merkmale hinreichend berücksich-

⁴⁴¹ Laufs, Arztrecht, Rz.18

⁴⁴² Die dem natürlichen Wortgebrauch innewohnende Komplementäreigenschaft zur „Krankheit“ wurde vom Gesetzgeber explizit nicht als gewollt für den „Gesundheitszustand“ angesehen, siehe A/W, LH1, Rz.379

⁴⁴³ BVerfG E 88, 255

tigt werden. Demzufolge kann eine extensive Auslegung des Begriffes „Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“ nicht in Betracht kommen.

Vielmehr lässt die hohe Wertigkeit des Schutzgutes „ungeborenes Leben“ nicht jedes gesundheitliche Leiden der Mutter für eine Abtreibung, die noch dazu gerechtfertigt ist, genügen.

Um der Bezeichnung „medizinische“ Indikation gerecht zu werden, ist das Vorliegen einer Krankheit – als Gegenbegriff zur Gesundheit – erforderlich.

Andererseits wurden die Ausnahmelagen, damit auch § 218 a II, vom Gesetzgeber insbesondere im Hinblick auf den Gesundheitsschutz für die Mutter geschaffen. Eine umfassende Gesundheitsfürsorge könnte dann ebenso für einen umfangreichen, nicht nur Krankheiten erfassenden Begriff sprechen.

Für eine enge Auslegung von „Gesundheitszustand“ spricht zusätzlich die exklusiv dem Arzt zugewiesene Entscheidungskompetenz. Wie schon oben erwähnt, wäre die „ärztliche Erkenntnis“ wenig verständlich, wenn der „Gesundheitszustand“ solche Gefahren für die Gesundheit der Schwangeren mit erfassen würde, die sich nicht aus für den Arzt diagnostizierbaren spezifischen somatischen oder psychischen Faktoren ergeben; also gerade keinem medizinisch umschriebenen und daher ihm bekanntem bzw. erkennbarem Krankheitsbild entsprechen.

Schon der Sinn der Ausnahmelagen innerhalb des Rechts des Schwangerschaftsabbruches – nämlich die Anerkennung von außergewöhnlichen Lebensumständen und –situationen zu verdeutlichen – spricht für eng gefasste Kriterien. Denn das Maß für „außergewöhnlich“ ist bereits nach seinem natürlichen Wortsinn hoch anzusetzen; mit der Möglichkeit zur Abtreibung ohne Darlegung von „bestimmten“ Gründen nach § 218 a Abs.1 StGB n.F. werden die Anforderungen an dieses Maß noch verstärkt. Das Merkmal „Gesundheitszustand“ ist damit nicht weit zu fassen.

(2.2.5.) Zwischenergebnis

Der Gedanke des Schutzes des Lebens als höchsten und in der Verfassung anerkannten Gut lässt eine Auslegung der „Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“ nur in dem Sinne zu, dass zwar sowohl das physische als auch das psychische Wohl der Berücksichtigung verdienen, aber nur „Krankheiten“ unter Rückgriff auf die Wortauslegung erfasst werden.

Der Begriff Gesundheitszustand ist als auslegungsfähig und damit „bestimmt“ genug i.S.v. Art.103 Abs.2 GG einzuordnen.

(2.3.) Bestimmtheit des Kriteriums „zumutbar(e) (Weise)“

Ebenso müsste der in § 218 a II StGB enthaltene, wertausfüllungsbedürftige Begriff der Zumutbarkeit – „(...) zumutbare Weise(...)“ - anhand der vier Auslegungsmethoden in Tragweite und Anwendungsbereich ermittelbar sein und sich einer sicheren Grundlage zuführen lassen, um den Bestimmtheitsanforderungen des Art.103 Abs.2 GG zu genügen.

(2.3.1.) Grammatische Auslegung

Zu prüfen ist, ob der Sprachsinn Rückschlüsse auf die Bedeutung von „Zumutbarkeit“ i.S.d. § 218 a II StGB zulässt.

In der juristischen Terminologie ist der Begriff der „Zumutbarkeit“ bzw. „Unzumutbarkeit“ kein unbekannter. V.a. auf der Ebene der Schuld ist dieser – als Grundgedanke aller Entschuldigungsgründe⁴⁴⁴ - in seiner Bedeutung näher erläutert worden.

Der Terminus der „Unzumutbarkeit“ i.R.v. Schwangerschaftskonflikten wurde in seiner Wortbedeutung v.a. durch das BVerfG geprägt. Demnach liegt eine solche, gemessen anhand der Belastungen, vor, wenn diese (die Belastungen) ein derartiges Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau nicht erwartet werden kann. Die Un-/Zumutbarkeit kennzeichnet daher einen Zustand, in dem speziell i.R.d. Rechts des Schwangerschaftsabbruches die grundsätzlich angeordnete Strafdrohung für den Abbruch nicht mehr das geeignete Mittel ist, die Schwangere von letzterem abzuhalten. Sie stellt damit gleichzeitig eine Grenze für die Einhaltung der auferlegten „Austragungspflicht“ dar.

Diese ebengenannte Begriffsumschreibung legt mit der Orientierung an der schwangeren Frau dem Wortsinn bereits eine subjektive Komponente nahe. Individuell, an der Einzelsituation der Frau, muss bestimmt werden, was ihr konkret „zugemutet“ werden kann und was nicht. Insoweit müssen also auch eigene Vorstellungen und Bewertungen der Schwangeren Berücksichtigung finden.⁴⁴⁵ Da diese von Frau zu Frau variieren können, versinnbildlicht die Un-/Zumutbarkeitsfrage auch eine von Fall zu Fall stattfindende Abwägungssituation, in der gegeneinander spielende Einzelinteressen – hier die des Kindes und andererseits auch die der

⁴⁴⁴ Teilweise versucht man, die „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ als (eigenständigen) Entschuldigungsgrund zu etablieren; dagegen muß eingewandt werden, daß es dem Gesetzgeber überlassen bleiben muß, die Feststellung, wann eine solche Unzumutbarkeit vorliegt, zu treffen und entsprechend zu formulieren.

⁴⁴⁵ Verbunden ist aber nicht, wie es der Begriff nahelegt, eine individuelle Einschätzung nur durch die Schwangere. Gerade die Formel „(...) für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann“ spricht diesbezüglich für eine Fremdbestimmung. Denn „...werden kann“ in der neutralen dritten Person Singular verlangt eine Interpretation der Lage durch außenstehende Dritte; enthält somit ein objektives, der ausschließlichen Beurteilung durch die Schwangere entzogenes Element.

Mutter – gegeneinander abgewogen werden. Eine abstrakte Festlegung von Situationen, in denen bei der medizinisch-sozialen Indikation eine Unzumutbarkeit bejaht werden kann, ist daher angesichts der Vielfältigkeit der einfließenden Faktoren nicht möglich.

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter der Zumutbarkeit einer bestimmten Situation auch die „Ertragbarkeit“ derselben verstanden. Mittels des Zumutbarkeitserfordernisses wird die Erwartung an ein bestimmtes Verhalten gekennzeichnet, sich im Rahmen des (zumeist) allgemein Anerkannten und Vorausgesetzten zu bewegen. Was „zumutbar“ ist oder nicht, bestimmt sich in erster Linie nach dem subjektiven Empfinden des von der Lage Betroffenen. Zwar scheint die Festlegung der Grenze zwischen Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit durch objektive Dritte in manchen ausgesuchten Fällen möglich zu sein, wie die Festschreibung von Entschuldigungsgründen im Gesetz zeigt.

Gerade aber die mannigfachen unterschiedlichen Einstellungen von Personen verhindern, einen einheitlichen Maßstab zur Bemessung des Kriteriums „Zumutbarkeit/Unzumutbarkeit“ für verschiedene Situationen und Umstände im Vorhinein aufzustellen. Damit ist der abschließenden Beurteilung, ob Un-/Zumutbarkeit vorliegt, das Erfordernis einer Abwägung aller den Fall berührenden Interessen immanent.

Es bleibt festzuhalten, dass die Wortauslegung des in § 218 a II StGB n.F. vorkommenden Kriteriums zumutbare Weise dazu führt, dieses in solchen schicksalhaften Konflikten anzunehmen, in denen man mit den Mitteln der staatlichen Zwangsgewalt ein bestimmtes Opfer nicht mehr erzwingen kann.⁴⁴⁶ Das Vorliegen der Unzumutbarkeit zeigt an, dass das strafrechtliche Reaktionsmittel⁴⁴⁷, welches ein geordnetes und gedeihliches Zusammenleben in einer menschlichen Gemeinschaft auf Dauer ermöglichen soll⁴⁴⁸, in diesem Fall unnötig belastend und nicht dem Gerechtigkeitserfordernis jeder Strafe⁴⁴⁹ entsprechend ist. Sowohl der mit der Auferlegung einer Strafe verbundene generalpräventive⁴⁵⁰ wie auch spezialpräventive⁴⁵¹ Zweck würde unterlaufen, wenn trotz festgestellten „unzumutbaren“ Verhaltens genau dieses Verhalten durch die Gesellschaft und Rechtsordnung erwartet würde.

⁴⁴⁶ BT-Steno. Ber., 7.WP, S.1470

⁴⁴⁷ Die Strafe

⁴⁴⁸ Sch/Sch-Stree, Vorbem. §§ 38 ff, Rz.1

⁴⁴⁹ Sch/Sch-Stree, Vorbem. §§ 38, Rz.3: Das Gerechtigkeitserfordernis wird für jede Strafe aufgestellt, um deren Strafzwecke hinreichend erfüllen zu können.

⁴⁵⁰ Generalprävention: zu einen die allgemeine Abschreckung möglicher Täter durch Strafandrohung, Verurteilung und Vollzug der Strafe (sog. negative Generalprävention) und zum anderen die sog. positive bzw. Integrationsgeneralprävention: Verinnerlichung der Rechtsnormen bei den Bürgern durch die Strafdrohung und ihre Durchsetzung und Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung durch gerechte und gleichmäßige Strafrechtspflege

⁴⁵¹ Spezialprävention: Vorbeugung gegen die künftige Kriminalität eines bestimmten Menschen, „Spezialprävention“; unterteilt sich in sog. negative Spezialprävention: Verhinderung neuer Straftaten durch individuelle Abschreckung oder Sicherung der Gesellschaft vor neuen Straftaten und sog. positive Spezialprävention: Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft

Allerdings lässt die grammatische Auslegung auch darauf schließen, dass zur Feststellung der Unzumutbarkeit eine Abwägung aller berührten Einzelinteressen notwendig ist, um annehmen zu können, dass mittels Strafe tatsächlich das bestimmte Opfer nicht mehr erzwungen werden kann.

(2.3.2.) Systematische Auslegung

Zu prüfen ist, welcher Sinn dem in § 218 a II StGB n.F. verwendeten Begriff „(...) zumutbar(e Weise)“ aufgrund seiner Stellung im gesetzlichen Kontext zugrunde gelegt werden kann.

§ 218 a II StGB und mit ihm die „Zumutbarkeit“ befindet sich im 16. Abschnitt des StGB, den Schutzvorschriften gegen Straftaten gegen das Leben, auch des ungeborenen Lebens.

Als Merkmal des definierten Ausnahmetatbestandes, § 218 a II StGB, kann für die Auslegung von „Zumutbarkeit“ geschlussfolgert werden, dass der Charakter als „Ausnahme“ Einfluss auf deren „Interpretationsweite“ hat. Da es, wie bereits erläutert, keine generelle Preisgabe des Lebens ungeborener Kinder gibt und geben soll, kann für das Kriterium „zumutbar“ und dessen sachlichen Gehalt die Forderung erhoben werden, dass nur in extremen Konfliktsituationen der Grad dessen, was nicht mehr erwartet und damit auch mit staatlichen Mitteln nicht durchzusetzen versucht werden kann, erreicht ist.

Für die „Zumutbarkeit“ könnte dieses generelle Verbot aber auch den Ausschluss der subjektiven Orientierung an der Schwangeren und folglich auch des Einbezuges von deren Wertungen und Einschätzungen nach sich ziehen. Denn eine „individuelle“ Zumutbarkeit würde die Schwangere die Auseinandersetzung mit dem Rechtsgüterkonflikt selbst austragen lassen. Mit anderen Worten: jede schwangere Frau könnte aufgrund subjektiver Einschätzung § 218 StGB außer Kraft setzen und den Strafbefreiungstatbestand möglicherweise zur Regel machen.

Um ebengenanntes zu vermeiden, könnte die Zumutbarkeit „objektiviert“ in dem Sinne werden, dass diese dem Versuch einer Konkretisierung und Typisierung unterzogen wird.

Dagegen muss aber eingewandt werden, dass mittels der „individuellen“ Zumutbarkeit nur eine Orientierung anhand der Schwangeren vorgenommen wird; die abschließende Beurteilung hinsichtlich des Abbruchs findet durch einen Dritten (dem Arzt aufgrund der ärztlichen Erkenntnis) statt.

Auch das auf die „Zumutbarkeit“ einwirkende Kriterium „unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse“ berücksichtigt gerade durch den Einbezug „sozialer“ Umstände die subjektiven Einschätzungen und Wertungen der Schwangeren mit. Eine Deutung des Zumutbarkeitsbegriffs als „individuelles“, die konkreten Vorstellungen jeder

einzelnen Schwangeren beachtendes Merkmal des Indikationstatbestandes § 218 a II StGB n.F. ist damit nahe liegend.

Das Kriterium der „Zumutbarkeit“ liegt zudem, wie schon kurz erwähnt, allen Entschuldigungsgründen als Grundprinzip zugrunde. Demgemäß soll zur Deutung des gleichlautenden Ausdrucks in § 218 a II StGB ein Blick auf den in § 35 StGB niedergelegten „Entschuldigten Notstand“ und dessen Wortbedeutung geworfen werden. In § 35 Abs.1 S.2 StGB wird explizit Bezug genommen auf die Zumutbarkeit. Aber auch Abs.1 S.1 stellt „Zumutbarkeits-erwägungen“ an, die bei der Bestimmung der Erforderlichkeit der Notstandshandlung eine Rolle spielen können; die Gefahr darf dort also auch unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten nicht anders abwendbar sein. Einhellig⁴⁵² wird für beide durchzuführenden Zumutbarkeitsprüfungen eine Abwägung der im Einzelfall relevanten Gesichtspunkte verlangt.

Mit dem Verweis auf das einerseits verminderte Unrechtsbewußtsein und dem hinzukommenden besonderen Motivationsdruck, welcher normalerweise eine Erschwerung des normgemäßen Verhaltens bedingt, wird als Grund für die Entschuldigung auch auf den sachlichen Gehalt des „Unzumutbarkeitskriteriums“ verwiesen. In Übertragung dieser für die Un-/Zumutbarkeit i.R.d. § 35 StGB gegebenen Erläuterungen, müsste ebenso i.R.v. § 218 a II StGB eine Abwägung aller, vom möglichen Abbruch betroffener, Interessen vorzunehmen sein. Nur so können einerseits Rechte und Werte, welche dem Schutz des Verbotes unterliegen und demgemäß auf die Einhaltung einer engen Ausnahmeregelung drängen müssen, wie andererseits auch gerade durch den Ausnahmetatbestand berücksichtigte Interessen eine entsprechende Beachtung erhalten.⁴⁵³ Hinsichtlich der inhaltlichen Ausfüllung des Un-/Zumutbarkeitskriteriums kann mit Blick auf § 35 StGB festgehalten werden, dass dort gleichfalls keine exakte, abschließende Beurteilung möglich ist. Zwar werden Konstellationen genannt, in denen in der Regel die Zumutbarkeit noch angenommen werden muss. Aber auch diese Beispielfälle aus Abs.1 S.2 versagen nicht immer das „Notstandsprivileg“, sondern schlagen um in „unzumutbare Situationen. Einzig der besondere Motivationsdruck, welcher normgemäßes Verhalten erschwert bzw. unmöglich macht, bleibt als Grundlage für die Annahme von „Unzumutbarkeit“ gleich.

Die systematische Auslegung hat für den Begriff der Un-/Zumutbarkeit damit ergeben, dass hohe Anforderungen an die Situation mit Verzicht der strafrechtlichen Sanktion gestellt werden müssen und diese i.R.e. Abwägung herausgestellt werden.

⁴⁵² Sch/Sch-Lenckner, § 35, Rz.18; ähnlich auch Lackner, § 35, Rz.11

⁴⁵³ Ein Ausgleich ist, wie es das BVerfG in seiner 2. Entscheidung zum Recht des Schwangerschaftsabbruches feststellte, wegen der auf der einen Seite drohenden Tötung des Kindes nicht möglich.

(2.3.3.) Historische Auslegung

Aus dem allgemeinen geschichtlichen Zusammenhang könnte sich der Sinn des Begriffes „in zumutbar(e Weise)“ herleiten lassen.

Schon in der Begründung zum Entwurf des 5.StRG⁴⁵⁴ bestimmte der Gesetzgeber⁴⁵⁵, dass „(...) die Frage der Zumutbarkeit... unter Abwägung aller Umstände zu beurteilen (...)“ sei. Da der hohe Wert des Rechtsgutes „...ungeborenes Leben bei jeder Abtreibung betroffen sei,...“ dürfe „... eine vorhandene Alternative zum Schwangerschaftsabbruch ...nur dann außer Betracht bleiben, wenn sie die Schwangere so schwer belasten würde, dass das Strafrecht ein unangemessenes Mittel wäre, um diese Alternative zu erzwingen.“

Auch im Sonderausschuss für die Strafrechtsreform⁴⁵⁶ setzte man einer „unzumutbaren“ Lage einen schicksalhaften Konflikt gleich, in dem mit den Mitteln der staatlichen Zwangsgewalt die Schwangere nicht zur Opferung ihrer Gesundheit – und somit vielfach gleichzeitig ihrer Funktion in der Familie – zugunsten des Fortbestandes des ungeborenen Lebens gezwungen werden konnte und sollte.

Diese Deutungen wurden später in das eine medizinisch-soziale Indikation enthaltende 15.StÄG übernommen. Die Zumutbarkeitsfrage konnte dort aufgrund der Notwendigkeit einer Abwägung nur nach den Umständen des Einzelfalles entschieden werden. Eine abstrakte und generelle Klärung zur Veranschaulichung des Begriffes wurde wegen eben Genanntem als problematisch angesehen.⁴⁵⁷

Auch das BVerfG unternahm i. R. seines 2.Urteils zum Schwangerschaftsabbruchsrecht⁴⁵⁸ erneut den Versuch, den Ausdruck „Un-/Zumutbarkeit“ einer Deutung zuzuführen. In Bestätigung des 1.Urteils wurde das Kriterium als erfüllt angesehen in schweren, unter Umständen auch lebensbedrohenden Konfliktsituationen, „.....in denen schutzwürdige Positionen einer schwangeren Frau sich mit solcher Dringlichkeit geltend mach(t)en, dass jedenfalls die staatliche Rechtsordnung...nicht verlangen kann, die Frau müsse hier dem Lebensrecht des Ungeborenen unter allen Umständen Vorrang geben.“⁴⁵⁹ Zum Ausdruck brachte das BVerfG damit, dass es ebenso eine Abwägung von Positionen der Frau mit denen des Kindes für erforderlich halte; für die Unzumutbarkeit könne aber nur in äußersten und noch dazu Einzelfällen plädiert werden.

⁴⁵⁴ BT-Drs. VI / 3434, S.21

⁴⁵⁵ Dieses Gesetz wies eine der heutigen Fassung der medizinisch-sozialen Indikation ähnliche auf.

⁴⁵⁶ BT-Steno.Ber., 7.WP, S.1470

⁴⁵⁷ Koch, Eser/Koch, Internationaler Vergleich, I, S.126 f

⁴⁵⁸ BVerfG E 88, S.203 ff

⁴⁵⁹ BVerfG E 88, 257

Diese Ansicht wurde ohne weitere Erläuterungen vom Gesetzgeber des SFHÄndG in den wiederum eine vom Zumutbarkeitsbegriff abhängige medizinisch-soziale Indikation enthaltenden Gesetzestext übernommen. Festzuhalten bleibt, dass auch der Gesetzgeber beim Wort Un-/Zumutbarkeit das Maß einer bestimmten Erwartung als immanent angesehen hat und sieht. Ob diese Erwartung durch die Schwangere erfüllt werden kann und muss und dementsprechend eine Nichterfüllung strafrechtlich sanktioniert wird, kann nur i.R.e. Abwägung festgestellt werden.

(2.3.4.) Teleologische Auslegung

Die Wortbedeutung von „zumutbar(e Weise)“ könnte durch die Hinterfragung des Sinnes und Zweckes des Gesetzes näher geklärt werden.

Wie schon des öfteren erwähnt, bezwecken die §§ 218 ff StGB den Schutz des ungeborenen Lebens. Als Merkmal innerhalb des Ausnahmetatbestandes § 218 a II StGB kann die Zumutbarkeit nur bei Situationen angenommen werden, die über das zu erwartende Maß an Aufopferung für das spätere Kind hinausgehen.

Indem das BVerfG gerade die Un-/Zumutbarkeit als Kriterium für die Anerkennung der vom Gesetzgeber zu verfassenden Ausnahmelagen postuliert hat, zeigt es, dass es diesem Begriff eine einschränkende Handhabung zumisst.

Besonders um dem von der Verfassung anerkannten Wert des Rechtsgutes „ungeborenes Leben“ genügend Beachtung zukommen zu lassen, ist die Abwägung mit ihm auf der einen Seite und den bei der vom Gesetz grundsätzlich gewollten Austragung des Kindes berührten Interessen der Mutter auf der anderen Seite erforderlich. Wie der Vergleich mit der in § 35 StGB enthaltenen Zumutbarkeitsklausel zeigt, ist diese der Ausgangspunkt für die einzubringende Abwägung.

Aus dem Zweck der Ausnahmeregelung des § 218 a II StGB, mit diesen von der Rechtspflicht zum Austragen des Kindes ausgenommenen Lagen den Interessen der Schwangeren gerecht zu werden, lässt sich ableiten, dass auch die Zumutbarkeit als Merkmal des Ausnahmetatbestandes sich an der schwangeren Mutter zu orientieren und deren Bewertungen zu beinhalten hat.

(2.3.5.) Zwischenergebnis

Der wertausfüllungsbedürftige Begriff „zumutbar“ ist als „bestimmt“ i.S.v. Art.103 Abs.2 GG einzuordnen, da mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden (s.o.) eine zuverlässige Grundlage für dessen Anwendung gefunden werden kann.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die konkrete Zumutbarkeitsfrage wegen der jeweiligen Interessenabwägung von Einzelfall zu Einzelfall neu entschieden werden muss. Um den vielfältigen einfließenden Faktoren und damit der komplexen Lage der Schwangeren gerecht werden zu können, ist eine fest umrissene Wortbedeutung nicht möglich, aber auch nicht nötig.

(2.4.) Bestimmtheit des Tatbestandsmerkmals „ärztliche Erkenntnis“

Neben den Begriffen wie „schwerwiegend“, „Gesundheitszustand“ und „zumutbare Weise“ handelt es sich auch bei dem der „ärztlichen Erkenntnis“ um einen der näheren Erläuterung / Deutung bedürftigen Rechtsbegriff.

(2.4.1.) Grammatische Auslegung

Anhand des Sprachgebrauchs, wobei sowohl die Alltags- als auch die jeweilige Fachsprache zu beachten sind, ist die Bedeutung der „ärztlichen Erkenntnis“ zu ermitteln.⁴⁶⁰

Nach dem allgemeinen Sprachsinn steht die „Erkenntnis“ für die durch die geistige Verarbeitung von Eindrücken und Erfahrungen gewonnene Einsicht. Erkenntnis ist die Fähigkeit des Erkennens, des Erfassens der Außenwelt und der Realität. Wenn § 218 a II StGB n.F. von der „ärztlichen Erkenntnis“ spricht, also auf das Erfassen durch eine genau gekennzeichnete Berufsgruppe abstellt, ist damit die aus Geschehenem gewonnene Einsicht von Ärzten gemeint. Wer alles unter die Berufsbezeichnung Arzt fällt, damit aufgrund ärztlicher Erkenntnis urteilen kann, lässt der Wortlaut jedoch offen. Der Begriff „Arzt“ kennzeichnet eine große Gruppe von Personen, die aufgrund eines absolvierten Studiums medizinische Kenntnisse erworben

haben. Dazu zählen u.a. der Zahnarzt, der Ohrenarzt wie auch der Tierarzt. Eine nähere Bestimmung, wer genau nun von diesen beispielhaft aufgezählten Ärzten i.S.v. § 218 a II StGB nach ärztlicher Erkenntnis die Indikationsfeststellung treffen darf, sagt der Wortlaut nicht. Der juristische Sprachgebrauch für die Wortbedeutung knüpft gleichfalls an die Abhängigkeit der Erkenntnis von einem bestimmten Berufsstand an. Danach zählen zur „ärztlichen Erkenntnis“ nicht nur die gefestigten Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft und Praxis⁴⁶¹, sondern neben den medizinisch-technischen Daten sind ebenfalls alle „ärztlich bedeutsamen Faktoren“ einzubeziehen. Gerade mit der Wahl des Ausdruckes „ärztlich“ wird angezeigt, dass solche Umstände nicht rein medizinischer Art sein müssen⁴⁶², sondern allen Bereichen des Berufsbildes „Arzt“ entspringen können. Ein Arzt ist bspw. in der Lage, gegenwärtige und zukünftige Lebensverhältnisse in der Beurteilung zu berücksichtigen. Denn „jeder verantwortungsbewusste Arzt wird die Schwangere zunächst eingehend untersuchen, sich dann mit ihr sowohl über medizinische⁴⁶³, wie nicht-medizinische⁴⁶⁴ Fakten unterhalten. Damit ist, wenn auch umstritten, ein gewisser Beurteilungsspielraum für den Arzt eröffnet, da bei der Indikationserhebung auch die subjektive Bewertung durch den Arzt selbst ausschlaggebend wird. Dieser ist gerichtlich nicht überprüfbar, solange das Ergebnis noch vertretbar erscheint. Der Wortlaut „ärztlich“, statt medizinisch, legt daher eine in gewissem Umfang unüberprüfbare Beurteilung durch den Arzt nahe.

Wer nach juristischem Sprachgebrauch als Arzt angesehen wird, lässt sich mit Blick auf § 203 StGB dahingehend beantworten, dass „Arzt“ ist, wer als „Arzt“ approbiert ist. Die separate Aufzählung von Tierarzt und Zahnarzt neben dem „Arzt“ in § 203 StGB legt die Vermutung nahe, dass die beiden erstgenannten Berufe vom Gesetz nicht als „Arzt“ im gleichen Sinne verstanden werden und damit auch nicht unter die „ärztliche Erkenntnis“ fallen. Hingegen ist der „Ohrenarzt“, der seine Approbation als Arzt besitzt, von der „ärztlichen Erkenntnis“ nicht durch den (juristischen) Sprachgebrauch ausgenommen.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ Gropp, AT, S.49

⁴⁶¹ Sonst könnte von einer „medizinischen Erkenntnis“ ausgegangen werden; zu beachten ist, daß der jeweilige aktuelle Stand der einschlägigen Wissenschaft ausschlaggebend ist, d.h. nicht das Durchschnittswissen eines Arztes.

⁴⁶² BT-Drs.7/1981 (neu), S.16 f; BT-Sonderausschußprot., 75.Sitzg., S.2396

⁴⁶³ Z.B. vorherige Krankheiten

⁴⁶⁴ Z.B. bisheriger Lebensverlauf

⁴⁶⁵ Inwieweit die „ärztliche“ Standesregel, daß jeder Facharzt in seiner ärztlichen Betätigung auf sein Fach beschränkt ist und demgemäß seine Kompetenz auch nur dort vermutet wird, durchgreift, ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen.

(2.4.2.) Systematische Auslegung

Nach wie vor⁴⁶⁶ ist die nunmehr in § 218 a II StGB n.F. niedergelegte medizinisch-soziale Indikation als eine übergreifende medizinische Indikation anzusehen, in die die noch im Gesetzestext vorhandene „kriminologische“ Indikation (§ 218 a III StGB) und die von der medizinischen aufgefangenen „Indikationen“ als (spezielle)Unterfälle eingebunden werden.⁴⁶⁷

Dass es sich dementsprechend nicht um selbständige und gleichwertig nebeneinander stehende Indikationen handelte und handelt⁴⁶⁸, hat den Vorzug, dass solch eine Integration in eine medizinisch-soziale „Oberindikation“ die letztlich gegebene medizinische Motivation und damit die Tatsache verdeutlicht, dass alle Indikationen von Ärzten beurteilt werden müssen und in allen Konsequenzen nur von Ärzten beurteilt werden können.⁴⁶⁹

Diese, wenn auch umstrittene⁴⁷⁰, gesetzliche Konstruktion stellt zudem klar, dass das „ärztliche“ Moment der „ärztlichen Erkenntnis“ eine Vorrangstellung bekleidet.⁴⁷¹ Zum einen muss dann hinsichtlich der Qualifikation des Erkennenden die „Arztstellung“ i.S.d. Approbation und i.V.m. den Schutzanforderungen zugunsten des ungeborenen Lebens auch ein für das jeweilige diagnostizierte medizinische Leiden kompetenter Arzt gefordert werden. Zum anderen zeigt die mit der Gesetzeskonstruktion verbundene Forderung nach einer Arztbeurteilung, dass dieser auch in der Lage ist, die in den verschiedenen Indikationen vorausgesetzten, nicht rein medizinischen Bedingungen einzuschätzen. Da es sich um eine „ärztliche“ Entscheidung handelt, muss zur Erläuterung auf das sonstige Vorgehen des Arztes in der Praxis bei einer „Entscheidung“ zurückgegriffen werden. Die vorzunehmende Diagnose und Prognose lassen genügend Raum für subjektive Einschätzungen neben der am medizinischen Standard orientierten und für einen objektiven Beobachter nachvollziehbaren Beurteilung. Demzufolge erwächst dem Arzt aber auch i.R.d. ärztlichen Erkenntnis ein gewisser Spielraum, der gerichtlich nicht überprüfbar ist, soweit noch „Vertretbarkeit“ anzunehmen ist.⁴⁷²

Das Verständnis als medizinisch-soziale Oberindikation lässt daher den Schluss auf das Erfordernis eines für das jeweilige diagnostizierte Leiden sachkundigen Arztes und einem bei der Beurteilung aller „ärztlich bedeutsamen Faktoren“ gegebenen, gerichtlich nicht überprüfbaren Raumes zu.

⁴⁶⁶ Zur Diskussion i.R.d. 15.StÄG vgl. Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.2 f; Beulke, FamRZ 1976, S.598; Lackner, NJW 1976, S.1236 f; Schreiber, FamRZ 1975, S.670 f

⁴⁶⁷ Siehe nur Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.23

⁴⁶⁸ BT-Drs.7/4696, S.7; BT-Sonderausschußprot., 75.Sitzg., S.2393 f; Eser, Baumann-FS, S.176

⁴⁶⁹ BT-Sonderausschußprot. 75.Sitzg. a.a.O. – Gegen diese Ansicht sprechen sich aus : (noch zum Recht i.d.F. des 15.StÄG) Schreiber, FamRZ 1975, S.670 f; Lackner, NJW 1976, S.1237

⁴⁷⁰ Vgl. nur Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.3

⁴⁷¹ Eser, Baumann – FS, S. 176

Belegt wird dieses Erfordernis auch durch die Eigenschaft des Ausdrucks „ärztliche Erkenntnis“ als Tatbestandsmerkmal des Ausnahmetatbestandes § 218 a in Absatz 2. Gerade um den Schutz des ungeborenen Lebens besser gewährleisten zu können, ist eine Einbeziehung auch der „ärztlich bedeutsamen Faktoren“ neben den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft und Praxis angebracht. Mittels dieser kann bspw. der Wert des ungeborenen Lebens – Leben als Höchstwert der deutschen Verfassung – in die Betrachtung mit einfließen.

Auch weil der Gesetzgeber den Arzt kaum nur als einseitigen Vertreter der zu einem Abbruch entschlossenen Schwangeren, sondern auch als Anwalt der Kindesinteressen angesehen hat, konnte er die „Erkenntnis“ diesem Berufsstand überlassen, wobei die unterstellte Loyalität beider Seiten gegenüber die subjektive Bewertung durch den Arzt ermöglicht.

Die Regel des Lebensschutzes durch die §§ 218 ff StGB erfordert i.R.d. „ärztlichen Erkenntnis“ des Weiteren eine für den konkreten Einzelfall, die konkrete Schwangere, angepasste Qualifizierung des Arztes. Je sachkundiger dieser ist, desto besser können auch die Interessen des Kindes durch ihn vertreten werden; namentlich, dass ein Psychiater die Ernsthaftigkeit der Suizidgefahr einzuschätzen weiß und bei Verneinung der Voraussetzungen der Abbruch nicht stattfinden kann.

Andererseits kann die ärztliche Erkenntnis als Teil der Ausnahmevorschrift zum Abbruchverbot, die v.a. zur Wahrung der Rechte und Interessen der Schwangeren geschaffen worden ist, nicht nur die rein medizinischen Fakten beachten, sondern muss ebenso die subjektiven Vorstellungen und Empfindungen der Schwangeren mit berücksichtigen. Weil diese jedoch nur im Rahmen eines vertrauensvollen Gesprächs herauszufinden sind, und es zu einem vergleichbaren Zusammenwirken zwischen (beurteilendem) Gericht und Frau im nachhinein nicht kommen wird, ist auch daraus für die „ärztlichen Erkenntnis“ ein nicht gerichtlich überprüfbarer Spielraum für die Beurteilung des Arztes zu schlussfolgern.

(2.4.3.) Historische Auslegung

Mit Hilfe des allgemeinen geschichtlichen Zusammenhanges, in dem der in § 218 a II StGB enthaltene Ausdruck steht, und seiner besonderen Entstehungsgeschichte soll eine Deutung von „ärztlicher Erkenntnis“ erfolgen, so dass dieser als „bestimmt“ genug i.S.v. Art.103 Abs.2 GG eingeordnet werden kann.

⁴⁷² Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.36; BGH NJW 1985, S.2753 f; ferner BGH Z 38, S.156

Der Begriff „ärztliche Erkenntnis“ tauchte zum ersten Mal im Rahmen der Diskussion um das 15.StÄG im Gesetzeswortlaut der Ausnahmevorschrift des § 218 a StGB a.F. auf.⁴⁷³

Da dieser seitdem sowohl in der Fassung des SFHG wie auch in der geltenden des SFHÄndG verwendet worden ist und wird, kann hinsichtlich der gesetzgeberischen Motive und des dort hervortretenden Willens in Bezug auf die Deutung der „ärztlichen Erkenntnis“ auf die zum 15.StÄG angestellten Erwägungen zurückgegriffen werden.

Mit der Wahl des Begriffes „ärztlich“ sollte verdeutlicht werden, dass nicht nur rein medizinische Gesichtspunkte, sondern alle „ärztlich bedeutsamen Faktoren“, wie bspw. die Beachtung des Auftrages des Arztes zur Lebensrettung (Hippokratischer Eid), mitberücksichtigt werden sollten.⁴⁷⁴ Denn die „ärztliche Erkenntnis“ müsste „...auf all das bezogen werden, was in einem Zusammenhang mit der Tätigkeit des Arzt stehe.“ Im Rahmen dieser Tätigkeit wäre es die selbstverständliche Pflicht, beim Stellen einer Prognose bspw. die Gesamtumstände des Kranken für die Gegenwart und die Zukunft zu beachten. Dies zu beurteilen ist der Arzt nach Ansicht des Gesetzgebers auch imstande, weil er auch bei sonstigen medizinischen Problemen die Lebensverhältnisse von Patienten einschätzen muss, um zu einem richtigen Ergebnis zu gelangen.⁴⁷⁵ Indem der Arzt bei der Indikationsstellung nicht auf die Erhebung rein objektiv feststellbarer medizinisch-technischer Daten, namentlich durch eingehende Untersuchung der Schwangeren, mehr beschränkt ist, sondern auch die ihm bedeutsam erscheinenden Faktoren berücksichtigen und verwerten darf⁴⁷⁶, eröffnete ihm der Gesetzgeber gleichzeitig auch einen Raum für die persönliche Bewertung des Ganzen. Die subjektive Einschätzung des Mediziners ist der „ärztlichen Erkenntnis“ immanent.

Bestätigt wurde diese Ansicht ebenso von dem die „ärztliche Erkenntnis“ in den geltenden § 218 a StGB übernehmenden Gesetzgeber. Die angesprochene „ärztliche“ Überzeugung über das Vorliegen der Indikation⁴⁷⁷ verdeutlicht den Einfluss der subjektiven Komponente i.R.d. „ärztlichen Erkenntnis“.

Des Weiteren dürfte der Diskussion um das 15.StÄG hinsichtlich des Begriffes „ärztliche Erkenntnis“ mit dem Wechsel von „medizinisch“ zu „ärztlich“ der Hinweis auf die Berufsgruppe und auch die nähere Qualifikation des Indikationsfeststellenden zu entnehmen sein. Zum ersten muss(te) es sich um einen Arzt handeln. Ausdrücklich ausgeschlossen, da nicht

⁴⁷³ Noch bis zum 5.StRG war stattdessen von den „Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft“ die Rede. Dieser Ausdruck war dem Sprachgebrauch des § 2 KastG entnommen. Wie der Wortlaut dessen schon nahe legte, beschränkte sich die Begriffsdeutung auf rein medizinische Aspekte. Zwar gehörten zu den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft auch die Erfahrungen der ärztlichen Praxis; eine umfassende ärztliche Würdigung des Einzelfalles konnte aber (im Zweifelsfall) nur über das Merkmal „angezeigt“ stattfinden.

⁴⁷⁴ BT-Drs.7/1981 (neu), S.16 f

⁴⁷⁵ BT-Sonderausschußprot., 7.WP, 75.Sitzg., S.2396

⁴⁷⁶ Eser, Baumann-FS, S.176

unter diese Berufsbezeichnung fallend, wurden der Zahnarzt und der Psychologe, da gemäß der BÄO nur Arzt sei, wer auch als „Arzt“ approbiert sei. „Für Zahnärzte gäbe es (bspw.) eine eigene Approbationsordnung.“⁴⁷⁸ Zum zweiten würde der ärztlichen Erkenntnis zu entnehmen sein, dass das Erkennen durch den Arzt eng verbunden ist mit dessen Sachkunde. Demzufolge fordere das ärztliche Standesrecht, obwohl sich der jeweilige Arzt auf die Approbation zurückziehen kann, dass jeder Arzt sich nur in dem Fach betätigen solle, in dem er erwiesenermaßen kompetent sei, bzw. sonst gegebenenfalls einen Sachkundigeren hinzuziehen solle.⁴⁷⁹

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit der „ärztlichen Erkenntnis“ v.a. die Einbeziehung aller aus Sicht des Arztes bedeutsamen Faktoren und damit die Beurteilung durch Ärzte in allen Konsequenzen erreichen wollte.⁴⁸⁰ Die Qualifikation des Urteilenden und damit die Sicherung der Sachwaltereigenschaft für die beiden in Konkurrenz stehenden Kindes- wie Schwangereninteressen sollte sichergestellt sein.

(2.4.4.) Teleologische Auslegung

Aus dem leitenden Zweck- und Wertgedanken der §§ 218 ff StGB müsste der dem § 218 a II und speziell dem Ausdruck „ärztliche Erkenntnis“ zugrunde liegende Sinn abzuleiten sein. Der durch § 218 niedergelegte sowie grundsätzlich verbürgte und geforderte Schutz des ungeborenen Lebens erfordert einerseits von der Beurteilung „nach ärztlicher Erkenntnis“, dass sie „auch“ objektiven Grundsätzen folgen muss und insoweit richterlich nachprüfbar ist.⁴⁸¹ Denn der Abbruch der Schwangerschaft – welcher (fast)⁴⁸² immer die Tötung des ungeborenen Lebens nach sich zieht⁴⁸³ – darf und soll nicht freiem ärztlichem Belieben überlassen werden. Des Weiteren erfordert gerade dieses hohe Gut „menschlichen, auch ungeborenen Lebens“, dass nicht nur irgendeine beliebige Person dieses Berufsstandes „Arzt“ die Einschätzung vornimmt, sondern dass die Person hierbei die Regeln des Berufes beachtet und die im

⁴⁷⁷ BT-Drs.13/285, S.18; BT-Drs.13/1850, S.26 spricht von der „ärztlichen Meinungsbildung“.

⁴⁷⁸ BT-Sonderausschußprot., 7.WP, 76.Sitzg., S.2431

⁴⁷⁹ BT-Sonderausschußprot. ebd.

⁴⁸⁰ BT-Sonderausschußprot., 7.WP, 75.Sitzg., S.2394

⁴⁸¹ BGH St 38, 144 (152)

⁴⁸² Mit Ausnahme des Falles, in dem das Kind wegen seiner Konstitution gerettet werden kann und dies dem Wunsch der Mutter entspricht.

⁴⁸³ BVerfG E 88, 255 f; BVerfG E 39, 1 ff (43)

Einzelfall erforderliche Sachkunde einbringt.⁴⁸⁴ Dies wirkt sich auf die „ärztliche Erkenntnis“ aus.

Demgegenüber wirkt sich die Tatsache, dass es sich bei § 218 a II um eine Ausnahmeverordnung handelt, dahingehend aus, dass i.R.d. „ärztlichen Erkenntnis“, wie auch bei sonstigen ärztlichen Tätigkeiten üblich, die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten⁴⁸⁵, hier der Schwangeren, Berücksichtigung finden müssen. Die ärztliche Erkenntnis muss eben nur „auch“ objektiven Grundsätzen folgen.⁴⁸⁶

(2.4.5.) Zwischenergebnis

Der Begriff der „ärztlichen Erkenntnis“ ist anhand der vier anerkannten Auslegungsmethoden, wie gesehen, einer Deutung zugänglich, die eine sichere Anwendungsgrundlage für die Norm des § 218 a Abs.2 StGB n.F. schafft. Damit ist dem Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art.103 Abs.2 GG genügt.

Zu beachten ist weiterhin, dass jedes Merkmal trotz seiner jeweiligen Wertausfüllungsbedürftigkeit ja auch im Kontext mit den anderen Voraussetzungen im Tatbestand des § 218 a II StGB steht.

Die Gefahr für das Leben oder die der schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes wird im Rahmen einer einheitlichen Betrachtung, zu der die Berücksichtigung der gegenwärtigen wie auch der zukünftigen Lebensverhältnisse⁴⁸⁷ gehört, vom Arzt diagnostiziert und anschließend einer Abwägung, ob damit die Fortsetzung der Schwangerschaft noch zumutbar ist, unterzogen. Beispielsweise kann die Frage, ob der Schwangerschaftsabbruch nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für den Gesundheitszustand abzuwenden, vielfach nur im Zusammenhang mit der weiteren Frage beantwortet werden, ob die Schwangere den Belastungen von Schwangerschaft, Geburt und Mutterschaft gesundheitlich gewachsen ist. Die Grenzen der physischen und seelischen Belastbarkeit können gerade nicht abstrakt, d.h. ohne Rücksicht auf konkrete Lebensverhältnis-

⁴⁸⁴ BGH St 38, 144 (152); BGH St 3, 7 ff (11)

⁴⁸⁵ Eser, Baumann-FS, S.174; BT-Sonderausschußprot., 7.WP, 75.Sitzg., S.2396

⁴⁸⁶ BGH St 38, 144 (152)

⁴⁸⁷ Mit der Wiedereinführung des Kriteriums der „Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren“, welches schon bei seiner Ersteinführung durch den BGH (St 38, 144 ff (157)) als zu unbestimmt eingestuft worden ist, hat die medizinisch-soziale Indikation nach Ansicht einiger Autoren (z.B. Tröndle, § 218 a, Rz.9a; ähnlich Lackner, § 218 a, Rz.16 u. Beckmann, MedR 1998, S.155

se, festgestellt werden. Auch fallen die vom Arzt zu beachtenden Vorstellungen/Lebensumstände der Schwangeren bei der Entscheidung ins Gewicht, ob die Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes schwerwiegend ist. Von Frau zu Frau kann und wird dies variieren, wobei v.a. bereits vorhandene Kinder oder Pflegefälle besonderer Berücksichtigung bedürfen. Insbesondere sind auch die Frage der Zumutbarkeit und die der möglicherweise gegebenen anderweitigen Abwendungsmöglichkeiten bei der in den gegenwärtigen und zukünftigen Lebensumständen fußenden Gefahr für die Schwangere gesondert zu überprüfen. Festzuhalten ist damit, dass die Kriterien des § 218 a II StGB n.F. wechselseitig aufeinander einwirken und einen durch „ungenau“ Begriffe gekennzeichneten, aber einer sicheren Grundlage für die Auslegung und Anwendung zugänglichen Rechtfertigungstatbestand ergeben. Artikel 103 Abs.2 GG ist Genüge getan.

(3) Konkrete Anwendung

Fraglich ist nun, ob § 218 a II durch die Möglichkeit der Aufnahme von eugenischen Fallkonstellationen eine insoweit unbestimmte Norm darstellt, dass sie den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot, Art.103 Abs.2 GG, § 1 StGB, unter keinen Umständen mehr genügt. Denn mit einer solchen Aufnahme könnte eine Erweiterung der medizinisch-sozialen Indikation in der Weise vorliegen, dass dem bisherigen Bedeutungsgehalt der Vorschrift ein weiterer hinzugefügt wird und damit eine unbestimmte medizinisch-soziale Indikation, § 218 a II, vorliegt.

Die medizinisch-soziale Indikation im „alten“ Recht (15.StÄG) wurde der Statistik nach⁴⁸⁸ in der Praxis in ihrem Anwendungsbereich im wesentlichen auf das klassische Gebiet ärztlichen Handelns beschränkt⁴⁸⁹, womit v.a. eine enge Interpretation der schon bereits in der bis zum Inkrafttreten des SFHÄndG geltenden Fassung vorhandenen Voraussetzung „Berücksichtigung der gegenwärtigen.....“ verbunden war. Die „(...)gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse (...)“ waren dabei nur insoweit einzubeziehen, als sie unmittelbare Auswirkungen auf den physischen, insbesondere aber den seelischen Gesundheitszustand der Schwangeren während der Schwangerschaft hatten.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ Vgl. das bei Jähnke, LK, Vor § 218, Rz.29 für die Jahre 1980, 1981 und 1982 aufgestellte Zahlenmaterial

⁴⁸⁹ Jähnke, LK, § 218 a, Rz.35

⁴⁹⁰ Otto, JURA 1996, S.141

Gerade über dieses Kriterium der „Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse...“, welches Eingang in die Gesundheitsgefahr findet (s.o.), könnte die Überforderung mit einem behinderten Kind - in Vorausschau auf die nachgeburtlichen Sorge- und Einstandspflichten für die künftigen Lebensverhältnisse – nunmehr zum Abbruch innerhalb der medizinisch-sozialen Indikation führen. Zuzugeben wäre damit den Stimmen, die von einem Verlust klarer Konturen der medizinischen Indikation ausgehen⁴⁹¹, dass die ohnehin schon mehr oder weniger nur am Einzelfall bestimmbare Indikation (s.o.) ein Feld von vielfältigen, unterschiedlichen Konstellationen durch den Einbezug der Anwendungsfälle der ehemaligen eugenischen Indikation innerhalb des § 218 a II StGB erhält.

Zu beachten ist aber ebenso, dass mit dem Wegfall der eugenischen Indikation unter dem gleichzeitigen, vom Gesetzgeber gewollten „Auffangen“ der von dieser Indikation bisher erfassten Fälle⁴⁹² keine völlig neue Gesetzessituation geschaffen wurde. Schon im Rahmen des wortgleichen § 218 a I Nr.2 StGB i.d.F. des 15.StÄG konnte nach Ablauf der für die eugenische Indikation vorgeschriebenen Frist von 22 Wochen ein Schwangerschaftsabbruch anerkanntermaßen⁴⁹³ vorgenommen werden, wenn gleichzeitig auch die Voraussetzungen einer medizinischen Indikation erfüllt waren, also tatsächlich eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr i.S.v. § 218 a I Nr.2 StGB a.F. gegeben war.

Insoweit war auch die Formulierung der medizinisch-sozialen Indikation des alten Rechts in keiner „bestimmteren Fassung“⁴⁹⁴ als die des nunmehr geltenden Rechts.

Der Wortlaut selbst „(...) wenn der Abbruch unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen (...)“ hebt zwar keineswegs auf die voraussichtliche Schädigung des Kindes ab, er schließt die Möglichkeit, dass eine solche Behinderung (tatsächlich) eine Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr bei der Schwangeren hervorruft aber auch nicht aus.

Aus der Stellung der Vorschrift des § 218 a II StGB n.F. im Gesetz lässt sich nicht auf die Anwendbarkeit gleichfalls auf eugenische Fallkonstellationen schließen. Verwiesen sei aber auf das Verhältnis zwischen eugenischer Indikation und der mit dem jetzigen § 218 a II wortgleichen medizinisch-sozialen Indikation i.d.F. des 15.StÄG.

Die Annahme der (umstrittenen) Konstruktion des Gesetzes, die Indikationen des § 218 a II StGB i.d.F. des 15.StÄG, somit auch die eugenische in § 218 a II Nr.1, als Unterfälle einer medizinisch-sozialen Oberindikation zu gestalten, führte dazu, dass eine Tatbestandskomponente der medizinischen Indikation in den Unterfällen unwiderleglich vermutet wurde. Die

⁴⁹¹ Siehe Lackner, § 218, Rz.22 u. § 218 a, Rz.16; Tröndle, § 218 a, Rz.9 c, 10

⁴⁹² Wenn die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation erfüllt sind, s.o. Pkt.Teil 2.C.III.1.

⁴⁹³ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.30; D/T, 46.Aufl., § 218 a, Rz.18; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.499

⁴⁹⁴ Also eine dem Bestimmtheitsgebot des Art.103 Abs.2 GG besser gerecht werdenden Fassung darstellen.

Vermutung ging dahin, dass die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren auch dann vorlag, wenn nach ärztlicher Erkenntnis die im einzelnen näher gekennzeichneten Voraussetzungen der Unterfälle, bspw. die der eugenischen Indikation, erfüllt waren. Demzufolge lösten die eugenischen Fälle gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG immer auch eine Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes i.S.v. § 218 a I Nr.2 StGB a.F. aus und konnten zur Abtreibung i.R. dieser Ausnahmelage führen.

Auch wenn diese Konstruktion durch den Wegfall der ehemals eigenständig gefassten eugenischen Indikation nicht mehr praktikierbar ist, kann die Behinderung des Kindes nun aber u.U. tatsächlich eine Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr für die Mutter auslösen. Da also „eugenisch motivierte“ Konstellationen nach geltendem Recht nur i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. zum gerechtfertigten Abbruch führen können, wenn die Voraussetzungen dieser Indikation gegeben sind, und diese Voraussetzungen wiederum in ihrem Sinngehalt lt. dem Gesetzgeber durch die Gesetzesneuregelung keine Veränderung erfahren haben⁴⁹⁵, kann es auch zu keiner Aufweitung durch die Möglichkeit der Abtreibung eugenischer Anwendungsfälle gekommen sein. Die Tatbestandserfordernisse von § 218 a II genügen – wie gezeigt – den Bestimmtheitsanforderungen; mangels Aufweitung entfällt demzufolge ein Verstoß gegen Art.103 Abs.2 GG durch eugenische Fallkonstellationen.

Der Auffassung, dass die nunmehrige medizinisch-soziale Indikation den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes des Art.103 II GG mit dem „Auffangen“ von Fällen der ehemaligen eugenischen Indikation nicht mehr genügt, kann zudem entgegengehalten werden, dass, da die Bedingungen der medizinisch-sozialen Indikation vorliegen müssen, diese bei Erfüllung auch als solche gegeben ist. Letztlich sind die Fälle der Behinderung des Kindes ebenso wie die einer völligen Überlastung der Schwangeren durch Familie, Beruf und wirtschaftliche Engpässe nur möglicher Ansatzpunkt für einen Schwangerschaftsabbruch, wobei die Vielzahl in Bezug auf die Unterschiedlichkeit letzterer ebenso wenig eine Bestimmtheit i.S.e. mit Höchstmaß ausgestatteten formalen und inhaltlichen Detailliertheit aufkommen lässt wie die nun möglichen eugenischen Fallkonstellationen.

Des Weiteren muss berücksichtigt werden, dass die ohnehin schon zugelassenen Auflockerungen des Bestimmtheitsgebotes (s.o.) v.a. bei dessen Anwendung auf Rechtfertigungsgründe anerkanntermaßen⁴⁹⁶ zusätzlicher Ausdehnung unterworfen sind. Namentlich Eser⁴⁹⁷ geht

⁴⁹⁵ siehe Äußerungen der Bundesregierung, BT-Drs.13/5364, S.15

⁴⁹⁶ Vgl. Erb, ZStW 108, S.291 ff; Sch/Sch-Eser, § 1,Rz.14; Dreher, Heinitz-FS, S.222; Lenckner, GA 1968, S.9

⁴⁹⁷ Siehe Eser unter Pkt.Teil 2.B.III.2.a)

zwar einerseits davon aus, dass die Gesetzgebung auch bei Schaffung oder Modifizierung von Rechtfertigungsgründen auf größtmögliche Präzision und etwaige Rückwirkungen auf andere Strafnormen Rücksicht nehmen muss, andererseits die Rechtfertigungsgründe durch die Gesetzlichkeitsgarantie des Art.103 II GG nach dem derzeitigen Stand der Diskussion nicht voll erfassbar seien. Eine solche, wenn auch eingeschränkte Erstreckung des Gebotes aus Art.103 II GG auf die Rechtfertigungsgründe ist zu unterscheiden von der vertretenen Nichtanwendbarkeit des Gebots der Tatbestandsbestimmtheit überhaupt. Denn ersteres bedeutet im Gegensatz zur kompletten Versagung des Schutzes durch Art.103 II GG zumindest die Aufforderung an den Gesetzgeber, sein Möglichstes zur klaren Formulierung zu tun, um sich dem in Art.103 II GG für das Strafrecht erteilten Auftrag nicht gänzlich zu entziehen. Damit wäre auch ein nicht den sonst an Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches gestellten Bestimmtheitsanforderungen entsprechender § 218 a II StGB n.F. noch „bestimmt genug“, um den an Erlaubnissätze gestellten Bedingungen an das Gebot hinreichender Bestimmtheit zu entsprechen.

Dass „unbestimmtere“ Rechtfertigungsgründe zugelassen werden, könnte mit den Problemen hinsichtlich der Durchsetzbarkeit des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes zusammenhängen.

Zum einen hat dieses Verfassungsprinzip seine Funktion durch die in der Vergangenheit erfolgten Aufrechterhaltungen auch denkbar unbestimmter Tatbestände durch das BVerfG de facto weitgehend eingebüßt.⁴⁹⁸

Zu anderen würde eine Nichtigklärung der nicht hinreichend bestimmten Rechtfertigungsnorm nur bewirken, dass es zu einer weitergehenden Ausdehnung der Strafbarkeit kommen würde, wenn nicht auf ungeschriebene (und damit noch unbestimmtere) Erlaubnissätze zurückgegriffen würde.

In die ähnliche Richtung zielt die Tatsache, dass eine unbestimmtere Fassung der Rechtfertigungsgründe wegen der eintretenden bloßen Täterbegünstigung nicht gegen das dem Gebot aus Art.103 II GG zugrunde liegende Gesetzlichkeitsprinzip – *nullum crimen sine lege* – verstößt; im Gegensatz zu den Tatbeständen des Besonderen Teils enthalten die Erlaubnisnormen keine Beschreibung strafwürdigen Verhaltens, so dass es bei Nichteinhaltung des Bestimmtheitsgebotes zu keiner Ausdehnung der Strafbarkeit kommen könnte.

⁴⁹⁸ Vgl. Etwa BVerfG E 26, 41 zum „groben Unfug“, Kritik dazu: Schroeder, JZ 1969, 775 ff; Erb, ZStW 108, 292 m.w.N. in Fn.105

(4) Ergebnis

Wenn man davon ausgeht, dass zum einen auch die jetzt geltende Fassung der medizinisch-sozialen Indikation schon nach „altem“ Recht unter Erfüllung der Voraussetzungen eugenische Fallkonstellationen in sich aufnehmen konnte und zum anderen die Bedeutung des Bestimmtheitsgebotes nach oben Gesagtem als „bloßer“ Appell an den Gesetzgeber, auch bei der Normierung von Rechtfertigungsgründen jede nicht im Hinblick auf die jeweilige Regelungsmaterie unerlässliche Unklarheit zu vermeiden, zu verstehen ist, löst auch eine durch die Möglichkeit der Prüfung eugenischer Fallkonstellationen bedingte unbestimmtere Fassung des § 218 a II StGB n.F. keinen Verstoß gegen dieses Verständnis des Bestimmtheitsgebotes aus.

Das Bestimmtheitsgebot des Art.103 II GG wird durch die neue Fassung des § 218 a II StGB nicht verletzt.

bb) Prüfung der Vereinbarkeit mit Art. 3 III S.2 GG

Zu überprüfen ist, ob das mit der Grundgesetzänderung vom 27.Okt.1994⁴⁹⁹ in Art.3 III S.2 GG eingefügte Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung, dieses „Grundrecht der Behinderten“⁵⁰⁰, durch die gewollt in die medizinisch- soziale Indikation „eingeordneten“ eugenischen Fallkonstellationen und deren für die Nichtstrafbarkeit der Schwangeren ursächliche rechtfertigende Wirkung verletzt ist, ein Verfassungsverstoß somit zu bejahen ist.

Ein Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG könnte darin bestehen, dass gerade behinderten, ungeborenen Kindern wie sonst keinem Nasciturus die Pflicht zur Aufopferung ihres Lebens bzw. zum Erdulden der Tötung über die 12 Wochen seit der Empfängnis hinaus auferlegt wird, wobei auch noch Rechtfertigung für alle Beteiligten eintritt . Ausschlaggebend für die Abtreibung i.R.d. Regelung des § 218 a II StGB n.F. könnte nämlich die Schädigung des Föten sein, wenn nur diese den gerechtfertigten Weg eröffnet.

⁴⁹⁹ BGBl. 1994 I, S.3146

⁵⁰⁰ So Sachs, RdJB 2/96, S.154 ff (154); Osterloh, GG-Sachs, Art.3, Rz.228 u.305; Jürgens, NVwZ 1995, 452 ff (452); Ipsen, StaatsR II, Rz.799; Sannwald, NJW 1994, 3313 f

(1) Die Vorschrift des Art.3 III S.2 GG - Allgemeines

„Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

Diese Ergänzung des Art.3 III GG erkennt erstmals in der deutschen Verfassungsrechtsgeschichte der Bundesverfassung das „Recht, anders zu sein und auch anders zu bleiben“ als einen Wert von Verfassungsrang an, geht damit über die in einigen Länderverfassungen nahezu ausschließlich als Staatszielbestimmungen ausformulierten behindertenbezogenen Vorschriften hinaus⁵⁰¹ und konkretisiert und verstärkt als nunmehr eigenes Grundrecht⁵⁰² den schon im Sozialstaatsprinzip (Art.20 I GG) verankerten Förderungs- und Integrationsauftrag behinderter Menschen.⁵⁰³ Von der appellativen Funktion des eingefügten Benachteiligungsverbot und deren Signalwirkung versprach und verspricht sich der verfassungsändernde Gesetzgeber eine weitere Schärfung des Bewusstseins für die besonderen Probleme von Menschen mit einer irgendwie gearteten, geistigen oder körperlichen Behinderung und ausgehend davon eine fortschreitende gesellschaftliche Integration derselben.⁵⁰⁴

Art.3 III S.2 GG als eines der gegenüber Art.3 I GG spezielleren Differenzierungsverbote des Abs.3 zieht dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Ungleichbehandlung einer bestimmten Personengruppe, den Behinderten, engere Grenzen, indem es das dort genannte, personenbezogene Merkmal als Grundlage/ Rechtfertigung für eine solch differenzierende Behandlung grundsätzlich ausschließt.⁵⁰⁵ Bei Art.3 III S.2 GG könnte es sich nicht nur um ein Verbot von „bloßen“ Differenzierungen handeln, sondern darüber hinaus könnte es (auch) als Diskriminierungsverbot anzusehen sein.⁵⁰⁶ Letzteres Verbot hebt sich von ersterem insoweit ab, als dass es nicht jedwede Unterscheidung nach dem verbotenen Kriterium schlechthin, sondern nur die in eine bestimmte Richtung greifenden Unterscheidungen wie Benachteiligung und Bevorzugung ausschließt. Insbesondere wirkt das Diskriminierungs- gegenüber dem Differenzierungsverbot demnach als Schutz vor Nachteilen.⁵⁰⁷ Da Art.3 III S.2 GG schon seinem ausdrücklichen Wortlaut nach nur als Benachteiligungsverbot ausgestaltet ist – Bevorzugungen Behinderter wurden durch den verfassungsändernden Gesetzgeber wegen geäußelter Bedenken, dass eine Vielzahl von Rechtsvorschriften zugunsten Behinderter dann verfas-

⁵⁰¹ Ein dem Art.3 III S.2 GG entsprechendes, und als Grundrecht ausgestaltetes Benachteiligungsverbot zugunsten Behinderter hat lediglich Baden-Württemberg – „nur“ Staatszielbestimmungen weisen z.B. Sachsen (Art.7 II), Brandenburg (Art.22 II) u. Sachsen-Anhalt (Art.38) auf.

⁵⁰² Dagegen geht Hesselberger, Art.3 Rz.10, nur von dem Charakter als Staatszielbestimmung aus

⁵⁰³ So Jürgens, NVwZ 1995, S.452; Sachs, RdJB 2/96, S.158; Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.120; J/P, Art.3, Rz.79

⁵⁰⁴ BT-Drs. 12/8165 S.29

⁵⁰⁵ Ipsen, StaatsR II, Rz.799; Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.102; Schmidt- Bleibtreu/ Klein, Art.3 Rz.40; BVerfG E 85, 191 ff (206); BVerfG, NJW 1998, S.131 ff(131)

⁵⁰⁶ Anders sieht das BK-Rüfner, Art.3 Abs.2 u. 3, Rz.552, der ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Diskriminierungs- und Differenzierungsverbot in Art.3 III GG annimmt.

sungswidrig und nichtig würden, nicht dem Verbot des Abs.3 unterworfen⁵⁰⁸ – kann man bei dem Grundrecht der Behinderten durchaus von einem Diskriminierungsverbot sprechen.⁵⁰⁹ Zwar sind letztlich mit jeder vorgenommenen Differenzierung auch Nachteile verbunden, umgekehrt verbindet sich mit der Auferlegung von Nachteilen, vor allem faktischen, nicht notwendig eine Differenzierung.⁵¹⁰ Der hier zusätzlich zum individuellen Abwehrenspruch eingreifende objektiv – rechtliche Gehalt des Grundrechts aus Art.3 III S.2 GG, objektive Wertentscheidung mit Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Rechtsordnung, lässt den Betroffenen vollumfänglichen Schutz hinsichtlich jeder Nachteile zukommen, so dass das Benachteiligungsverbot wegen Behinderung als Diskriminierungsverbot zu qualifizieren ist. Für eine solche Qualifizierung spricht auch die Vergleichbarkeit der Gruppe der Behinderten mit den schon jetzt ausdrücklich vor Diskriminierungen geschützten Personengruppen. Diese Gruppen, denen eines der Merkmale des Art.3 III S.1 GG immanent ist, kennzeichnen Minderheiten in der Gesellschaft, welche wegen des ihnen „anhaftenden“ Kriteriums v.a. in der Vergangenheit Repressalien und Diskriminierungen unterlagen, insbesondere in der NS-Zeit verfolgt worden sind. Ebenso wie diesen ist es auch den Behinderten ergangen. Zudem, so beklagen sie und ihre Interessenvertretungen noch heute, habe sich die Einstellung gegenüber behinderten Menschen vom Rest der Gemeinschaft in den über 50 Jahren nach Ende des 2. Weltkrieges nicht wirklich verändert; Angst und Ablehnung seien nach wie vor vorhanden, eine gewisse „Verfolgung“ immer noch gegeben.⁵¹¹ Wie die in Art.3 III S.1 GG genannten Kriterien ist die Behinderung als unabänderliche Eigenschaft des Menschen eine gängige Erscheinungsform des menschlichen Seins, die an der Würde des Menschen teilnimmt. Die Aufnahme des Behinderten-Benachteiligungsverbotes in Satz 2 als Ergänzung des Art.3 III S.1 GG unterstreicht die Vergleichbarkeit in beiden Sätzen. Unabhängig davon, ob eine Qualifizierung des Benachteiligungsverbotes von Behinderten als Diskriminierungsverbot erfolgt oder nicht, ergibt sich ein praktisch relevanter Unterschied bei der Beurteilung hinsichtlich eines Verstoßes gegen ein Differenzierungsverbot oder gegen ein Diskriminierungsverbot regelmäßig nicht.

⁵⁰⁷ Ipsen, StaatsR II, Rz.800

⁵⁰⁸ BT-Drs.12/8165, S.29; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck, Bnd.1, Art.3 Abs.3, Rz.383; Kannengießer in Schmidt-Bleibtreu/Klein, 9.Aufl., Art.3, Rz.42 a

⁵⁰⁹ Jürgens, NVwZ 1995, S.453; Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.120; BVerfGE, NJW 1998, S. 131 ff (132)

⁵¹⁰ Ipsen, StaatsR II, Rz.800; Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.104

⁵¹¹ Aussagen der behinderten Journalistin Sigrid Arnade in SPD-Materialien: „Deutschland in bessere Verfassung“ – Workshop vom 15.04.1994 in Bonn

(2) Träger des Rechts aus Art.3 III S.2 GG

Art.3 III S.2 GG nennt als Träger des Grundrechts „Niemand“.

Unter Niemand ist das gleiche wie „alle Menschen“ in Art.3 I GG zu verstehen⁵¹², wobei in Abs.3 all diese Menschen behinderte, natürliche⁵¹³ Personen sein müssen; Behindertenverbände sind nach allgemeiner Meinung⁵¹⁴ vom persönlichen Schutzbereich des „Behinderten-Grundrechtes“⁵¹⁵ ausgenommen.

(2.1.) Behindertenbegriff

Die Behinderung als wesentliches Kriterium für die Abgrenzung des Grundrechtsberechtigtenkreises und als neues Differenzierungsmerkmal des Art.3 III GG ist in Deutschland weder als Verfassungs- noch überhaupt als Rechtsbegriff mit einem traditionell anerkannten, allgemein gültigen Inhalt in Verbindung zu bringen, so dass eine Auslegung und Auslegungsgestaltung durch die einfache Gesetzgebung zu erfolgen hat.

Der im Rahmen der vom Bundestag initiierten Erstattung von Behindertenberichten der Bundesregierung⁵¹⁶ sich entwickelte Sprachgebrauch kann dabei als Anhaltspunkt für das Begriffsverständnis herangezogen werden.⁵¹⁷ Davon ausgehend liegt eine Behinderung bei Personen vor, die von Auswirkungen einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung betroffen sind, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.⁵¹⁸ Dieser „Behindertenbegriff“, der durch das BVerfG aufgegriffen wurde⁵¹⁹, orien-

⁵¹² Jürgens, NVwZ 1995, S.452; Osterloh, GG-Sachs, Art.3 Rz.238; Heun, GG-Dreier, Rz.121; Scholz, M/D, Art.3 III Rz.176

⁵¹³ Teilweise anderer Meinung ist Rübner in BK, Rz.882

⁵¹⁴ J/P, Art.3 Rz.81; Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.121; Osterloh, GG-Sachs, Art.3 Rz. 238; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.3 Rz.42 a

⁵¹⁵ Wegen der Bezeichnung einer individuellen Eigenschaft eines Menschen durch das Merkmal der Behinderung, so Osterloh in GG-Sachs, Art.3 Rz.308; Sachs, RdJB 2/96, S.154 ff (163)

⁵¹⁶ Z.B. Dritter Bericht der B-Reg. über die Lage der Behinderten und die Entwicklung der Rehabilitation, BT-Drs.12/7148, Ziffer. 1.2; 1.6.

⁵¹⁷ Scholz, M/D, Art.3 III Rz.176; Sachs, RdJB 2/96, S.154ff (163)

⁵¹⁸ BVerfG, NJW 1998, 131ff (131); Scholz, M/D, Art.3 III Rz.176; J/P, Art.3 Rz.80; Sachs, RdJB 2/96, S.154ff(163); Osterloh, GG-Sachs, Art.3 Rz.309

⁵¹⁹ BVerfG, NJW 1998, S.131ff(131) -- Eine andere Definition nimmt das BSG vor, wonach Behinderter i.S.d. § 5 RehaAnglG ist, wessen Eingliederung in die Gesellschaft infolge eines regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustandes nicht nur vorübergehend wesentlich beeinträchtigt ist – diese Definition ist zurückzustellen bei der Auslegung des Begriffes in Art.3 III S.2 GG, weil sie vordergründig die Beeinträchtigung im sozialen Umfeld berücksichtigt, denn diese soll durch Art.3 III S.2 gerade verhindert /vermindert werden und kann demzufolge nicht zugleich Tatbestandsvoraussetzung sein. Schon dieses Beispiel zeigt, daß eine allgemeingültige Begriffsbestimmung selbst im juristischen Bereich nicht vorliegt. Weitere Definitionen von „Behin-

tiert sich nahezu identisch an der abstrakt formalen Definition der Behinderung, die § 3 I S.1 SchwbG gibt, wobei diese sich wiederum an den dreistufigen Behindertenbegriff der Weltgesundheitsorganisation

1. Schaden ,
2. Funktionelle Beeinträchtigung,
3. Soziale Beeinträchtigung

anlehnt.⁵²⁰ Aber auch dieses Begriffsverständnis für die Behinderung i.S.v. Art.3 III S.2 GG unterliegt der Kritik hinsichtlich der Auswahl des Anknüpfungspunktes für die angeordnete Rechtsfolge des Grundrechts.

Ausgehend davon, dass Ziel der neuen Grundgesetzbestimmung gerade die Vermeidung und Beseitigung der rechtlichen und sozialen Beeinträchtigungen – bzw. „Auswirkungen“ i.S.v. § 3 Abs. I SchwbG – ist, kann diese (verbotene) Benachteiligung als Bestandteil der Rechtsfolge des Art.3 III S.2 GG nicht gleichzeitig im Tatbestand der Norm vorausgesetzt sein. Die 3.Stufe der Definition des § 3 SchwbG kann somit allenfalls eingeschränkt in den Behindertenbegriff des Art.3 III S.2 GG Eingang finden. Eine Beeinträchtigung aufgrund der festgestellten Funktionsbeeinträchtigung muss demnach lediglich möglich sein.⁵²¹

(2.2.) Beschränkbarkeit des Behindertenbegriffes

Soweit einig ist man sich darüber, dass „Behinderung“ sowohl die physische wie geistig-psychische Behinderung erfasst.⁵²² Das dem so sein muss, erklärt sich schon aus der gefundenen und zugrunde gelegten Begriffsdefinition : „(...) körperlichen, geistigen oder seelischen

derung / Behinderte(r)“ finden sich in § 14 II SGB XI; § 39 I BSHG i.V.m. §§ 1-3 Eingliederungshilfe-VO. Hinzukommend werden auch in anderen Wissenschaften und Fachrichtungen – namentlich Medizin – sich davon unterscheidende Behindertenbegriffe verwendet.

⁵²⁰ Scholz, M/D, Art.3 III Rz.176; Jürgens, NVwZ 1995, 452f (452); Osterloh, GG-Sachs, Art.3 Rz.308 f; BVerfG, NJW 1998, S.131ff(131)

⁵²¹ Jürgens in ZfSH / SGB 1995, S.353 ff/ 358f --- Noch umfassender sieht den Behindertenbegriff Spranger, DVBl 1998, 1058 ff (1062). Nach seiner Ansicht läßt sich die Beschränkung des verfassungsrechtlichen Behindertenbegriffs auf Schwerbehinderte i.S.d. SchwerbehindertenG v.a. mit Blick auf seine Entstehungsgeschichte und den Wortlaut des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes nicht sachlich rechtfertigen. Zusätzlich spricht die teleologische Auslegung (Integration von Behinderten in Arbeit, Beruf & Gesellschaft voranzubringen) für einen Schutz aller Behinderten und gegen die „Ausdünnung des Grundrechtsträgerkreises“. Die Übertragung des § 3 Abs.1 S.1 SchwbG in seiner Auffassung nach kontraproduktiv und verfassungswidrig.

⁵²² Scholz, M/D, Art.3 III Rz.176; Jürgens, NVwZ 1995, S.452ff /452

Zustand (...)“. Schwierigkeiten bereitet, um nur einige zu nennen⁵²³, u.a. die Präzisierung der in Frage kommenden „Funktionen“, die Bestimmung der Intensität der relevanten Beeinträchtigung, die Feststellung der notwendigen Dauer der Beeinträchtigung.⁵²⁴ Vor allem aber die graduelle Unterschiedlichkeit von Behinderungen erschwert eine Abgrenzung. Während Osterloh⁵²⁵ wie auch Jürgens⁵²⁶ eine Beschränkung nur auf den Kreis der Schwerbehinderten gem. § 1 SchwbG⁵²⁷ ablehnen, wollen Klein⁵²⁸ und auch Sannwald⁵²⁹ in erster Linie die Schwerbehinderten wegen der appellativen Funktion der Neuregelung als Grundrechtsträger des Art.3 III S.2 GG ansehen. Ebenso wollen Jarass/Pieroth⁵³⁰ v.a. Schwerbehinderte und vergleichbar beeinträchtigte Personen als Berechtigte ansehen. Scholz⁵³¹ tendiert unter Bezugnahme auf das einfache Recht (§1; § 3 SchwbG) für eine Auslegung des Behindertenbegriffes mit Ausrichtung auf die Schwerbehinderten, bei leichteren Behinderungen (etwa unter 25%)⁵³² wird es für die Bejahung der Grundrechtsträgereigenschaft nach seiner Ansicht immer kritisch.

Gegenüber etwaiger Möglichkeiten zur Einschränkung des Behindertenbegriffes über graduelle „Mindestanforderungen“ erscheinen die Meinungen von Jürgens und Osterloh vorzugsweise. Da derartige Beschränkungen im Wortlaut des Art.3 III S.2 GG keine Stütze finden und zudem davon ausgegangen werden kann, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber eine solche Intention seinerseits mit der Verwendung des aus dem SchwerbehindertenG geläufigen Begriffes kenntlich gemacht hätte, sind demgemäß Einschränkungen auf bestimmte Behindertengruppen zu verneinen. Nur ein „weiter“ Begriff der Behinderung wird zudem der mit Art.3 III S.2 GG gewollten Signalwirkung, dass „irgendwie“ behindertes Leben nach der Werteordnung des Grundgesetzes ebenso als gleichberechtigtes menschliches Sein anerkannt wird, gerecht. Vom Schutzbereich der Norm sind alle Behinderten erfasst, unabhängig von Umfang, Grad oder Schwere der Regelwidrigkeit oder Funktionsbeeinträchtigung.⁵³²

⁵²³ Probleme im Bereich der Begriffsbestimmung „Behinderte“ bereiten auch die chronisch Kranken. Strittig ist, ob diese zu Behinderten zählen oder nicht, also vom Schutzbereich des Art.3 III S.2 GG erfaßt werden. Da dies für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Fälle jedoch keine relevanten Konsequenzen nach sich zieht, soll auf eine Darstellung verzichtet werden.

⁵²⁴ So Sachs, RdJB 2/96, S.163 Fn.66

⁵²⁵ GG-Sachs, Art.3 Rz. 310

⁵²⁶ NVwZ 1995, S.452

⁵²⁷ Schwerbehinderte i.S.v. § 1 SchwbG sind Personen mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50, sofern sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 7 Abs.1 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben.

⁵²⁸ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.3 Rz.42a

⁵²⁹ NJW 1994, S.3313/ 3314

⁵³⁰ Art.3 Rz.80

⁵³¹ M/D Art.3 III Rz.176

⁵³² So auch Spranger, DVBl. 1998, S.1058 ff (1059 ff). Dieser verweist als Gegenargumente zur Einschränkung des Behindertenbegriffs gem. Art.3 III S.2 GG auf den Wortlaut („Behinderung“ statt „Schwerbehinderung“), die Unwägbarkeiten des SchwbG (Ausnahmen vom Begriff des SchwbG sind z.B.: altersbedingte und keine

(2.3.) Der Nasciturus als Grundrechtsträger

Träger des „Behinderten-Grundrechts“ gem. Art.3 III S.2 GG müsste im Rahmen der neu eingeordneten (in § 218 a II StGB) eugenischen Fallkonstellationen der behinderte Nasciturus sein. Dabei stellen sich zwei grundsätzliche Fragen:

- (1) Kommt dem Nasciturus überhaupt Grundrechtsträgereigenschaft des konkreten Rechts aus Art.3 III S.2 GG zu? und
- (2) Wie „behindert“ muss der Nasciturus sein?

(2.3.1.) Träger des Rechts aus Art.3 Abs.3 S.2 GG

Ob auch der Nasciturus unter dem Schutz des Art.3 III S.2 GG steht, entscheidet sich nun anhand der Auslegung von „Niemand“. Da unter „Niemand“ in diesem Sinne alle Menschen mit einer Behinderung zu verstehen sind (s.o.), steht Art.3 III S.2 GG als Menschenrecht jedem natürlichen Menschen, Deutschen wie Ausländer, zu, der von einer Behinderung als Bestandteil der menschlichen Erscheinungsform betroffen ist.

Mithin müsste auch dem Ungeborenen Menschenqualität zukommen.

Lt. BVerfG⁵³³ handelt es sich auch beim Ungeborenen schon um ein „individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das...sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt“. Damit ist auch der Nasciturus trotz seines Ungeborenhaltens ein „vollwertiger“ Mensch, dem das Menschenrecht aus Art.3 III S.2 GG - das Vorhandensein einer Behinderung vorausgesetzt - grundsätzlich zusteht. „Menschenqualität“ kommt dem sich entwickelnden Leben, wie es Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie belegen, bereits mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle zu.

unter 50% liegenden Behinderungen werden erfaßt), den Grundsatz der Nichtübertragbarkeit einfachen Rechts auf verfassungsrechtliche Begrifflichkeiten, die teleologische Bewertung (Zweck ist die Integration Behinderter) und die Entstehungsgeschichte (wenn Art.3 III S.2 GG die Gehalte des Sozialstaatsprinzips ergänzen bzw. verstärken sollte und das Sozialstaatsprinzip keineswegs nur die Gruppe der Schwerbehinderten, sondern alle Behinderten schützen soll, kann auch die sachliche Reichweite des eigenen Diskriminierungsverbotes keine graduellen Beschränkungen erhalten). Spranger weist sowohl das Gegenargument der „appellativen Funktion“ und das von mgl. Zweifeln an der Bestimmtheit des Verfassungsbegriffes zurück.

⁵³³ BVerfG E 88, 251 f – Alle Auffassungen, die das Menschsein an bestimmte Eigenschaften als Mensch und damit an einen physischen, psychischen oder moralischen Reifegrad knüpfen wollen, so z.B. der SVSS / USPDA, lassen medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse – mit Befruchtung existiert menschliches Leben, Leben der Gattung Mensch - außer acht.

Weiter steht die Behinderung, die in der Reihe der sonstigen Merkmale des Art. 3 III GG zu den Kriterien gehört, die unabänderliche Eigenschaften des Menschen betreffen und in diesem Rahmen zu den auf den menschlichen Körper bezogenen Merkmalen, als Erscheinungsform des menschlichen Seins – eingetreten durch Geburt, Krankheit oder Unfall – in engem Zusammenhang mit der für alle Menschen ungeachtet solcher Verschiedenheiten zu respektierenden Menschenwürde gem. Art.1 I S.1 GG, die nach dem BVerfG⁵³⁴ dem ungeborenen Leben mit Beginn seiner Existenz zukommt.⁵³⁵ Die Menschenwürde als sozialer Wert- und Achtungsanspruch, der dem (auch ungeborenen) Menschen wegen seines bloßen Menschseins, seiner Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung⁵³⁶ zusteht, lässt aufgrund dieser Prämisse Eigenschaften, Leistungen und sozialen Status eines jeden unberücksichtigt.⁵³⁷ Demnach nimmt auch die Behinderung als gängige Erscheinungsform eines Menschen an der Würde desselben teil.

Der behinderte, ungeborene Fetus kann folglich „Niemand“ i.S.v. Art.3 III S.2 GG sein.

(2.3.2.) Erforderlicher Behinderungsgrad

Wie oben schon dargestellt, ist davon auszugehen, dass der Umfang und Grad / Schwere der Behinderung wegen der fehlenden Beschränkung im Wortlaut des Art.3 III S.2 GG unerheblich sind, zunächst einmal also alle irgendwie behinderten Föten Grundrechtsträger sein können. Damit wird der Kreis der aus dem Behinderten-Grundrecht berechtigten Ungeborenen nicht von vornherein zu weit eingeschränkt.

(3) Verbotene Benachteiligung i.S.v. Art.3 III S.2 GG

Für einen Verstoß gegen das Verbot des Art.3 III S.2 GG durch die Einordnung eugenischer Konstellationen in die zeitlich unbegrenzte medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. müssten ungeborene, behinderte Kinder benachteiligt werden. § 218 a II StGB n.F.

⁵³⁴ In Anschließung an § 10 ALR, siehe BVerfG E 88, 251

⁵³⁵ Siehe hierzu auch bei Höfling, KritV 1/98, S.99 ff / 101: „.....im Blick auf Art.1 I GG (gilt): Person ist der Mensch selbst, nicht ein bestimmter Zustand des Menschen.“

⁵³⁶ Sog. Speziesismus, BVerfG E 87, S.209 / 228

⁵³⁷ So Höfling in KritV 1/98, S.99 ff / 101 f; J/P, Art.1 Rz. 4

müsste also an die Behinderung anknüpfen und diese müsste die Situation solcher geschädigter Ungeborener verschlechtern.

Grundvoraussetzung dafür ist jedoch, dass der „Abtreibungsgesetzgeber“ mit dem neuerlichen Auffangen eugenischer Fälle innerhalb der medizinisch-sozialen Indikation (1.) eine Unterscheidung i.R.d. § 218 a II StGB n.F. getroffen hat, die nach genauerer vergleichender Betrachtung zu einer verbotenen (2.) Benachteiligung (3.) wegen des Kriteriums der Behinderung führen kann.

(3.1.) Unterscheidung

Das „Behinderten-Grundrecht“ Art.3 III S.2 GG beinhaltet, wie schon kurz unter Punkt (1) ausgeführt, ein grundsätzlich strikt zu beachtendes, nahezu kategorisches Differenzierungs- bzw. Unterscheidungsverbot.⁵³⁸

Unterscheidungen liegen in jedem Staatshandeln, das generelle persönliche Voraussetzungen für den Eintritt von Folgen rechtlicher oder tatsächlicher Art aufstellt; typischerweise geschieht dies durch Normsetzung, deren Unterscheidungen (hauptsächlich) bei der Rechtsanwendung umgesetzt werden.⁵³⁹ Im Zusammenhang mit faktischen Unterscheidungen ist, wie Sachs formuliert⁵⁴⁰, die Problematik von großer Bedeutung, ob Handlungen – ohne ausdrücklich dahingehende Regelung – besondere Auswirkungen für die Träger eines bestimmten nach Art.3 III GG verbotenen Merkmals zeigen; anders gesagt, ob die Aufstellung von anderen Voraussetzungen als den verbotenen Merkmalen als Unterscheidung wegen dieser Merkmale anzusehen ist, wenn sie zu besonderen Auswirkungen auf die Merkmalsträger führt. Diese Frage geht aber über die Bestimmung des unterscheidenden Staatshandelns als Gegenstand des Unterscheidungsverbotes hinaus; sie betrifft eher die Feststellung der konkreten Benachteiligung und wird an der entsprechenden Stelle weiter unten behandelt.

Im Falle der in § 218 a II StGB „versteckten“ eugenischen Fallkonstellationen müssten durch die vom Gesetzgeber veranlasste „Verlagerung“ Unterscheidungen auftreten, die gegen das Verbot des Art.3 III S.2 GG verstoßen.

⁵³⁸ Sachs, RdJB 2/96, S.166 f; Jürgens, NVwZ 1995, S.452; Ipsen, StaatsR II; Rz.802; Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.104

⁵³⁹ Sachs, Diskriminierungsverbot, S.77

⁵⁴⁰ Ebd. S.78

Vom Unterscheidungsverbot nicht erfasst - da keine Unterscheidung in diesem Sinne - sind die einseitig anknüpfenden, jedoch für jedermann gleichermaßen eingreifenden Einheitsregelungen.⁵⁴¹ Für das Merkmal der Behinderung sind somit die ohne Berücksichtigung ihrer besonderen Belange gefundenen „Einheitslösungen“, wie nicht-akustische Verkehrsampeln, für Blinde kaum unterscheidbare Banknoten, kein Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG. Zu untersuchen ist, ob die nun in § 218 a II gegebene Gesetzeslage im Hinblick auf die eugenischen Konstellationen eine unterscheidende Regelung darstellt.

Dies könnte aufgrund dessen verneint werden, dass gem. dem Wortlaut des § 218 a II nicht auf die Eigenschaft der Behinderung für die Möglichkeit des rechtfertigenden Schwangerschaftsabbruchs abgestellt wird, behinderte wie nicht-behinderte, ungeborene Föten gleichermaßen bei Vorliegen der Bedingungen aus § 218 a II abgetrieben werden können.

Dagegen und somit für eine unterscheidende Regelung in § 218 a II StGB n.F. spricht, dass anerkanntermaßen⁵⁴² insbesondere eugenische Fallkonstellationen weiterhin über die medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch führen können und sollen. Der „eugenisch motivierte“ Abbruch der Schwangerschaft als Teil der medizinisch-sozialen Ausnahmelage ist abhängig von personenbezogenen, bei der Behinderung als unabänderlicher Eigenschaft des Menschen - einer auf den menschlichen Körper bezogenen Eigenschaft - Voraussetzungen. Mit dem Berufen auf die Wahrscheinlichkeit eines behinderten Kindes ist eine gerechtfertigte Abtreibung soweit jederzeit möglich, nicht aber für alle Ungeborenen unabhängig von ihrem Zustand. Gerade die eugenischen Fälle bilden „gewissermaßen“ den Hauptunterfall von § 218 a II StGB; die Abbruchmöglichkeit trifft also insbesondere die behinderten Föten. Demzufolge bietet die nunmehrige Gesetzeslage in § 218 a II nur auf den ersten Schein eine „Einheitslösung“ an, jedoch greift diese ungleich öfter bei Ungeborenen mit Behinderungen bzw. Schädigungen ein.

(3.2.) Verbotene Benachteiligung

Die unterscheidende Regelung des § 218 a II StGB n.F. mit seinen in die medizinisch-soziale Indikation „eingeordneten“ eugenischen Konstellationen dürfte im Falle des Art.3 III S.2 GG behinderte, ungeborene Kinder nicht benachteiligen.

⁵⁴¹ Sachs, RdJB 2/ 96, S.166 und Diskriminierungsverbot, S.257

⁵⁴² Gliederungspunkt: Teil 2.B.III.1.

Lt. Sachs⁵⁴³ ist von einem zweistufigen Verständnis des Kriteriums der Benachteiligung auszugehen; zunächst wird isoliert die Begünstigung oder Belastung der / des Betroffenen festgestellt und anschließend der Vergleich mit Nichtbetroffenen durchgeführt, welcher sich i.R.d. Art.3 III S.2 GG als Benachteiligung erweisen muss.

(3.2.1.) Betroffenheit der Merkmalsträger

Begünstigung oder Belastung setzen voraus, dass überhaupt Auswirkungen auf die von einer Unterscheidung betroffenen Merkmalsträger eintreten, wobei Betroffenheit der Merkmalsträger schon bei der Berührung irgendeines Individualinteresses⁵⁴⁴ ihrerseits gegeben ist.⁵⁴⁵ Durch die i.R.d. § 218 a II StGB mit dem „Auffangen“ von ehemals der eugenischen Indikation zugeordneten Fallkonstellationen getroffene Unterscheidung, solch motivierte Abtreibungen bei behinderten, ungeborenen Kindern jederzeit und mit rechtfertigender Wirkung zuzulassen, sind diese Kinder zumindest in ihren Überlebensinteressen betroffen. Da ein unterscheidendes Handeln des Gesetzgebers mit der Setzung der Norm des § 218 a II StGB n.F. (s.o.) zu bejahen ist, lässt ein solches das Fehlen jedweder Auswirkung kaum in Betracht kommen. Der i.R.d. medizinischen Ausnahmelage gem. § 218 a II StGB als eingeordnet anerkannte „eugenisch motivierte“ Schwangerschaftsabbruch hinterlässt zumindest auf tatsächlicher Seite - gefordert ist keine Adressatenstellung⁵⁴⁶ - Auswirkungen dergestalt, dass behinderte Föten bei Geltendmachung einer Beeinflussung dieser Behinderung auf den Gesundheitszustand der Mutter ohne Fristeinhaltung „abgetötet“ werden dürfen.⁵⁴⁷ Alle Auswirkungen auf Merkmalsträger, hier die gerechtfertigte Tötung der behinderten, ungeborenen Kinder, haben begünstigenden oder belastenden Charakter; es ist nicht möglich, bestimmte Regelungen als vorgeblich neutrale Ordnungsvorschriften dem Geltungsanspruch des Unterscheidungsverbotes aus Art.3 III S.2 GG zu entziehen.⁵⁴⁸ Von der Interessenlage der betroffenen behinderten Föten ausgehend, sind diese Auswirkungen eindeutig als belastend einzustufen.

⁵⁴³ Diskriminierungsverbot, S.265 f

⁵⁴⁴ In Betracht kommen jegliche wirtschaftliche, ideelle oder emotionale Interessen.

⁵⁴⁵ So Jürgens in ZfSH / SGB 1995, S.353 ff / 357; Sachs in RdJB 2/96, S.154 ff / 167

⁵⁴⁶ Sachs in RdJB 2/96, S.167; Jürgens in NVwZ 1995, S.453

⁵⁴⁷ Die Betroffenheit ist als eine Auswirkung zu kennzeichnen.

⁵⁴⁸ Sachs in Diskriminierungsverbot, S.275 ff – Die dem Begriff des Verwaltungsaktes – der begünstigende und belastende Charakter von Hoheitshandeln ist ein traditioneller Gegenstand der Lehre vom Verwaltungsakt – entnommene Erläuterung, daß ohne Begünstigung oder Belastung „das wesentliche Merkmal der Rechtserheblichkeit fehlen würde“ (so Kopp, VwVfG § 48 Rz.42) paßt auch auf die Auslösung von Rechtsfolgen durch Normen, die sich einer Einteilung in begünstigende oder belastende ebensowenig entziehen können wie die

Demzufolge liegt mit § 218 a Abs. II StGB n.F. eine Vorschrift vor, die mit der Abtreibungsmöglichkeit für ungeborene, behinderte Kinder eine Belastung für diese schafft und sich damit dem Geltungsbereich des Art.3 III S.2 GG und dessen Beurteilungsmaßstab nicht zu entziehen vermag.⁵⁴⁹

(3.2.2.) Vergleich

Die soeben festgestellte Belastung der behinderten Föten durch die trotz des Wegfalls der eugenischen Indikation weiterhin gegebene Abtreibungsmöglichkeit i.R.d. § 218 a II StGB n.F.⁵⁵⁰ müsste sich im Vergleich mit Nichtbetroffenen als Benachteiligung erweisen; wie bereits erwähnt, erfasst Art.3 III S.2 GG nach seinem Wortlaut und dem dahinter stehenden gesetzgeberischen Willen⁵⁵¹ nur Benachteiligungen, nicht auch Bevorzugungen, um bereits legitimierte Tatbestände und Maßnahmen zur Angleichung der Verhältnisse von Nichtbehinderten und Behinderten nicht neu rechtfertigen zu müssen.

Dabei müsste dieser Vergleich zwischen der Lage des/der Betroffenen und der anderer Nichtbetroffener eine ungünstige Abweichung der Situation ersterer von der letzterer begründen.⁵⁵²

Demzufolge muss zunächst ein Vergleichspaar gefunden werden.

Als Betroffene kommen vorliegend die in ihren (Über-) Lebensinteressen berührten ungeborenen, behinderten Kinder in Betracht. Als Nichtbetroffene sind alle „gesunden“ Föten anzusehen. Da eine verbotene Benachteiligung i.S.v. Art.3 III S.2 GG nur durch eine Untersuchung gleicher Situationen / Lagen von Betroffenen wie Nichtbetroffenen festgestellt werden kann⁵⁵³, müssen letztere als Vergleichspartner noch konkretisiert werden.

Einzelfallregelungen. Entsprechendes gilt für tatsächliche Einwirkungen auf die Rechts- oder Interessenssphäre von Personen, so Sachs in Diskriminierungsverbot, S.276

⁵⁴⁹ Fraglich ist, ob diese festgestellte belastende Wirkung für die behinderten, ungeborenen Kinder „kompensiert“ werden kann; diese also dadurch entfällt, dass sie mit begünstigenden Wirkungen zusammenfällt. Selbst wenn, wie vereinzelt behauptet – so z.B. Ipsen in Staatsrecht II, S. 253; Heun in GG-Dreier, Art.3 Rz. 122; BVerfG in NJW 1998, S.131/ 132 – Art.3 III S.2 GG durch Einfügung nur eines Benachteiligungs- nicht auch eines Bevorzugungsverbot, kompensatorische Maßnahmen zulässt, so entfällt im zu prüfenden Fall die Belastung für Behinderte Föten durch die sich nachteilig auf die Lebensinteressen auswirkende, zusätzlich bestehende ohne Zeitbegrenzung gerechtfertigte Indikation schon wegen fehlender gegenläufig begünstigender Wirkungen nicht. Besondere Schutz- oder Fördermaßnahmen, die damit gleichzeitig einhergehen, sind nicht ersichtlich.

⁵⁵⁰ S. auch unter Gliederungspunkt: Teil 2.B.III.1.

⁵⁵¹ So BVerfG in NJW 1998, S.132; Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.120; Jürgens, NVwZ 1995, S.453; Osterloh, GG-Sachs, Art.3 Rz.311

⁵⁵² Sachs, Diskriminierungsverbot, S.491; Jürgens in NVwZ 1995, S.452 ff(453); Sachs, RdJB 2/96, S.154 ff(169); Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.104, 122; Schmidt-Bleibtreu/ Klein, Art.3 Rz.42a

⁵⁵³ Jürgens, ZfSH/ SGB 1995, S.353ff (357); Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.122, 104

Unter der Ausgangslage des § 218 a I StGB n.F. können behinderte wie nicht-behinderte Kinder nur innerhalb der vorgeschriebenen 12 Wochen nach der Empfängnis durch einen Schwangerschaftsabbruch der Mutter abgetötet werden – weil diese sich überfordert fühlt, sich ein (weiteres) Kind nicht leisten kann oder will, oder kein behindertes Kind haben möchte.⁵⁵⁴ Eine Benachteiligung kann demgemäß bei Zugrundelegung der Bedingungen des Abs.1 im Vergleich zwischen den geschädigten und den gesunden Ungeborenen nicht angenommen werden.⁵⁵⁵

Fraglich ist allerdings, ob eine Benachteiligung betroffener Kinder gegenüber nicht-betroffenen Kindern in Betracht kommt, wenn der entscheidende Vergleich zwischen der darüber hinaus für erstere geltenden rechtlichen Lage des § 218 a II StGB n.F. und der dem § 218 a I StGB n.F. unterfallenden Ungeborenen angestellt wird. Nach der für § 218 a II StGB n.F. gegebenen Gesetzesbegründung gilt für die betroffenen Kinder⁵⁵⁶ folgendes:

Gemäß § 218 a II StGB n.F. können behinderte Föten i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation ohne eine zeitliche Befristung über die in § 218 a Abs. I StGB bei „beratenden Schwangerschaftsabbrüchen“ vorgegebene Frist von 12 Wochen hinaus, und noch dazu gerechtfertigt, gegenüber den nur „straflosen“ Abbrüchen abgetrieben werden.⁵⁵⁷ Insoweit geht die weiterhin für eugenische Fallkonstellationen offene medizinisch-soziale Indikation („versteckte eugenische Indikation“⁵⁵⁸) über § 218 a I StGB n.F. hinaus; das Merkmal der Behinderung führt zu einer zeitlichen Ausdehnung der Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruches. Nun könnte man annehmen, dass ein gesundes Kind nicht länger als 12 Wochen seit der Empfängnis abgetrieben werden kann, nur die Behinderung also weitergehende „Chancen“ i.S.v. § 218 a II StGB n.F. eröffnet. Darüber hinaus könnte man in die Betrachtung einbeziehen, dass die unter den Anwendungsbereich von § 218 a II StGB n.F. fallenden Föten gegenüber denen, welche unter die Regelung des Abs.1 gehören, gerechtfertigt, und nicht nur „straflos“ abgetötet werden; d.h., dass alle Beteiligten einem auf die gesamte Rechtsordnung durchschlagenden Rechtswidrigkeitsausschluss⁵⁵⁹ unterliegen, sie demzufolge ein „Recht zur Tötung“ in Anspruch nehmen können.

Ein solcher Vergleich zwischen der Situation eines Behinderten bei Inanspruchnahme des § 218 a II StGB n.F. und eines Nicht-Behinderten, welcher „nur“ dem Anwendungsbereich des

⁵⁵⁴ Schumann/ Schmidt-Recla, MedR 1998, 504

⁵⁵⁵ Da keine Unterscheidung zwischen den Föten vorgenommen wird!

⁵⁵⁶ Also behinderte Föten

⁵⁵⁷ Die weiteren dafür vorausgesetzten Tatbestandsmerkmale, welche noch genauerer Untersuchung unterzogen werden, sind an dieser Stelle unerheblich.

⁵⁵⁸ So Tröndle, § 218 a, Rz.9 b f

beratenen Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 a I StGB n.F. unterfällt, könnte eine Benachteiligung gem. Art.3 III S.2 GG nach sich ziehen. Diese wäre darin zu erkennen, dass gerade der Grund der Behinderung zu der oben geschilderten Belastung mit einer weiteren, unter bestimmten Voraussetzungen erlaubten Tötung – die unmittelbar die Lebensinteressen des heranwachsenden / sich entwickelnden Nasciturus betrifft – führt. Insoweit könnte man Beckmann zustimmen, der Art.3 III S.2 GG in solch einem Falle als verletzt ansieht.⁵⁶⁰ Zu beachten ist aber, und dies verkennt Beckmann, dass ein für Art.3 III S.2 GG relevanter Verstoß gegen das Behinderten-Grundrecht mittels der in die medizinisch-sozialen Indikation verlagerten eugenischen Fälle nur gegeben ist, wenn auch beim Vergleich der behinderten wie nicht-behinderten Kinder in der Lage nach der 12. Woche nach Empfängnis eine Benachteiligung wegen des verpönten Merkmals der Behinderung anzunehmen ist. Da Betroffene wie Nicht-Betroffene sich in vergleichbarer rechtlicher wie tatsächlicher Lage befinden müssen, geben die gesunden Föten des § 218 a I StGB n.F. kein korrektes (äquivalentes) Vergleichspaar ab.⁵⁶¹

Demzufolge können nur die der Regelung des § 218 a II StGB n.F. zugehörigen geschädigten wie gesunden Föten das für den möglichen Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG gesuchte Vergleichspaar darstellen. Dass auch nicht-geschädigte Ungeborene ohne Zeitbegrenzung und gerechtfertigt „abgetötet“ werden dürfen, bestätigt der Wortlaut des § 218 a II StGB n.F., der den Schwangerschaftsabbruch ohne Unterscheidung nach der Erscheinungsform der Föten unter folgenden Bedingungen zulässt: dass der Abbruch ...unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

Ob bei Geltendmachung der Indikation durch die Aussicht auf ein geschädigtes Kind die vorgegebene Lage für einen behinderten Nasciturus ungünstig von der eines nicht-behinderten in

⁵⁵⁹ Einheit der Rechtsordnung – Strafrecht als ultima ratio lässt Unrechtsausschluss zu, dann muss erst Recht dieses Verhalten auch in anderen Rechtsgebieten nicht rechtswidrig sein, Maurach/Zipf, S.343; a.M. Baumann/Weber, S.277

⁵⁶⁰ Beckmann geht in seinem Aufsatz (MedR 1998, S.155ff (160) davon aus, daß – stelle man sich statt des behinderten ein gesundes Kind vor – eine Abtreibung ohne Frist und gerechtfertigt unter sonst gleichen Umständen nicht durchführbar wäre. Er vertritt dann die Ansicht, daß „die Abtreibung eines gesunden Kindes nur im Rahmen der Beratungsregelung während der ersten 12 Wochen nach der Empfängnis straflos (wäre). Somit ergibt sich eine eindeutige Benachteiligung behinderter ungeborener Kinder.....“. Zwar ist richtig, daß, wenn die Behinderung entfällt, ebenso die Gefahr für das Leben bzw. die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des ... Gesundheitszustandes der Schwangeren entfällt; andererseits führt der Wegfall jedes Auslösers für die Gefahrenlage in § 218 a II StGB zum Entfall dieser Folge.

gleicher Situation für die Mutter abweicht, ist nunmehr zu überprüfen. Demgemäß müsste sich für die Bejahung einer Benachteiligung der „geschädigten“ Föten deren Situation verglichen zu der der nicht-geschädigten aufgrund der Vorschrift des § 218 a II StGB n.F. als qualitativ geringwertiger darstellen.⁵⁶²

Wie schon ausgeführt⁵⁶³, können auch gesunde Ungeborene über die 12. Woche p.c. hinaus gegenüber dem „nur“ straflosen Abbruch des § 218 a I StGB n.F. abgetrieben werden, wenn die an der Mutter orientierten Tatbestandsmerkmale – Voraussetzungen auf Seiten der Mutter⁵⁶⁴ – erfüllt sind. Allerdings eröffnet § 218 a II StGB n.F. mit der weithin akzeptierten „Verlagerung eugenischer Fallkonstellationen“ überhaupt erst die Möglichkeit, die Behinderung als Anlass für einen Schwangerschaftsabbruch zu nehmen. Obwohl die Behinderung mit der Einführung von Art.3 III S.2 GG explizit als Erscheinungsform menschlichen Seins anerkannt worden ist⁵⁶⁵, darf die Kenntnis davon – bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen – letztendlich für die Abtreibung ausschlaggebend sein. Damit mindert diese unabänderliche, menschliche Eigenschaft qualitativ die Lebenschancen des davon betroffenen Ungeborenen. Auch wenn bis zum schließlich durchgeführten Schwangerschaftsabbruch noch verschiedenste Faktoren einfließen – gesellschaftliche Toleranz/ Intoleranz, gesteigertes Qualitätsdenken von den Eltern und der Umwelt, der fehlende „Mut“ zu der Verantwortungsübernahme für ein „mehraufwendiges“ Kind – so verschlechtert sich die Ausgangslage für behinderte gegenüber nicht-behinderten Nasciturus‘ schon mit der gegebenen Möglichkeit zur Abtreibung als „einfacherer Weg“. Im Unterschied zu den gesunden Kindern, die im i.R.d. § 218 a II StGB n.F. „abgetötet“ werden können, geht es bei den behinderten Föten nicht um die Tötung eines an sich erwünschten Kindes als „Nebenprodukt“ des Abbruchs, sondern um die Tötung „um der Tötung willen“. Damit schließt sich an das nicht beeinflussbare „Anderssein“ eine nachteilige Folge an, eine Benachteiligung liegt vor. Auch wenn die benachteiligende Ungleichbehandlung im vorliegenden Fall nicht unmittelbar und explizit von der Behinderteneigenschaft abhängig ist, sondern die Regelung des § 218 a II StGB sich lediglich wegen des Kriteriums der Behinderung unterschiedlich auswirkt, so wird doch behindertes zukünftiges Leben als geringwertiger und damit abbrechungstauglich eingeschätzt. Die Benachteiligung i.S.v. Art.3 III S.2 GG ist zu bejahen.

⁵⁶¹ Den Ausführungen von Schumann / Schmidt-Recla, MedR 1998, S.504 so auch im Umkehrschluß entnehmbar.

⁵⁶² Jürgens, ZfSH/SGB 1995, 353ff (357)

⁵⁶³ Siehe gerade die Ausführungen

⁵⁶⁴ Siehe unten genauer

⁵⁶⁵ Jürgens, ZfSH/SGB 1995, 353ff (356); Sachs, RdJB 2/96, 154ff (163)

Im juristischen Meinungsspektrum herrscht, soweit man sich überhaupt zur Möglichkeit eines Verfassungsverstoßes der weiterhin anerkannten Abtreibungsmöglichkeit eugenischer Fälle in der medizinisch-soziale Indikation gegen Art.3 III S.2 GG äußert, größtenteils Einigkeit insoweit, dass eine Benachteiligung – zwar mit unterschiedlicher Begründung – angenommen wird.

Beckmann sieht in seinem Aufsatz zum Wegfall der eugenischen Indikation⁵⁶⁶ eine solche beim Vergleich der Rechtspositionen von behinderten und nicht-behinderten ungeborenen Kindern darin, dass „ein nicht geschädigtes Kind ...unter sonst gleichen Umständen nicht (getötet werden dürfte)“, und dessen „... Abtreibung ...nur im Rahmen der Beratungsregelung während der ersten 12 Wochen nach der Empfängnis straflos“ wäre. Für Tröndle⁵⁶⁷ ist hingegen für die Annahme einer Benachteiligung entscheidend, dass behinderte Kinder nicht nur wie alle gesunden Ungeborenen - falls die vorgeschriebene Beratungsbescheinigung vorliegt - straffrei getötet werden dürfen, sondern dass jede Schwangere einen Rechtsanspruch darauf hat es töten zu lassen. Statt der eugenischen in der medizinischen Indikation „Unterschluß“ gewähren zu lassen, wäre seines Erachtens die Streichung der gesondert umschriebenen rechtfertigenden eugenischen Indikation eine zwingende Folge aus Art.3 III S.2 GG gewesen. V.a. das aus § 218 a II StGB n.F. resultierende „Recht zur Tötung“ kann lt. Tröndle nicht auf einer Behinderung des Kindes beruhen; deshalb sei auch die „verfassungsgerichtliche Anerkennung (der) eugenischen Indikation als Rechtfertigungsgrund überholt“.

Ähnlich wie er geht auch Rüfner⁵⁶⁸ davon aus, dass „die embryopathische Indikation eine rechtfertigende Notlage nicht begründen kann, weil ein „Auffangen (der Fälle der eugenischen Indikation durch die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB) nach der Verfassungsänderung nicht mehr möglich sein wird“. Lt. Rüfner verstößt es gegen Art.3 Abs.3 S.2 GG⁵⁶⁹, wenn ein (wahrscheinlich) behindertes Kind unter leichteren Voraussetzungen, insbesondere rechtmäßig, abgetrieben werden darf.⁵⁷⁰ Leider lässt er unbeantwortet, weswegen ein derartiger Verstoß gegen Art.3 Abs.3 S.2 GG angenommen werden kann. Der Verweis auf die Grundrechtsberechtigtenstellung wegen der Anerkennung des ungeborenen Kindes als Träger menschlichen Lebens (Art.2 Abs.2 S.1 GG) reicht dafür nicht aus. Auch die „leichteren Voraussetzungen“, wobei von ihm der Aspekt der Rechtmäßigkeit der Abtreibung hier besonders hervorgehoben wird, lassen die Bejahung eines Verstoßes i.S.e. Benachteiligung

⁵⁶⁶ MedR 1998, S.160

⁵⁶⁷ § 218 a, Rz.9a ff; ders. in NJW 1995, 3015

⁵⁶⁸ BK-Rüfner, Art.3 Abs.2 u.3, Rz.881

⁵⁶⁹ Tröndle schließt den Verstoß gegen das Behinderten-Grundrecht aus der Anknüpfung der die rechtfertigende Wirkung auslösenden Zumutbarkeit an die Behinderung. Gerade letztere darf aber nach dem neuen Art.3 III S.2 GG nicht entscheidender Ausgangspunkt für das Recht zum Töten eines behinderten Kindes sein. (s.u.)

⁵⁷⁰ BK-Rüfner, Art.3 Abs.2 u.3, Rz.880

gung wegen der Behinderung noch nicht zu.⁵⁷¹ Wegen der Relevanz und Brisanz der Problematik wäre eine nähere und detailliertere Auseinandersetzung wünschenswert gewesen. Eine Benachteiligung i.S.d. Art.3 Abs.3 S.2 GG bejahen könnte gleichfalls Scholz, nach dessen Ansicht eine Anknüpfung an die Behinderung als Grund für eine Abtreibung für sich allein einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art.3 Abs.3 S.2 darstellen könnte.⁵⁷² Da es sich aber um eine Kollision der Grundrechte des Nasciturus (Art.2 Abs.2 S.1 und Art.1 Abs.1) mit denen der schwangeren Frau (Art.2 Abs.1 u. Abs.2 S.1) handelt und für den (behinderten) Nasciturus nun in grundrechtsverstärkender Wirkung der neue Art.3 Abs.3 S.2 GG hinzutritt und dann eine verhältnismäßige Abwägung der gegenüberstehenden Rechtsgüter vorgenommen werden muss, liegt ein Verstoß nach Auffassung Scholz‘ vor, wenn nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine evident schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren anzunehmen ist. Demzufolge lässt Scholz die Abtreibung verfassungsrechtlich zu. Allerdings erscheint eine schwerwiegende Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren (§ 218 a II StGB), die auf eine Behinderung des Nasciturus zurückzuführen ist, nur in Fällen vertretbar, in denen eine gravierende Gesundheitsbeeinträchtigung der Schwangeren durch einen stark erhöhten Grad der Behinderung glaubhaft zu machen ist.

Dagegen ist der Aussage von Schuhmann / Schmidt-Recla, dass die eugenische Indikation nicht gegen den Gleichheitssatz der Verfassung verstößt, zu entnehmen, dass diese keine Benachteiligung der behinderten ungeborenen Kinder in der Möglichkeit der Abtreibung unter Berücksichtigung der wahrscheinlichen Schädigung sehen.⁵⁷³ Zwar wird diese Meinung hinsichtlich einer in einem eigenen Absatz aufgeführten und auf 20 Wochen begrenzten Indikation vertreten, allerdings kann der Aussagegehalt dann mühelos auf die geltenden Fälle der in den medizinischen Ausnahmetatbestand „eingeordneten“ eugenischen Konstellationen ausgedehnt werden. Wenn selbst eine eigens ausgestaltete Ausnahmelage verfassungskonform ist, dann erst recht deren unter andere Voraussetzungen subsumierten Fälle mit einem für Art.3 III S.2 GG nicht entscheidenden Anknüpfungspunkt. Wie den Aussagen Schuhmann / Schmidt-Recla entnehmbar ist, waren auch nach dem „alten“ Recht des Schwangerschaftsabbruches (Gesetzeslage nach dem 15. StÄG) Abbrüche aus eugenischer Motivation heraus über die eigentlich vorgesehene 22-Wochen-Frist und damit „unbegrenzt“ möglich, wenn die dafür

⁵⁷¹ Rübner läßt offen, worin genau die Benachteiligung der behinderten gegenüber den anderen Föten besteht und somit ein „...Auffangen...nach der Verfassungsänderung nicht mehr möglich sein“ wird.

⁵⁷² Scholz, M/D, Art.3 Abs.3, Rz.177

⁵⁷³ Allerdings entfällt ihres Erachtens die Benachteiligung i.S.d. Art.3 III S.2 GG, weil eine sachliche Rechtfertigung dafür – welche im ermöglichten umfassenden Lebensschutz Ungeborener liegt – gegeben ist, MedR 1998, S.504

erforderlichen Voraussetzungen (medizinische Indikation) erfüllt waren. Die damalige Lage ist mit der nunmehr geltenden aus ihrer Sicht vergleichbar.⁵⁷⁴

Da aber der Behindertenschutz auch schon vor der Einführung des Satzes 2 in Art.3 III GG über die Art.20 I, Art.1I und Art.3 I GG gewährleistet wurde und bei einer Abtreibung nach Ablauf der 22 Wochen kein Verstoß dagegen angenommen wurde, kann bei einer entsprechenden Gesetzessituation nun kein Verstoß gegen das den früheren Diskriminierungsschutz nur deutlicher deklarierende Behindertengrundrecht und damit auch keine Benachteiligung behinderter Ungeborener vorliegen.

(3.3.) „Wegen“ der Behinderung

Die mit der in § 218 a II StGB n.F. angestrebten „Einordnung“ der Fälle der ehemaligen eugenischen Indikation⁵⁷⁵ zum Ausdruck kommende Benachteiligung müsste gerade „wegen“ des Kriteriums der Behinderung gemacht worden sein; also eine maßgebliche Verknüpfung zwischen Merkmal und benachteiligender Unterscheidung bestehen. Ein Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG ist nur in solch einem Falle zu bejahen.

Zu beachten ist aber, dass eine „benachteiligende Ungleichbehandlung wegen“ auch dann gegeben sein könnte, wenn diese nicht unmittelbar und explizit von der Behinderteneigenschaft abhängig ist.

Wie der Wortlaut des § 218 a II StGB n.F. belegt⁵⁷⁶, wird keine direkte Unterscheidung zwischen behinderten und nicht-behinderten „Abtreibungsobjekten“ getroffen. Eine nach Art.3 Abs.3 GG verbotene Differenzierung ist anerkanntermaßen⁵⁷⁷ aber auch anzunehmen, wenn sich die Regelung des § 218 a II StGB n.F. wegen des Kriteriums der Behinderung für die Ungeborenen unterschiedlich auswirkt⁵⁷⁸ bzw. überwiegend oder typischerweise zu einer unterschiedlichen Behandlung der in Art.3 III S.2 GG genannten Merkmalsträger führen würde.⁵⁷⁹ Grund dafür ist die Vermeidung von Umgehungen.

⁵⁷⁴ ...Indem damals wie heute Abtreibungen von behinderten Ungeborenen möglich waren/sind, vgl. MedR 1998, S.500

⁵⁷⁵ Pkt. Teil 2.B.III.1.d.

⁵⁷⁶ § 218 a II StGB n.F.: Der....Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch...unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse.....angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des....Gesundheitszustandes ...abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

⁵⁷⁷ Heun, Dreier-GG, Art.3, Rz.122, 96; BK-Rüfner, Art.3 Abs.2 u.3, Rz.563 f

⁵⁷⁸ Heun, Dreier-GG, Art.3, Rz.96

⁵⁷⁹ Osterloh, Sachs-GG, Art.3, Rz.255; BK-Rüfner, Art.3 Abs.2 u.3, Rz.564; J/P, 5.Aufl., Art.3, Rz.98

Diesem in Abs.3 S.2 GG eingefügten Verknüpfungskriterium „wegen“ könnte als tatbestandlicher Voraussetzung eine begrenzende Bedeutung hinsichtlich anzunehmender Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot Behinderter zukommen, wenn auch nur in geringem Umfang.⁵⁸⁰ Als solcher Begrenzungsansatz für den Geltungsanspruch des nahezu kategorischen Differenzierungsverbotes⁵⁸¹ im Tatbestand selbst angelegt⁵⁸², ist es zu unterscheiden von Versuchen, darüber hinaus dem vom Wortlaut des Grundgesetzes nach vorbehaltlos gewährten Behindertengrundrecht Schranken beizufügen.⁵⁸³ Derartige Beschränkungen könnten sich jedoch nur aus der Verfassung selbst ergeben, wobei bei Art.3 III S.2 GG wiederum zu beachten wäre, dass es sich als modales Abwehrrecht den sonst üblichen Begrenzungsansätzen entzieht.⁵⁸⁴

Wegen ebengenannter Schwierigkeiten einer möglichen Beschränkung des „schrankenlosen“ Behinderten-Grundrechtes wird v.a. über die im Tatbestand selbst enthaltene verknüpfende Präposition „wegen“ vielfältig versucht, eine Differenzierung anhand des verpönten Merkmals trotz Verbots durch Art.3 III S.2 GG legitimiert vorzunehmen, indem der hinreichende Zusammenhang zwischen einer Differenzierung anhand des Kriteriums und diesem Kriterium (hier: Behinderung) in Zweifel gezogen wird.⁵⁸⁵ In der Literatur als „Dreh- und Angelpunkt des Differenzierungsverbotes“⁵⁸⁶, oder auch als das „zentrale dogmatische Problem der Differenzierungsverbote“⁵⁸⁷ bezeichnet, soll dieses Kriterium die Verbindung im Spannungsverhältnis zwischen zwei gegensätzlichen Endpunkten denkbarer Interpretationen des Benachteiligungsverbotes, nämlich einerseits als „absolutes“ Unterscheidungsverbot und andererseits als (begrenzt) wertungsoffenes Gleichbehandlungsgebot, das Raum für sach- und regelungsbereichsspezifisch differenzierende Abwägungen unter Berücksichtigung des Schutzzwecks

⁵⁸⁰ Sachs, Diskriminierungsverbot, S.390

⁵⁸¹ Jürgens, NVwz 1995, S.452; Sachs, Diskriminierungsverbot, S.203

⁵⁸² Grundrechtsimmanente Schranke

⁵⁸³ Osterloh, GG-Sachs, Art.3 Rz.253; BVerfG E 85, 191 /206 – Das BVerfG geht in dieser Entscheidung „nur“ von einem grundsätzlichen Anknüpfungsverbot für die Verbote des Art.3 III GG – damit auch des Abs.III S.2 GG – aus. Insoweit können Abwägungen mit kollidierendem Verfassungsrecht einfließen, die ausnahmsweise Benachteiligungen als zulässig erscheinen lassen. Zwar handelt es sich bei Art.3 III S.2 GG explizit um ein „schrankenloses Grundrecht“, womit Beschränkungsmöglichkeiten kaum in Betracht zu ziehen sind. Allerdings kann auch dieses Grundrecht der Behinderten und seine uneingeschränkte Ausübung, wie andere vom Gesetzeswortlaut her vorbehaltlos gewährte Rechte, nicht immer so zugelassen werden; denn ausgehend vom Menschenbild des Grundgesetzes - d.h. vom Menschen als eigenverantwortlicher Persönlichkeit, die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei gestaltet - liegt in dieser Sozialbezogenheit eine für alle Grundrechte geltende Grenze.

⁵⁸⁴ Sachs, Diskriminierungsverbot, S.490; Osterloh, GG-Sachs, Art.3 Rz.254

⁵⁸⁵ Sachs, RdJB 2/96, S.169; Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.105 ff; Ipsen, StaatsR II, S.250; Osterloh, GG-Sachs, Art.3 Rz.239 ff – wobei sie sich bei Rz. 252 wiederum gegen eine solche Begrenzung ausspricht; J/P, Art.3 Rz.75 a

⁵⁸⁶ Heun in GG-Dreier, Art.3 Rz.105

⁵⁸⁷ Ipsen, StaatsR II, S.250 Rz.803

des Verbotes lässt, herstellen.⁵⁸⁸ Insoweit unterliegt dieses „wegen“ selbst der unterschiedlichen Deutung durch verschiedene Modelle und Ansätze.⁵⁸⁹

Nachfolgend sollen diese zunächst kurz erläutert, in einem 2.Schritt in ihrer Bedeutung auf die in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. eingeordneten eugenischen Fallkonstellationen angewandt und schließlich die geltende Regelung der eugenischen Fälle anhand des favorisierten Modells einer Prüfung hinsichtlich des Verstoßes gegen Art.3 III S.2 GG „wegen“ unterzogen werden.

(3.3.1.) Deutungsmodelle für das Kriterium „wegen“

Als Grundansatz für die Verknüpfung mittels „wegen“ lässt sich die Ursächlichkeit der Merkmale, in unserem Falle das der Behinderung der ungeborenen Kinder, für die Diskriminierung anführen, sog. Kausalitätsmodell.⁵⁹⁰ Lt. dem BVerfG, E 75, 40 (69) liegt deshalb ein Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG „mithin nur dann vor, wenn eine Sonderbehandlung ihre Ursache in den durch dieses besondere Grundrecht bezeichneten Gründen hat, wenn also ein kausaler Zusammenhang zwischen einem der aufgeführten Gründe und der Benachteiligung (oder Bevorzugung) besteht.“ Das Verbot des Art.3 III S.2 GG „gilt mithin nicht absolut (...)“. Nicht ganz unumstritten⁵⁹¹ ist bei den Anhängern dieses Modells die inhaltliche Ausgestaltung; teilweise wird die Kausalität i.S.d. *condicio sine qua non* verstanden⁵⁹², andere fragen diesbezüglich nach den Ursachen, die das handelnde Staatsorgan zu der zu überprüfenden Regelung bewegt haben. Letztlich ist eine Interpretation der Merkmale des Art.3 Abs.3GG als Ursache der Diskriminierung i.S.d. *condicio sine qua non* vorzunehmen, da die zweite inhaltliche Alternative mit den „Beweggründen“ als maßgeblicher Bezugspunkt des „wegen“ unter anderem⁵⁹³ zu sehr in den Bereich des noch zu erörternden Finalitätsmodells herein-

⁵⁸⁸ Osterloh, GG-Sachs, Art.3 Rz.239

⁵⁸⁹ Ein gutes Beispiel für die Vermischung der vertretenen Deutungsansätze gibt BVerfG E 75, 40 (69f) ab, wo die noch zu behandelnden Modelle der Anknüpfung, Kausalität und Finalität zugleich zugrunde gelegt werden.

⁵⁹⁰ So Dürig, M/D Art.3 III, Rz.134 ff,151 ;J/P, Art.3 Rz.75 a; Sachs, Diskriminierungsverbot, S.390, auch § 126, Rz.67; Ipsen, StaatsR II, S.250 f; BVerfG E 2, 266(286); BVerfG E 3, 58 (158f)

⁵⁹¹ Siehe Sachs, § 126, Rz.67 mit dortigen FN-Nr.187 u. 189, auch Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.106

⁵⁹² (...) Mit der Folge, daß ein Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG schon zu bejahen wäre, wenn das Merkmal der Behinderung eine (mit-)ursächliche Bedingung wäre, bei deren Hinwegdenken der Erfolg der Benachteiligung entfallen würde. Diese als äquivalente Kausalität verstandene Kausalität bildet auch die Grundlage der in verschiedenen Rechtsgebieten gebrauchten und teils unterschiedlich begrenzten Kausalitätsbegriffe.

⁵⁹³ Auch ein Rückgriff auf die zu Art.3 I GG gemachten Aussagen erweist sich als hilfreich. Bei der Bestimmung der Willkür stellt das BVerfG in ständiger Rspr. darauf ab, ob objektiv ein Grund für eine unterschiedliche Behandlung vorlag – subjektive Willkür, Absichten und Ziele sind nicht entscheidend. Zudem ist der Beweis einer bestimmten subjektiven Einstellung des Handelnden schwer zu erbringen.

reicht. Um Vermischungen der beiden eigenständigen Ansätze zu vermeiden, wird die Kausalität des Kausalitätsmodells nach der *condicio* – Formel bestimmt.

Bei den in § 218 a II StGB n.F. „versteckten“ eugenischen Fallkonstellationen müsste demnach die Behinderung⁵⁹⁴ der Föten ursächlich für die letztlich der Schwangeren eingeräumte Möglichkeit des gerechtfertigten und ohne jede zeitliche Grenze durchführbaren Schwangerschaftsabbruchs sein.

Dies ist der Fall. Die Behinderung des ungeborenen Kindes ist für die über § 218 a I StGB hinaus bestehende Abtreibungsmöglichkeit (mit-)ursächlich i.S.d. *condicio sine qua non* - Formel. Gerade die wahrscheinliche Schädigung des Kindes kann mit ihrem Umfang und ihrer Art die Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr für die schwangere Mutter ausmachen und die daraus folgende Unzumutbarkeit für die Frau auslösen, die dann zur Bejahung des Ausnahmetatbestandes des § 218 a II StGB n.F. und des Abbruchs führt. Auch wenn dem Wortlaut des § 218 a II StGB nach keine Berücksichtigung des Kriteriums der Behinderung zu entnehmen ist, kann das in Art.3 III S.2 GG verpönte Merkmal bei den eugenischen Fallkonstellationen nicht hinweggedacht werden, ohne dass die (abstrakte) Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 a II StGB n.F. entfielen. Die Behinderung ist damit bei einer eugenisch motivierten Abtreibung als mitursächlich anzusehen.⁵⁹⁵

Da das Finalitätsmodell⁵⁹⁶ zur Deutung des Wortes „wegen“ hingegen verlangt, dass das verpönte Merkmal der Behinderung motivierendes Element bei der Neugestaltung der §§ 218 ff, insbesondere des § 218 a StGB n.F., gewesen sein muss, es also geradezu dessen Zweck ausmacht(e), kann danach hier der Zusammenhang zwischen der Differenzierung und dem verbotenen Kriterium nur verneint werden. Die Annahme, dass mit der in § 218 a II StGB n.F. getroffenen Regelung die Benachteiligung i.S.e. belastenden Abweichung für behinderte von (genetisch) gesunden Kindern durch die weitere Abtreibungsmöglichkeit „bezweckt“ gewesen sein soll, würde sowohl dem eindeutigen Wortlaut und v.a. dem dahinter stehenden Willen des Gesetzgebers der Neuregelung zuwiderlaufen. In den ändernden Materialien⁵⁹⁷ wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass der neue Tatbestand des § 218 a StGB gerade das Missverständnis vermeiden sollte, eine Unterscheidung zwischen behinderten und nicht-behinderten Föten in dem Sinne, dass die Behinderung zu einer längeren und vor allem gerechtfertigten Abtreibung führen würde, sei mit der nunmehrigen Regelung dieses Strafrechtsbereiches ge-

⁵⁹⁴ Als verpöntes Merkmal des Art.3 III S.2 GG

⁵⁹⁵ Die Behinderung ist zudem als ausschlaggebender Beweggrund für die Einräumung der Abbruchmöglichkeit ausdrücklich in den Gesetzesbegründungen zu § 218 a II StGB n.F. genannt worden.

⁵⁹⁶ BVerfG E 39, 334 (368); E 75, 40 (69); E 2, 266 (267 in LS 6); E 19, 119 (126)

⁵⁹⁷ BGBl. 1995, I, S.1050 und BT-Drs. 12 / 8165, S.29

wollt gewesen. Auch wenn ein Nachteil der ungeborenen, behinderten Kinder mit der Möglichkeit ihrer Berücksichtigung in § 218 a II StGB gegeben ist, würde das Verbot des Art.3 III S.2 vorliegend nicht eingreifen, da diese Benachteiligung die Folge einer ganz anders intendierten Regelung - Gleichschaltung eugenischer mit medizinischen Fallkonstellationen auf die beide umfassende medizinisch-soziale Indikation - ist. Ein Verstoß gegen das Behinderten-Grundrecht ist demnach anhand des Ansatzes der Finalität nicht zu verzeichnen.

Eine weitere Variante zur Beschreibung der Verknüpfung von benachteiligender Unterscheidung und Merkmal des Art.3 III S.2 GG stellt das Modell der Ausschließlichkeit⁵⁹⁸ dar, nachdem nur Differenzierungen als verboten erfasst werden, die allein, oder gerade wegen und nur wegen der genannten Merkmale vorgenommen werden. Mit Blick auf den Wortlaut des § 218 a II StGB und der dafür gegebenen Begründung zur Erläuterung des gesetzgeberischen Willens - gerade und allein die Behinderung des Föten sollte nicht zu einer gerechtfertigten Tötung und einer geringeren Achtung „geschädigten“ Lebens führen, der Gesetzestext ist als Klarstellung dieses Anliegens anzusehen⁵⁹⁹ – kann eine Ungleichbehandlung nur wegen der wahrscheinlichen Behinderung des Kindes auch mit der im Rahmen der medizinischen Indikation durchführbaren eugenisch motivierten Abtreibung nicht zu bejahen sein. Nach dem Ausschließlichkeitsmodell ist ein Verstoß gegen Art. 3 III S.2 GG durch § 218 a II StGB und seine Miterfassung eugenischer Fälle abzulehnen.

Eine weitere Auffassung⁶⁰⁰ geht von dem Verständnis des Art.3 III S.2 GG als Begründungsverbot⁶⁰¹ aus, wonach die Ungleichbehandlung begründet werden können muss, ohne dass auf das Merkmal der Behinderung als Kriterium abgestellt wird. Im Rahmen des reformierten § 218 a II StGB müsste demzufolge die verlängerte und rechtfertigende Möglichkeit zum Schwangerschaftsabbruch, die wegen der „Subsumierung“⁶⁰² auch für behinderte Föten besteht, begründet werden können, ohne dass dafür das in Art.3 III S.2 GG aufgestellte Merkmal der Behinderung herangezogen werden muss. Bei der Prüfung des § 218 a II StGB auf einen Verstoß gegen das Behinderten-Grundrecht ist – unabhängig von dem an diese Ansicht zu machenden Vorwurf, dass das Begründungsverbot nicht über die allgemeinen Sachlichkeitsanforderungen des Art.3 I GG hinausgeht⁶⁰³ – von folgendem auszugehen:

⁵⁹⁸ JZ 1973, 375 (376); Geiger, Grundrechte, S.37

⁵⁹⁹ BT-Drs.13/1850, S.26; die Ausführungen des Abgeordneten Dr.Reinhard Göhner, BT-Plenarprot. 13/47, S.3782, des Abgeordneten Eichhorn ebd., S. 3756

⁶⁰⁰ Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.110; Gusy, JUS 1982, 33(35); Podlech, Gehalt & Funktionen, S.94 f

⁶⁰¹ Sachs sieht darin eine verfeinerte Version des Ansatzes der Ausschließlichkeit

⁶⁰² Siehe Pkt.B.III.1., dort insbes.(d)

⁶⁰³ Das Begründungsverbot läßt grundsätzlich erst einmal Ungleichbehandlungen zu und da , wie Heun selbst zugibt, mittelbare, also nicht offensichtliche, Diskriminierungen nicht erfaßt werden, können auch Differenzierungen wegen der Behinderungen auftreten/ gemacht werden, die erst nach einer erneuten Prüfung der gegebenen Begründung auf ihren vorgeschobenen Charakter (oder gibt es doch sachlichen Grund für die Ungleichbe-

Gemäß dem Gesetzestext des § 218 a II StGB kann die Möglichkeit zum Abbruch der Schwangerschaft über die 12 Wochen des Abs.1 hinaus nur mit dem Abstellen auf die Schwangere und ihr Befinden – nicht das des Kindes – begründet werden. Aber auch bei einer Untersuchung daraufhin, ob diese Begründung ein verstecktes Unwerturteil über Behinderte und ihr Leiden enthält, entfällt der Verfassungsverstoß. Denn trotz des „Kennzeichnenden“ für die eugenischen Fälle innerhalb der medizinisch-sozialen Indikation kann erst die Erfüllung der im Tatbestand vorgeschriebenen „medizinisch-sozialen“ Voraussetzungen zur Abtreibung führen. Gerade mit dieser Regelung hat sich der Gesetzgeber jedem Urteil entzogen. Auch nach dem Begründungsmodell liegt mit der Erfassung eugenischer Fälle durch § 218 a II StGB kein Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG wegen fehlendem Zusammenhang zwischen der Benachteiligung und dem Merkmal der Behinderung vor.

Schließlich wird in der Interpretationsvielfalt zum Verständnis des Begriffes „wegen“ auch der Ansatz als Anknüpfungsverbot vertreten.⁶⁰⁴ Dieses Modell, nach dem das in Art.3 III S.2 GG genannte Kriterium der Behinderung nicht als Anknüpfungspunkt für eine belastende Unterscheidung herangezogen werden darf, dürfte in der Verknüpfungsfrage „wegen“ gegenüber den genannten Ansätzen der Finalität, Ausschließlichkeit und Begründung der Grundgesetzbestimmung am besten gerecht werden. Zwar handelt es sich bei allen Modellen um Konkretisierungsversuche des Kausalitätsmodells⁶⁰⁵, dessen *condicio* – Formel den Grundansatz für den Kausalzusammenhang bildet. Allerdings schränken v.a. die eng gefaßten⁶⁰⁶ Anwendungsbereiche nach dem Finalitäts- und Ausschließlichkeitsmodell wiederum den Schutzzweck des Differenzierungsverbotes aus Art.3 III S.2 GG über Gebühr ein. Wann erfolgt die Diskriminierung der behinderten, ungeborenen Kinder schon einmal zielgerichtet oder auch allein wegen der voraussichtlichen Schädigung des Fötus, wenn mit Rückblick auf die deut-

handlung?) herausgenommen werden können. Sachs nimmt auf S.426 ein Bsp. Podlechs auseinander: „Wiedergutmachungs- und Rückerstattungsrecht etwa für verfolgte Juden“. Hier Podlechs Rechtfertigung: Sie dürfen nicht anders behandelt werden, weil sie Juden sind, sondern nur deswegen, weil die Verfolgung des nationalsozialistischen Staates gegen Juden nach Umfang, Wahl der Mittel und Intensität sich von den anderen Verfolgungen unterschied...Bereits die Wortwahl verweist auf eine Typisierung, die nur vom Ansatz allgemeiner Sachlichkeitsanforderungen ohne nähere Begründung verwertbar sein mag, für den Einzelfall völlig gleich betroffenen Verfolgten jüdischer und arischer Rasse, die etwa auf die gleiche Weise getötet, verstümmelt, gefoltert worden sind, kann die unterschiedliche Wiedergutmachung unmittelbar in dieser Weise nicht begründet werden.

⁶⁰⁴ Nunmehr bevorzugte Variante des BVerfG, siehe E 85, 191, 206; auch Apelt, JZ 1951, 353 ff; Stein, AK-GG, Art.3, Rz.85; Sachs, RdJB 2/96, S.169 u. § 126 Rz.70 u. in Diskriminierungsverbot, S.428

⁶⁰⁵ Sowohl das Finalitäts- wie das Ausschließlichkeits- und das Begründungsverbotsmodell setzen in gewisser Weise an der Ursächlichkeit für den Erlaß einer unterscheidenden Regelung an. Während bei der Finalität die Unterscheidung nach der Behinderung nicht Zweck des § 218 a II StGB n.F. also insoweit kausal für diesen Paragraphen sein darf, sind bei der Ausschließlichkeit nur Ungleichbehandlungen behinderter Föten erfaßt, die >gerade und nur wegen< der Behinderung, diese als offensichtliche *conditio sine qua non*, gemacht werden. Auch beim Begründungsverbot scheiden Benachteiligungen aus, die ohne Rückführung auf das Merkmal der Behinderung gerechtfertigt werden können, wobei bei anzunehmender Rückführungsmöglichkeit die Behinderung wiederum ursächlich wäre.

⁶⁰⁶ Wegen ihrer subjektiven Intendierung

sche Vergangenheit der Gesetzgeber stets bemüht war und ist, alle Missverständnisse um die sog. Euthanasie⁶⁰⁷ und deren Ausweitung zu vermeiden? Letztgenannte Modelle, sowie das Begründungsmodell, eröffnen nach ihrer Interpretation des Wortes „wegen“ allzu weite Einbruchsstellen für Umgehungen des Schutzzwecks des Behindertengrundrechtes.⁶⁰⁸ Neben der schwer zu beweisenden subjektiven Einstellung des Handelnden, auf die abgestellt wird, ist dafür auch die Möglichkeit zum Vorschieben von Gründen verantwortlich.

Vorzugswürdig läßt das Anknüpfungsmodell v.a. die Tatsache erscheinen, dass bei diesem die Verursachung der erlittenen Benachteiligung einer Person – und nicht die Ursächlichkeit für den Erlaß der unterscheidenden Regelung⁶⁰⁹ – entscheidend ist.

Aber auch diese Modellvariante zum Verständnis des Kriteriums „wegen“ ist in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung nicht ganz unumstritten. Fraglich ist, ob, wie Sachs⁶¹⁰ es verlangt, nur ein absolutes Anknüpfungsverbot i.d.S., dass jede Verwendung eines verpönten Merkmals als Voraussetzung einer (Rechts-)Folge unabhängig von etwaigen Motiven und Zwecken der Regelung dem Unterscheidungsverbot des Art.3 III S.2 GG unterworfen ist, der Variante gerecht wird.⁶¹¹ Möglich wäre aber auch ein dahingehendes Verständnis des Anknüpfungsmodells, dass das in Art.3 III S.2 GG verbotene Kriterium der entscheidende Ausgangs-/bzw. Anknüpfungspunkt für die erfolgte benachteiligende Regelung sein müßte.⁶¹² Ein Verfassungsverstoß wäre dann nur bei einer Verknüpfung zu bejahen, die maßgeblich die Behinderung für die Differenzierung berücksichtigen würde. An die Behinderung „angeknüpft“ ist, wenn diese wirklich ausschlaggebendes Moment wäre. Damit muß zur bloßen Verbindung zwischen Merkmal und Unterscheidung die Relevanz des Merkmals für diese Verbindung hinzukommen; die Benachteiligung des Art.3 III S.2 GG muß gerade „wegen“ der Behinderung erfolgen.

Der strengeren Auffassung⁶¹³ ist zuzugeben, daß sie neben einer einfachen und konsequenten Lösung⁶¹⁴ v.a. aus systematischer Sicht – Vergleich zu den Unterscheidungsverboten in Art.33 III, Art.140 GG i.V.m. Art.136 I, II WRV und Art.3 I GG – zu bejahen sein könnte. Es

⁶⁰⁷ „Euthanasie im Mutterleib“ und „Früheuthanasie“

⁶⁰⁸ Sachs, § 126, Rz.68 f; BK-Rüfner, Art.3 Abs.2 u.3, Rz.560

⁶⁰⁹ Wie dies zumeist bei den Modellen der Finalität, Ausschließlichkeit und Begründung der Fall ist

⁶¹⁰ Sachs, § 126, Rz.70, ebenso. in Diskriminierungsverbot, S.398

⁶¹¹ Damit käme es darauf an, ob die Merkmale Ursache der Diskriminierung gem. *conditio sine qua non* wären, das Verständnis als Anknüpfungsverbot würde sich mit dem der oben erläuterten äquivalenten Kausalität decken, Sachs, Diskriminierungsverbot, S.398

⁶¹² Vgl. Sachs, Diskriminierungsverbot, S.402 f; Lt. Osterloh, GG-Sachs, Art.3, Rz.247, 250 bedarf die Interpretation als strikt formales Anknüpfungsverbot ...der freiheitsgrundrechtlichen Modifikation. Die Diskriminierungsverbote enthalten (nur) ein *grundsätzliches* (s. BVerfG E 85, 191, 206) Anknüpfungsverbot, dessen rechtliche Tragweite ...vor dem Hintergrund unterschiedlicher dogmatischer Ansätze für mögliche differenzierende Interpretationen dieser Verbote gewürdigt werden kann.

⁶¹³ Sachs, § 126, Rz.70 u. RdJB 2/96, S.169; BK-Rüfner, Art.3 Rz.560 f

⁶¹⁴ Heun, GG-Dreier, Art.3, Rz.108

bieten weder die religionsbezogenen Unterscheidungsverbote in Art.33 III; 140 GG i.V.m. 136 WRV Ansatzpunkte für zusätzliche Anforderungen subjektiver, finaler Art, noch wird durch das BVerfG und seine ständige Rspr. auf eine subjektive Willkür bei Art.3 I GG abgestellt.⁶¹⁵ Um ein Leerlaufen der Differenzierungsverbote in Art.3 III GG, insbes. S.2, zu verhindern und die Stringenz zwischen den einzelnen Absätzen des Art.3 GG zu wahren, könnte der Zusammenhang innerhalb des Grundgesetzes für ein absolutes, d.h. der *condicio sine qua non* – Formel konformes Anknüpfungsverbot sprechen.⁶¹⁶ Dagegen ist allerdings einzuwenden, daß eine generelle Vergleichbarkeit der einzelnen im Grundgesetz aufgeführten Unterscheidungsverbote und eine damit notwendigerweise verbundene Stringenz untereinander nicht erlaubt ist und auch nicht dem Sinn und Zweck der speziellen Verbote entspricht. Dem Gebot der „systematischen“ Stringenz mit Art.3 I GG ist entgegenzuhalten, daß Abs.3 im Gegensatz zu Abs.1 die speziellen Grundrechtsverbürgungen enthält, insoweit also auch „speziellere“ Anforderungen stellen kann. Da es bei einer solchen Sichtweise zum „Leerlaufen“ der Differenzierungsmerkmale des Art.3 III GG kommt, ist insoweit nicht möglich, da der Schutzbereich der bestimmten, umgrenzten Differenzierungskriterien noch nicht einmal betroffen ist. Einschlägig in diesem Fall ist dann das subsidiäre, allgemeine Unterscheidungsverbot, das objektiven Prüfungskriterien unterliegt.⁶¹⁷ Aus systematischer Sicht kann zu den im Grundgesetz vorhandenen, allgemeineren Unterscheidungsverboten keine Stringenz hergestellt werden.

Teleologisch gesehen wird mit dem Interesse an größtmöglicher Effektivität der speziellen Gleichheitssätze des Art.3 III GG für ein rigores Verständnis als striktes Anknüpfungsverbot plädiert, v.a. den in der jüngeren Vergangenheit ergangenen typischen Willkürakten soll(te) nicht erneut Raum mittels relativierender Abwägungen zugunsten einigermaßen plausibler Rechtfertigungen gegeben werden. Ein Mindeststandard unzulässiger Unterscheidungen soll damit fixiert werden.⁶¹⁸ Dass dieses Ziel aber gerade nicht mit einer kategorischen Einheitslösung erreicht werden kann, zeigt schon die historisch bedingte Heterogenität der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art.3 III GG.⁶¹⁹ Namentlich das Merkmal des Geschlechts kennzeichnet einen Problemkreis, der in der Dimension und Qualität mit den Gefährdungslagen früher verfolgter Minderheiten insoweit nicht vergleichbar ist.⁶²⁰ Zwar gehörte auch die Gruppe der Behinderten wegen ihrer „Fremdheit“ gegenüber der Mehrheit der Bevölkerung

⁶¹⁵ Entscheidend ist hingegen, ob objektiv ein Grund für eine Verschiedenbehandlung vorlag, vgl. BK, Art.3 Abs.1, Rz.20

⁶¹⁶ Sachs, § 126, Rz.72

⁶¹⁷ Rückgriff bei Nichterfassung des Schutzbereiches vom spezielleren zum allgemeineren Recht möglich

⁶¹⁸ Sachs, § 126, Rz. 74

⁶¹⁹ Osterloh, GG-Sachs, Art.3, Rz.241; v.Mangoldt./Klein, Art.3, Rz.267

⁶²⁰ Osterloh, ebd. Rz.242

zu den Verfolgten der Vergangenheit, in der NS-Zeit, allerdings nicht in dem Ausmaße wie etwa die dem Kriterium des Glaubens und der religiösen oder politischen Anschauung Unterliegenden. Und weil der spezielle Schutz des Art.3 III insbesondere auch Schutz „fremdartiger“ Minderheiten in der Gesellschaft, wie eben anderer Rasse, Sprache, Herkunft und auch mit Behinderungen, bedeuten soll, verbindet sich mit diesem Schutzzweck das Problem eines freiheitswahrenden Integrations- und Identitätsschutzes, dem eine differenzierungsblinde, ausschließliche Gewährung von Rechtsgleichheit nicht gerecht wird.⁶²¹ Denn ein solcher „Einheitsschutz“ verdrängt die eigentlich zu schützenden Verschiedenheiten der Merkmalsträger - mögliche Konflikte, die sich aus dem „Spezifischen“ der aus „dem nebulösen Umfeld“ herausgehobenen Eigenschaften⁶²² ergeben, können nicht entsprechend berücksichtigt werden. Praktisch läuft ein striktes Anknüpfungsverbot auf ein „Verbot teleologisch differenzierender Interpretation des Verfassungstextes“⁶²³ heraus. Damit entspricht ein solches Verständnis der Anknüpfung nicht dem Sinn und Zweck der Verbote des Art.3 III GG.

(3.3.2.) Zwischenergebnis

Der Begriff „wegen“ bietet von seinem Wortsinn her für alle Modelle der Kausalität Ansatzpunkte der Auslegung.⁶²⁴ Zwar richtet sich das Verbot des Art.3 III S.2 GG, wie Sachs schreibt⁶²⁵, primär gegen den beim Träger eintretenden Erfolg, vermieden werden sollen aber schon auch die dazu führenden Handlungsweisen. Deutlich wird dies an den restlichen Formulierungen des Art.3 III S.2 GG, der aktive Handlungen - „(...) darfbenachteiligt werden (...)“ - in Bezug zur zu vermeidenden Folge setzt. Dafür, dass die Präposition „wegen“ nicht nur im Sinne rigoroser Anknüpfung verwendet werden kann, spricht zudem, dass es als verknüpfendes Element zu den einzelnen Differenzierungsmerkmalen eine „differenzierungsblinde“ (s.o.) Gewährung von Rechtsgleichheit gerade ausschließen soll. Hinzukommt, dass v.a. auch die gezielte Unterscheidung (Finalität) über das Verbot des Behinderten-Grundrechts und damit seiner Verknüpfung erfasst werden soll. Der Wortsinn kann deshalb nicht zur Begründung der Vorzugswürdigkeit des absoluten Anknüpfungsmodells herangezogen werden.

⁶²¹ Osterloh, GG-Sachs, Art.3, Rz.245

⁶²² So Sachs, § 126, Rz.74

⁶²³ So Osterloh, GG-Sachs, Art.3, Rz.241

⁶²⁴ So auch Sachs, § 126, Rz.71

⁶²⁵ Sachs ebd.

Geschichtlich spricht, wie oben schon erläutert, die Heterogenität der einzelnen Tatbestandsmerkmale gegen ein rigoroses Verständnis als striktes Anknüpfungsverbot.⁶²⁶

Ein Verständnis des Begriffes „wegen“ als Anknüpfungsverbot, das jede Verwendung eines verbotenen Merkmals als Voraussetzung einer (Rechts-)Folge dem Unterscheidungsverbot des Art.3 Abs.3 S.2 GG unterwirft, ist nach den traditionellen Auslegungsmethoden (Systematik, Grammatik, Geschichte und Sinn und Zweck) nicht zwingend vorgesehen; vielmehr lassen diese, wie beschrieben, eine Deutung des Anknüpfungsverbot dahingehend zu, dass eine den Verfassungsverstoß herbeiführende An-/Verknüpfung zwischen dem verpönten Merkmal der Behinderung und einer Benachteiligung nur bei vorliegender Relevanz des Merkmals zu bejahen ist, d.h. die wahrscheinliche Schädigung des Fötus (i.R.d. § 218 a II StGB n.F.) damit wirklich ausschlaggebendes Kriterium ist.

(3.3.3.) Prüfung der geltenden Regelung des § 218 a II StGB anhand des favorisierten („gemäßigten“) Anknüpfungsmodells

Ausgehend von der Prämisse, eine nach Art.3 III S.2 GG verbotene Benachteiligung dann anzunehmen, wenn die Behinderung maßgeblicher Ausgangspunkt dafür war und ist, muss nunmehr geprüft werden, ob bei den in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. einzuordnenden eugenischen Fällen die voraussichtliche Schädigung des Kindes entscheidendes Argument für die Möglichkeit der gerechtfertigten Abtreibung über die 12 Wochen hinaus ist.

Vor dem Einstieg in die Prüfung ist jedoch noch zu beachten:

Auf der Grundlage eines abstrakten Verständnisses des in Art.3 III S.2 GG verbotenen Kriteriums der Behinderung als „Behinderung überhaupt“ kann die Anknüpfung an eine bestimmte Art und Schwere von Behinderung (etwa Schweregrad ab Anencephalus) nicht als Unterscheidung wegen der „Behinderung schlechthin“ aufgefasst werden. Dies zieht nach sich, dass, solange in der Vergleichsgruppe auch Personen mit der als Differenzierungskriterium verbotenen Eigenschaft sind, diese nicht die Grundlage der Unterscheidung sein kann. Ob solche Fälle dann überhaupt unter das Benachteiligungsverbot fallen ist abhängig davon, wie die Bedeutung⁶²⁷ des einzelnen Merkmals, hier das der Behinderung der ungeborenen Kinder, bestimmt wird.⁶²⁸

⁶²⁶ Osterloh, GG-Sachs, Art.3, Rz.241

⁶²⁷ Möglichst weit, um auch spezielle Fälle erfassen zu können

⁶²⁸ Sachs, RdJB 2/96, S.170; Ausführungen zum Merkmal der Behinderung des Art.3 III S.2 GG unter Pkt.Teil 2.B.III.2.a.bb.(2)

Zu untersuchen ist, ob mit den in die medizinisch-soziale Indikation „verlagerten“ eugenischen Fallkonstellationen in unzulässiger Weise an das durch Art.3 III S.2 GG als Differenzierungskriterium verbotene Merkmal der Behinderung angeknüpft wird.

Demgemäß müsste die für eugenische Fälle bei einem Schwangerschaftsabbruch so typische Schädigung des Nasciturus nicht nur „irgendwie“ und „überhaupt“ (mit-)kausal in die eigentlich zu vermeidende Folge der Abtreibung einfließen; nein, sie müsste so entscheidend sein, dass gerade sie die (oben) festgestellte Benachteiligung⁶²⁹ in Form der über die 12-Wochenfrist hinausgehenden, gerechtfertigten Abbruchmöglichkeit auslöst. Maßgeblich müsste die Behinderung sein, an sie müsste „angeknüpft“ werden; obwohl das BVerfG ausdrücklich klargestellt hat, dass die in Art.3 Abs.3 GG aufgeführten Merkmale keine Differenzierungskriterien i.S.v. Ansatzpunkten abgeben soll(t)en.⁶³⁰

Inwieweit dies für die geltende Regelung des § 218 a II StGB zutrifft, erscheint problematisch.

Nach dessen bloßen Wortlaut ist die mögliche Behinderung des Nasciturus nicht relevanter Ausgangspunkt für die dort angeordnete Rechtsfolge der „erweiterten“ (gegenüber § 218 a I StGB) Abtreibungsmöglichkeit; eine Anknüpfung ist demgemäß nicht erfolgt.

Zu beachten ist, dass eine Benachteiligung behinderter Föten auch dann vorliegen kann, wenn die Ungleichbehandlung sich nicht schon am Tatbestand der Regelung des § 218 a II „ablesen“ lässt. Ob solche indirekten Diskriminierungen verbotene Benachteiligungen i.S.v. Art.3 III S.2 GG darstellen, indem sie vom Anknüpfungsverbot „wegen“ erfasst werden, ist umstritten.

Vertreter der Meinung, dass Art.3 III (S.2) GG sich in einem Verbot der „unmittelbaren Anknüpfung“ an die verpönten Merkmale, hier das der Behinderung, erschöpft⁶³¹, können zu ihren Gunsten den rein formalen Charakter des für Art.3 GG entscheidenden Anknüpfungsverbotens geltend machen. Rüfner⁶³² ist zuzugeben, dass das Typische dieses Verknüpfungsmodells, ein „Anknüpfen“ bei mittelbaren Diskriminierungen, gerade nicht gegeben ist. Derartige Diskriminierungen haben als Ausgangspunkt ein unabhängiges, „neutrales“ Merkmal; letztlich ist eine im Ergebnis vorliegende Benachteiligung bei Unter-/Entscheidungen immer denkbar.⁶³³ Weiterhin ermöglicht diese Auffassung eine konsequente und eindeutige Lösung

⁶²⁹ Siehe Pkt. Teil 2.B.III.2.a.bb.(3)

⁶³⁰ BVerfG, NJW 1998, S.131; E 85, 206; Jürgens, ZfSH /SGB 1995, 358

⁶³¹ Heun, GG-Dreier, Art.3 Rz.108; BK-Rüfner, Art.3 II u.III Rz.566; Sachs, Diskriminierungsverbot, S.459 ff; v.a. Sachs und Rüfner gehen aber auch von dem Verständnis eines absoluten Anknüpfungsverbotens aus

⁶³² Quellenangabe unter vorheriger FN

⁶³³ Insbesondere laufen alle Versuche der Einbeziehung der indirekten Diskriminierung regelmäßig darauf hinaus, „...daß nicht an typische Eigenschaften einer durch Art.3 Abs.3 S.1 (und S.2) GG definierten Gruppe ange-

von Verstößen gegen Art.3 III (S.2) GG. Angewandt auf die in § 218 a II und dessen Tatbestandsvoraussetzungen verlagerte eugenische Indikation hat dies zur Folge, dass ein Verstoß gegen das Anknüpfungsverbot wegen des fehlenden Anknüpfens an das Kriterium der Behinderung der Föten zu verneinen ist. Das Verbot greift gerade nicht bei merkmaltypischen Auswirkungen, die als Konsequenz merkmalsneutraler Regelungen wie dem neuen § 218 a II StGB auftreten.

Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Vermeidung von Umgehungen des Diskriminierungsverbotes von behinderten Föten nur wirksam erfolgen kann, wenn auch solche Benachteiligungen erfasst werden, die die nach einem verpönten Merkmal abgegrenzte Gruppe typischerweise oder zumindest viel häufiger treffen.

Zudem entspricht es einem materiellen Verständnis des abwehrrechtlichen Schutzgehaltes des Art.3 III S.2 GG eher, wenn auch mittelbare Diskriminierungen einbezogen werden. Selbst das BVerfG⁶³⁴ scheint eine Tendenz dahingehend aufzuweisen, denn es stellte in seiner „Klarstellung“ zu seiner früheren Auffassung in seiner Entscheidung 75, S.40 ff(70) fest, dass (...) „die in Art.3 III GG a.F. (für Art.3 III S.2 GG wird nichts anderes gelten) genannten Merkmale nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden (dürften), was auch dann gelte, wenn die Regelung nicht auf eine verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt“.

Hinzu kommt, dass auch Vertreter der ablehnenden Auffassung zur Erfassung mittelbarer Diskriminierungen durch Art.3 Abs.3 GG Ausnahmen (von ihrer Ansicht) zulassen. So verstößt lt.Rüfner⁶³⁵ die indirekte Diskriminierung gegen Art.3 Abs.3 GG, wenn sie bewusst und gezielt zur Diskriminierung einer nach Merkmalen des Art.3 Abs.3 S.1 GG abgegrenzten Gruppe⁶³⁶ und damit zur gewollten Umgehung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote eingesetzt wird. Es handelt sich dann um einen verdeckten, gleichwohl gezielten Verstoß gegen Art.3 Abs.3 GG, der unter Missbrauchsgesichtspunkten zu beurteilen ist“.⁶³⁷

knüpft werden dürfe, weil dies einer Anknüpfung an das verpönte Gruppenmerkmal gleichzusetzen sei.“ „Gegen eine Erweiterung der besonderen Diskriminierungsverbote auf die indirekte Diskriminierung spricht, daß Vorschriften, welche von allgemeinen Prinzipien abweichen, grundsätzlich eng auszulegen sind. Die besonderen Diskriminierungsverbote aus Art.3 Abs.3 GG sind Verschärfungen des allgemeinen Gleichheitssatzes, die nicht ohne weiteres auszudehnen sind.“ Zudem würden die staatlichen Aktivitäten über Gebühr eingeschränkt, weil jede Maßnahme auf statistisch besondere Auswirkungen auf Gruppen geprüft werden müßte, die nach den Merkmalen des Art.3 Abs.3 GG abzugrenzen sind.

⁶³⁴ E 85, 191 (206)

⁶³⁵ In BK-Rüfner, Art.3 Abs.2 u.3, Rz.571

⁶³⁶ Das gleiche wird für Art.3 III S.2 GG gelten

⁶³⁷ Der Nachweis einer Absicht der Umgehung des Art.3 Abs.3 GG muß nicht geführt sein, ehe ein Verstoß bejaht werden kann. Der positive Nachweis, daß die festgestellte Ungleichbehandlung auf einem verbotenen Merkmal beruht, dieses Merkmal also Anknüpfungspunkt der Regelung ist, genügt, vgl. BK-Rüfner, Art.3 Abs.2 u.3, Rz.571

Bezogen auf die eingeordneten Fallkonstellationen der eugenischen Indikation würde diese Ansicht von der Einbeziehung mittelbarer Diskriminierungen in Art.3 Abs.3 GG⁶³⁸ bewirken, dass § 218 a II StGB einer Überprüfung, ob es im Ergebnis immer oder zumindest meistens auf die Verwendung des Kriteriums der Behinderung und einer Ungleichbehandlung hinausläuft – deshalb eine Anknüpfung vorliegt – unterzogen werden kann. Aus den ebengenannten Gründen und der Tatsache, dass ansonsten ein Verstoß gegen das Behindertengrundrecht durch die i.R.d. § 218 a II StGB n.F. mögliche eugenisch motivierte Abtreibung schon an dieser Stelle zu verneinen wäre, ist von einer Erfassung auch indirekter Ungleichbehandlungen auszugehen.⁶³⁹

(3.3.4.) Stellungnahme

Fraglich ist somit, ob mit den „verlagerten“ eugenischen Konstellationen und der damit verbundenen möglichen, eugenisch begründeten Abtreibung innerhalb des § 218 a II StGB nicht doch die Behinderung der ungeborenen Kinder entscheidender Ansatzpunkt für diesen „Erfolg“ ist, und somit eine Benachteiligung gegenüber den gesunden Föten wegen einer Anknüpfung zu bejahen ist.

Als solch maßgeblicher Ausgangspunkt könnte jedoch die aus der Lebens- oder Gesundheitsgefahr erwachsende Unzumutbarkeit anzusehen sein. Diese richtet sich dabei gem. dem Wortlaut des § 218 a II an der schwangeren Mutter aus. Nicht die Schädigung des Nasciturus, sondern die sich über die damit ausgelöste Gefahr körperlicher oder seelischer Art ergebende unzumutbare Belastung – verbunden mit der Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten - wäre entscheidende Anknüpfung. Gerade die geltende Regelung lässt mit der Ausrichtung an der Mutter und ihr Befinden das Kind und seine „Beschaffenheit“ bei der Entscheidung über den Abbruch außen vor. Ein Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG wäre nicht zu bejahen.

⁶³⁸ Vertreter sind: Osterloh, GG-Sachs, Art.3, Rz.256f; J/P, Art.3 Rz.82, 74; Jürgens, ZfSH/SGB 1995, S.353 ff (358)

⁶³⁹ J/P, 5.Aufl., Art.3, Rz.98 schlagen bei Ablehnung der mittelbaren Diskriminierung als Alternative vor, die „indirekten Ungleichbehandlung(en) im Rahmen des Abs.1 (Art.3 I GG) als dem Abs.3 nahestehende Fälle besonders streng zu prüfen.“

(3.3.4.1) in der Literatur

Eine Auffassung⁶⁴⁰ geht davon aus, dass trotz der Formulierung des geltenden Gesetzestextes die entscheidende Anknüpfung an die wahrscheinliche Behinderung des Kindes erfolgt. Beckmann verwirft das oben gebrachte Argument gegen die Benachteiligung wegen der Behinderung – nämlich das der ausschlaggebenden Unzumutbarkeit für die Frau – mit dem Hinweis, dass es sich dabei um ein „Scheinargument“ handeln würde. Es ergebe keinen Unterschied, „(...)ob ein behindertes Kind wegen der Unerwünschtheit seiner Behinderung (minderwertiges Leben), oder der sich aus der Behinderung ergebenden Belastung für seine Eltern (lästiges Leben) getötet wird. Es müsse dann auch die Unzumutbarkeit unabhängig vom Gesundheitszustand des ungeborenen Kindes gegeben sein“. Dies verneint Beckmann. Er vertritt die Meinung, dass bei eugenisch motivierten Abtreibungen die Unzumutbarkeit für die Mutter an der Behinderung des Kindes anknüpft. Entsprechend der „condicio sine qua non – Formel“ wirke die Schädigung des Nasciturus über die Gefahr für die Mutter, ihre Unzumutbarkeit fort hinein in die Abtreibungsmöglichkeit. „Wenn man also von der Behinderung des Kindes absieht (= condicio), bleibt die Normalsituation einer Schwangerschaft übrig“...(„... ohne das der Erfolg –Abbruchsmöglichkeit mit Bestand vor der Verfassung – entfiele“). Folgerichtig schließt Beckmann aus seiner Anknüpfung auf einen Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG.⁶⁴¹

Auch Tröndle⁶⁴² geht davon aus, dass die Behinderung den Anknüpfungspunkt für die später zu bejahende Abtreibung bildet. Bei der eugenischen Indikation stützt sich die fehlende Zumutbarkeit seines Erachtens auf die Behinderung des Kindes; knüpft dementsprechend nicht bei der Mutter, sondern an erstere an. Da lt. Meinung des BVerfG die Rechtfertigungswirkung der erlaubten Schwangerschaftsabbrüche des § 218 a II u. III aus der Zumutbarkeitserwägung

⁶⁴⁰ Beckmann, MedR 1998, 154 ff; Tröndle, NJW 1995, 3009 ff

⁶⁴¹ Seine Ansicht von der Verfassungswidrigkeit der verlagerten Fälle belegt Beckmann weiterhin mit dem vom BVerfG für die verfassungsrechtliche Zulassung der eugenischen Indikation verlangtem Kriterium der „genauen Umgrenzung“, die seines Erachtens mittels Neueinordnung in die „weit formulierte medizinisch Indikation“ nicht mehr gegeben ist. Sein weiteres Argument ist, daß die vom BVerfG ausgesprochene Billigung im verfassungsrechtlichen Sinne vor der Einführung des Art.3 III S.2 GG im Jahre 1994 erfolgte, somit eine Prüfung anhand des Behinderten-Grundrechtes zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht erfolgen konnte. In ähnlichem Sinne äußert sich Sachs in RdJB 2/96, S.154ff / 167, daß die Zulassung der Abtreibung aufgrund einer eugenischen Indikation vom BVerfG vor Inkrafttreten des neuen Art.3 III S.2 GG und noch dazu „nur im Hinblick auf die Schutzpflicht des Staates für das Leben nach Art.2 II S.1 GG für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt worden ist“. Inwieweit er einen Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG mit der in der medizinisch-sozialen Indikation aufgefangenen eugenischen Konstellationen als gegeben ansieht, läßt sich seiner Angabe nicht entnehmen, eine Tendenz zur Bejahung ist jedoch zu bemerken.

⁶⁴² NJW 1995, 3015

folgt⁶⁴³, und diese sich bei den eugenischen Fallkonstellationen des § 218a II nach Tröndles Meinung an der Schädigung des Ungeborenen orientiert, schließt sich seines Erachtens die Rechtfertigung bei der „eugenischen Indikation“ aus der Behinderung – die Behinderung verleihe ein Recht zum Töten.

Scholz⁶⁴⁴ hingegen differenziert in seiner Betrachtung. Falls die Behinderung als Grund für eine Abtreibung genommen wird, also eine Anknüpfung (i.S.d. *condicio sine qua non*) daran erfolgt, könnte ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art.3 III S.2 GG vorliegen. Allerdings tritt dieser Fall nur ein, wenn an die Behinderung für sich allein angeknüpft wird. Grundsätzlich führt (oder kann) die Kenntnis von einer Behinderung des Nasciturus zur Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren führen. Eine Anknüpfung an die Schädigung ist damit nach Meinung Scholz‘ nicht der Regelfall. Und selbst wenn er eine solche bejaht und einen Verfassungsverstoß als gegeben ansieht, tritt Scholz i.R.d. Zumutbarkeitsprüfung des § 218 a II in eine Abwägung der Interessen von Mutter und Kind ein; im Gegensatz zu Beckmann und Tröndle⁶⁴⁵ beurteilt er das Nicht-/ Vorliegen der Un-/Zumutbarkeit nach dem Ergebnis der Gegenüberstellung der Rechte der Schwangeren mit denen des Nasciturus. Art.3 III S.2 GG hat für das Ungeborene insoweit „nur“ grundrechtsverstärkende Wirkung, dass die Gesichtspunkte der Zumutbarkeit für die Mutter höheres Gewicht für ein Überwiegen haben müssen.

(3.3.4.2.) eigene Beurteilung

Der anknüpfungsbejahenden Ansicht ist entgegenzuhalten, dass § 218 a II StGB n.F. ausdrücklich nicht die Behinderung des Kindes als einen für die über die 12-Wochen-Frist bestehende Abtreibungsmöglichkeit entscheidenden Ausgangspunkt aufnimmt.

Zwar kann die Kenntnis von der Schädigung zu der in der medizinisch-sozialen Indikation vorausgesetzten Gefahr für das Leben oder Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren führen, maßgeblich ist letztendlich die daraus erwachsende Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft.

⁶⁴³ Denn die Unzumutbarkeit der Rechtspflicht zum Austragen des Fötus wegen Belastungen, die ein unerträgliches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, führt zu Ausnahmeständen, in denen die staatliche Rechtsordnung von der Frau nicht verlangen kann, dem Lebensrecht des Ungeborenen unter allen Umständen den Vorrang zu geben, vgl. Gropp, GA 1994, S.147 ff(152 f)

⁶⁴⁴ M/D, Art.3 Abs.3, Rz.177

Eigentlicher Eingriffsgrund ist damit, wie auch schon nach der mit der jetzigen Fassung wörtlich übereinstimmenden medizinischen Indikation von 1976, die nicht anders – als mit dem Abbruch – abwendbare Belastung für die Mutter.⁶⁴⁶ Auch wenn die Behinderung des Nasciturus den von der Normalität abweichenden Zustand der Mutter bedingt, eröffnet doch nur dieser letzte nach einer weiteren Abwägung der kindlichen und mütterlichen Rechte den Weg zur gerechtfertigten Abtreibung.⁶⁴⁷ Nach dem oben geäußerten Verständnis des Anknüpfungsmodells – Anknüpfung i.S.e. Verknüpfung eines entscheidenden, ausschlaggebenden Merkmales mit der Benachteiligung – liegt mit den in § 218 a II StGB „verlagerten“ eugenischen Fallkonstellationen nicht die von Art.3 III S.2 GG geforderte Anknüpfung vor, ein Verfassungsverstoß gegen das Behinderten-Grundrecht entfällt.

Gegen diese Annahme führt Tröndle⁶⁴⁸ aus, dass zwar ausschlaggebende Voraussetzung für die Anerkennung von Ausnahmelagen an sich und insbesondere ihrer Rechtfertigungswirkung die Unzumutbarkeit der Pflicht zum Austragen des Kindes⁶⁴⁹ für die schwangere Frau sei, diese Unzumutbarkeit aber ebenfalls unabhängig vom Gesundheitszustand des Nasciturus gegeben sein müsste. Setzt diese aber bei der eugenisch motivierten Abtreibung innerhalb der medizinisch-sozialen Indikation nicht gerade bei der Behinderung des ungeborenen Kindes an? Dies ist entgegen der Ansichten Tröndles⁶⁵⁰ und Beckmanns⁶⁵¹ zu verneinen und zwar mit folgenden Argumenten:

Die Unzumutbarkeit als Belastung, die ein solches Maß an Aufopferung eigener (der Schwangeren) Lebenswerte abverlangt, dass dies nicht erwartet und mit strafrechtlichen Sanktionen belegt werden kann⁶⁵², stützt sich auf die für die Mutter ergebende Gefahr für deren Leben bzw. Gesundheitszustand. Zwar resultiert diese Gefahr bei der eugenisch motivierten Indikation aus der Schädigung und damit Behinderung des Kindes, aber das Behindertenmerkmal allein kann gemäß dem Wortlaut des § 218 a II StGB n.F. gerade nicht für die Bejahung der Abbruchmöglichkeit entscheidend sein. Eine Gleichsetzung zwischen der an die bloße Unerwünschtheit seiner (des Nasciturus) Behinderung anknüpfende Abtreibung und

⁶⁴⁵ (...) die „automatisch“ auch die Zumutbarkeit sich an der Behinderung orientiert sehen (...)

⁶⁴⁶ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.25 ff; s.a. Äußerungen von Göhner, BT-Plenarprot. 13/47, S.3782

⁶⁴⁷ Bei diesem Verständnis des § 218 a II begründet die Feststellung der Schädigung des Kindes nach der 12.Woche p.c. nur dann eine gerechtfertigte Abtreibung, wenn diese nach ärztlicher Erkenntnis (und gerichtlich nachprüfbar) zu einer Lebens- und Gesundheitsgefahr für die Schwangeren führt. Bei anderen Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation, die nicht gleichzeitig die medizinisch-soziale Indikation erfüllen, besteht keine Möglichkeit zum straffreien Abbruch nach der 12.Woche p.c. Vgl. auch Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.500

⁶⁴⁸ NJW 1995, 3009 (3015)

⁶⁴⁹ BVerfG E 88, S.255 ff

⁶⁵⁰ NJW 1995, 3009 (3015)

⁶⁵¹ MedR 1998, S.160

der, welche bei der sich aus der Behinderung ergebenden Belastung für die Schwangere möglich ist, ist wegen der verschiedenen Beurteilungspersonen, einmal das Kind selbst und das andere Mal seine Mutter, zu verneinen. Die Ansicht Beckmanns, dass es sich bei der Berufung auf die an der Frau zu messenden Unzumutbarkeit um ein Scheinargument handelt, lässt sich mit dem eindeutigen Gesetzeswortlaut und der darin zum Ausdruck kommenden, gewollten Ausgestaltung der medizinisch-sozialen Indikation als mütterlichen Indikation widerlegen. V.a. das BVerfG ging in seinen beiden Urteilen zum Schwangerschaftsabbruchsrecht⁶⁵³ davon aus, dass insbesondere die - damals noch in einem eigenen Absatz untergebrachte - separate eugenische Indikation auch dort schon sich an der Beurteilung der Situation der schwangeren Frau orientierte und kein Platz für eine am Behinderungsmerkmal anknüpfende Abtreibungsmöglichkeit und einer damit gleichkommenden „Eugenik“ in einem bevölkerungspolitischen Sinne als verstandenem Mitleid mit einem Menschen, dem man in seinem eigenen, wohlverstandenen Interesse ein Leben ersparen wollte, sei. Demzufolge waren schon dort die kindlichen Voraussetzungen (v.a. Schädigung des Kindes) immer in Relation zu den mütterlichen Vorbedingungen zu setzen.⁶⁵⁴ Gegen die Annahme Beckmanns, dass bei eugenisch motivierten Abtreibungen die Unzumutbarkeit für die Mutter eindeutig an der Behinderung des Kindes anknüpft spricht zudem, dass es sich bei § 218 a II auch beim Hinwegdenken der kindlichen Behinderung gerade nicht um eine gesunde Schwangere handelt⁶⁵⁵, und insoweit nur das verbotene Merkmal des Art.3 III S.2 GG für die Abtreibung entscheidend wäre. Auch führt, wie noch zu klären sein wird, nicht jede Behinderung des sich entwickelnden Kindes zu einer sich auf das Leben oder die Gesundheit der Mutter auswirkenden Gefahr, die dann Unzumutbarkeitsmaße annehmen kann.

Wie vom ändernden Gesetzgeber gewollt⁶⁵⁶, ist mit den in § 218 a II subsumierbaren eugenischen Konstellationen die Behinderung gerade nicht als Voraussetzung der Rechtsfolge Schwangerschaftsabbruch aufgestellt worden. Voraussetzung in diesem Sinne sind nur die in § 218 a II genannten Bedingungen. Auch wenn es sich mit der jetzigen Fassung um einen „gesetzgeberischen“ Trick handeln sollte, gegen das Anknüpfungsverbot wird mit dieser Gesetzesausgestaltung „wegen“ des fehlenden „Anknüpfens“ nicht verstoßen.

Maßgeblich ist die sich aus der Lebens- oder Gesundheitsgefahr ergebende Unzumutbarkeit für die Schwangere. Ebenso ist wegen der Verlegung des Schwerpunktes auf die Schwangere

⁶⁵²BVerfG E 88, S.257; Lackner, § 218 a, Rz.13

⁶⁵³ E 39, S.1ff; E 88, S.203 ff

⁶⁵⁴ Siehe Eser in Sch/Sch, 24.Aufl., § 218 a Rz.25 ff

⁶⁵⁵ Übrig bleibt die Lebens- oder Gesundheitsgefahr.

⁶⁵⁶ Siehe die Äußerungen vom Abgeordneten Göhner, BT-Plenarprot.13/47, S.3782 und die Antwort der Bundesregierung, BT-Drs.13 /5364

zu verneinen, dass typischerweise gerade behinderte Föten getroffen werden und solche Fallkonstellationen zur Abtreibung führen.

Interessant ist die Fragestellung, ob eine in einem eigenen separaten Absatz des § 218 a StGB aufgeführte, mit Rechtfertigungswirkung ausgestattete und über die 12-Wochen-Frist hinausgehende eugenische Indikation einen Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG darstellen würde.⁶⁵⁷

Dies wäre zu bejahen, wenn die ungeborenen, behinderten Kinder gegenüber denen ohne Behinderung „wegen“ dieser Behinderung benachteiligt würden. Ausgehend von dem i.R.d.

Verknüpfungsfrage bevorzugten Modell des „relativierten“ Anknüpfungsverbotes wäre eine Benachteiligung i.d.S. als gegeben anzunehmen, wenn die separat bestehende eugenische Indikation eine erleichterte (ohne rechtswidrig im Gegensatz zu „nur“ straflos und ohne die Begrenzung der 12-Wochen-Frist) und damit erweiterte Abtreibungsmöglichkeit schaffen würde, und dies sich maßgeblich als Folge der Behinderung darstellt.

Gerade die Schädigung des Nasciturus müsste der relevante Entscheidungspunkt sein. Wenn davon ausgegangen werden kann, dass auch bei einer extra vorgegebenen eugenischen Indikation als entscheidendes Erfordernis die Zumutbarkeit aufgestellt und angesehen wird⁶⁵⁸ und diese wie bisher an der Person der Schwangeren festgemacht wird⁶⁵⁹, so führt dies wie beim neuen § 218 a II und seinen „eingeordneten“ Konstellationen, die ehemals der eugenischen Indikation zugeordnet waren, nicht zur geforderten Verknüpfung zwischen dem Merkmal der Behinderung und einer Benachteiligung. Die Unzumutbarkeit der Rechtspflicht zum Austragen des Kindes gründet sich nach alter und neuer Gesetzeslage auf der Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der schwangeren Mutter; wirklicher Eingriffsgrund war und wäre also nicht die wahrscheinliche Schädigung des Ungeborenen. Damit würde ein Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG hinsichtlich der Wiedereinführung der bis 1995 geltenden und selbst vom BVerfG nicht beanstandeten eugenischen Indikation in einem eigenen Absatz ausscheiden.⁶⁶⁰ Inwieweit eine Fristbegrenzung bei einer (in eigenem Absatz) eigenständigen Indikation nötig wäre, ist an dieser Stelle nicht zu erörtern.⁶⁶¹ Gegen die Verfassungswidrigkeit einer Auffüh-

⁶⁵⁷ Wie soeben ausgeführt, wurde die ehemalige eugenische Indikation in einem eigenen Absatz vom BVerfG in seinen beiden Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch als verfassungsgemäß – zwar in Bezug auf Art.2 II S.1 GG - angesehen.

⁶⁵⁸ § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG

⁶⁵⁹ (...) damit also nicht die Schädigung des Kindes als solche, sondern erst die daraus erwachsende Belastung den eigentlichen Eingriffsgrund bildet (...)

⁶⁶⁰ Das ein Verfassungsverstoß bei den bis 1995 geltenden Fassungen – 15.StÄG u. SFHG - und somit wohl auch bei einem erneuten eigenen Absatz der eugenischen Indikation vorliegt, zumindest aber eine nicht zu tolerierende Benachteiligung Behinderter, dahin tendiert Arnade, Deutschland in bessere Verfassung, S.11 ff

⁶⁶¹ Dafür plädieren Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.504, die ebenfalls keinen Verstoß gegen das Behinderten-Grundrecht bei Wiedereinführung der eugenischen Indikation in einem eigenen Absatz sehen. Die Ablehnung des Verfassungsverstoßes erfolgt bei Ihnen auf der Ebene der Rechtfertigung; als unbeschränkbares Grundrecht unterliegt Art.3 III S.2 GG neben verfassungsimmanenten Schranken nur außergewöhnlichen Rechtfertigungen, wobei die 20-Wochen-Frist als solche dem Lebensschutz des Nasciturus dient.

rung in einem eigenen Absatz spricht zudem die Tatsache, dass Behindertenschutz schon nach altem Recht gem. Art.3 I GG, Art.1 I GG, Art.20 I GG bestand. Das Behinderten-Grundrecht in Art.3 III S.2 GG hat von der Schutzintensität her keine Neuerungen gebracht.

Die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit könnte es jedoch nach sich ziehen, wenn für die eugenischen Fallkonstellationen innerhalb der medizinisch-sozialen Indikation jedwede Behinderung des Fötus gleichsam immer zur Erfüllung der Voraussetzungen des Tatbestandes des § 218 a II StGB n.F. führen würde.

Ohne Prüfung der sich aus der Behinderung des Kindes für die Schwangere ergebenden Belastung würde die Behinderung gleich der Gefahr gesetzt, die wiederum die zum Schwangerschaftsabbruch führende Unzumutbarkeit nach sich zieht. Eine Anwendung des neuen § 218 a II StGB dahingehend würde trotz des anders lautenden Gesetzeswortlautes die Behinderung des ungeborenen Kindes als Bedingung für die Abtreibungsmöglichkeit aufstellen, diese als ursächlichen Anknüpfungspunkt ansehen. Beckmann wäre in solch einem Falle zuzustimmen, dass dann „die Unzumutbarkeit für die Mutter eindeutig an der Behinderung des Kindes anknüpft“; es würde sich beim Hinwegdenken der bloßen Behinderung des Fötus insoweit um eine „gesunde Mutter“ und die übrig bleibende Normalsituation einer Schwangerschaft handeln. Ein Verstoß gegen Art.3 III S.2 GG ist mit dieser über den Wortlaut und den Willen des Gesetzgebers hinausgehenden Anwendung der in die medizinisch-soziale eingeordneten „eugenischen Indikation“ anzunehmen.⁶⁶² Um dies zu vermeiden, muss § 218 a II StGB wie zuvor geschildert verfassungskonform ausgelegt und angewandt werden.

Mit der Erfassung eugenischer Fallkonstellationen durch die medizinisch-soziale Indikation gemäß § 218 a II StGB n.F. wird meiner Ansicht nach nicht gegen das Behinderten-Grundrecht des Art.3 III S.2 GG verstoßen.

Wie dargestellt, ist eine Benachteiligung „wegen“ der Behinderung der ungeborenen Kinder abzulehnen, da das Differenzierungskriterium nicht als Anknüpfungspunkt für die Abtreibungsmöglichkeit gegenüber der in § 218 a I StGB gegebenen Alternative des Schwangerschaftsabbruches durch den Gesetzgeber herangezogen wurde. Insoweit können behinderte wie nicht-behinderte Föten gerechtfertigt und bis zum Schluss der Schwangerschaft gleichermaßen bei Vorliegen der mütterlichen Voraussetzungen abgetötet werden.

(4) Ergebnis

Eine Verletzung des Art.3 III S.2 GG durch die nunmehr in die medizinisch-soziale Indikation verlagerten, ehemals der eugenischen Indikation zugeordneten Fälle ist nach Gesagtem nicht anzunehmen. Durch die vorliegende Gesetzesfassung des § 218 a II StGB n.F. können auch „eugenisch motivierte“ Abtreibungen vorgenommen werden, ohne dass ein Verfassungsverstoß gegen Art.3 III S.2 GG zu bejahen ist.

cc) Fazit der verfassungsrechtlichen Prüfung

Verfassungsrechtliche Bedenken stellen sich, wie gezeigt, bei einer Einordnung in die medizinisch-soziale Indikation nicht.

(b) Anderweitige Bedenken bei einer Integration eugenischer Fälle in § 218 a II StGB n.F.

Die neben dem Fortfall der ehemals eigenständig geregelten eugenischen Indikation vom ändernden Gesetzgeber gleichzeitig angeregte Integration eugenischer Fallkonstellationen in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F.⁶⁶³ hat in den verschiedensten Kreisen neben verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Beachtung des 1994 neu ins Grundgesetz eingefügten Benachteiligungsverbot von Behinderten und des Bestimmtheitsgebotes auch anderweitige kritische Überlegungen bezüglich der Möglichkeit einer solchen „Einordnung“ und ihren Konsequenzen hervorgerufen.

Herauszuheben sind dabei die Reaktionen der Katholischen und Evangelischen Kirche Deutschlands.

Wie der Gesetzgeber in der amtlichen Begründung⁶⁶⁴ verlauten ließ, wurde von einer erneuten Regelung der eugenischen Indikation abgesehen, da vor allem die Äußerungen von Behindertenverbänden aufgezeigt hätten, dass eine derartige Regelung zu dem Missverständnis geführt

⁶⁶² Das hat zur Folge, daß sämtliche Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB verlagert werden könnten.

⁶⁶³ Siehe BT-Drs.13/1850, S.25 f zu § 218 a II, III StGB

⁶⁶⁴ BT-Drs. 13 /1850 a.a.O.

hatte, die Rechtfertigung ergebe sich aus einer geringeren Achtung des Lebensrechtes des geschädigten Kindes. Wie diese Verbände hatten auch die Kirchen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum SFHÄndG verschiedentlich die Abschaffung der eugenischen Indikation gefordert.⁶⁶⁵ Konnte der Gesetzgeber tatsächlich glauben, dass der gewählte Weg, „die eugenische... in der medizinischen Indikation zu verstecken“, wie Beckmann meint⁶⁶⁶, den geäußerten Vorstellungen entsprach?⁶⁶⁷

Grundsätzlich stehen beide Kirchen für den sie leitenden Gedanken, dass ein Schwangerschaftsabbruch nach Gottes Willen nicht sein soll.⁶⁶⁸ Denn Abtreibung ist nach ihrem Verständnis die Tötung eines Menschen und deshalb nicht zu rechtfertigen.⁶⁶⁹

Übereinstimmend folgern sie das unbedingte Lebensrecht jedes einzelnen Menschen aus seiner Gottebenbildlichkeit⁶⁷⁰; als solches Ebenbild Gottes ist jeder Mensch von Gott gewollt, d.h. von ihm bejaht und angenommen in seiner unaustauschbaren Eigenart.⁶⁷¹ Dafür, dass gerade auch Ungeborene nach dieser Definition als Menschen anerkannt werden, können die Kirchen auf die heutige medizinisch und biologisch gesicherte Erkenntnis - dass mit der Vereinigung von Ei und Samenzelle individuelles menschliches Leben beginnt – zurückgreifen, was sie auch tun.⁶⁷² Der früher von der Kirche eingenommene Standpunkt, erst die 40 oder 80 Tage nach der Zeugung einsetzende Beseelung lasse den Fötus zum wirklichen Menschen werden, ist aufgrund der „handfesten wissenschaftlichen Belege“ revidiert worden⁶⁷³. Demzufolge unterliegen auch ungeborene Kinder als Ebenbild(er) Gottes dem Schutz des aufgestellten Gebotes „Du sollst nicht töten.“ Dies wiederum hat zur Folge, dass der, der sich an ihnen vergreift, sich letztlich an Gott vergreift. Dabei gehen beide Kirchen davon aus, dass „unabhängig davon, welchen Grad an Gesundheit, Erkenntnis, Selbstbewusstsein oder körperlicher, geistiger und seelischer Leistungsfähigkeit...das einzelne Leben besitzt, dieses vorgeburtlich

⁶⁶⁵ Eichhorn, BT-Steno.Ber., 13. WP, 47. Sitzung, S.3756; Göhner, BT-Plenarprot. 13 /47, S.3782; Beckmann, MedR 1998, S.155

⁶⁶⁶ Beckmann, MedR 1998, S.155

⁶⁶⁷ Im Rahmen der gemeinsamen Aussprache hinsichtlich der in der 13.WP eingebrachten Gesetzentwürfe zur Änderung des Abtreibungsstrafrechtes machte die Abgeordnete Albowitz (F.D.P.) mit Blick auf Vorab-Äußerungen der Kirchen zum Gesetzeskompromiss darauf aufmerksam, dass diese „...natürlich nicht Lob und Preis für die Gesetzesinitiative finden, aber immerhin ...äußern, dass im politischen Raum Kompromisse mitunter unausweichlich sind.“ Ersichtlich ist daran, daß sich der Gesetzgeber bewußt war, mit seiner Regelung nicht die volle Zustimmung der Kirchen zu erlangen. BT- Steno.Ber., 13. WP, 47.Sitzung, S.3772

⁶⁶⁸ Mehrfach betont wurde dies durch Vertreter der EKD; so z.B. Herrn Dr. Barth in seinem Beitrag vom 29.Juni 1995, wie auch Präses Kock in seiner Stellungnahme vom 18. November 1998

⁶⁶⁹ Vgl. Pressebericht der Herbst-Vollversammlung der Deutschen Bischofskonferenz 1995, Teil III.1.a)

⁶⁷⁰ EKD, Gott ist ein Freund des Lebens, S.40

⁶⁷¹ Gemeinsame Texte Nr.11, S.7

⁶⁷² Aus: Argumente für das Leben, Woche für das Leben vom 10.-16.06.1991, S.1

⁶⁷³ Siehe vorherige Fn. a.a.O., S.4

und bis zum Tode zu schützen ist.⁶⁷⁴ Insbesondere Behinderte sind damit in diesen Lebensschutz einbezogen; die selbst definierte Aufgabe sowohl der katholischen wie auch evangelischen Kirche besteht darin, über ethische Bewusstseinsbildung und Schärfung des Gewissens zu einer positiven Einstellung gegenüber kranken und behinderten Menschen beizutragen und demgemäß alle Eltern zu einem „vorbehaltlosen JA“ zu jedem Kind zu ermutigen. Denn jedes Kind ist liebenswert und jedes menschliche Leben von Gottes Fürsorge begleitet.⁶⁷⁵

Während nun die Evangelische Kirche Deutschlands in einer Vorab-Stellungnahme vom 29.06.1995⁶⁷⁶ die erzielte Einigung im Bundestag zum Recht des Schwangerschaftsabbruchs zunächst einmal als akzeptablen Kompromiss begrüßte, der vor allem die dem Schutz des ungeborenen Lebens abträgliche Rechtsunsicherheit während des Beratungsprozesses beendete, erklärte die Katholische Kirche schon vor der Neuregelung, dass ein Gesetz, welches die Tötung behinderter Kinder in einer eigenen Indikation oder gar im Rahmen einer erweiterten medizinischen Indikation bis zur Geburt ermöglicht und darüber hinaus noch als gerechtfertigt anerkennt, untragbar sei.⁶⁷⁷

Als bemerkenswert festzuhalten ist, dass beide Kirchen von Beginn der Neuregelung an in Fällen, „...in denen eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass das Kind auf Dauer krank oder behindert sein wird,...eine Abtreibung...nur dann als nicht rechtswidrig ansehen, wenn die Voraussetzungen der medizinischen Indikation nach § 218 a Abs.2 StGB n.F. im übrigen erfüllt sind.“ Damit gehen sie beide von einem „Fortfall der embryopathischen Indikation“, so die Stellungnahme des Vorsitzenden der Deutschen Bischofskonferenz Bischof Dr. Karl Lehmann⁶⁷⁸, bzw. der „Streichung einer eigenen embryopathischen Indikation“, so im Beitrag von Dr. Barth⁶⁷⁹, aus. Dem neuen § 218 a II StGB wird dabei das oben⁶⁸⁰ ausgeführte Verständnis zugrunde gelegt, bei dem ein auffälliger Befund und die sich hieraus ergebenden Aussagen zu der zu erwartenden Entwicklung des Kindes keine ausreichende Begründung für einen Schwangerschaftsabbruch darstellen. Alleiniger Grund hierfür kann nach gel-

⁶⁷⁴ Gemeinsame Texte 11, S.7 f

⁶⁷⁵ Bekräftigt wurde diese Aussage nochmals 1997 in der von der katholischen und evangelischen Kirche initiierten „Woche für das Leben“, die unter dem Motto: „Jedes Kind ist liebenswert – Leben annehmen statt auswählen“ stand. Befürchtungen beider Kirchen, daß der Wunsch nach dem „perfekten Kind“ mehr und mehr dazu führen könnte, selbst bei geringer Beeinträchtigung des Ungeborenen sich gegen das Austragen des Kindes zu entscheiden, sollte mit der Darlegung der biblischen Auffassung von der Würde jedes menschlichen Lebens durch das JA Gottes zum Menschen entgegengetreten werden. (Vorwort der anlässlich der Woche für das Leben, 01.-07.06.1997, herausgegebenen Veröffentlichung)

⁶⁷⁶ Vgl. Beitrag für idea von Dr. Barth zum neuen § 218 vom 29.06.1995

⁶⁷⁷ Erzbischof Joachim Kardinal Meisner, Presseerklärung vom 22.06.1995; zitiert aus Beckmann, MedR 1998, S.156

⁶⁷⁸ Pressemitteilungen der Deutschen Bischofskonferenz vom 27.06.1995

⁶⁷⁹ Beitrag für idea, vom 29.06.1995

⁶⁸⁰ Pkt.B.III.1.

tendem Recht und Auffassung der katholischen wie evangelischen Kirche die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Mutter sein, wenn diese Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.⁶⁸¹

Davon ausgehend würdigte die Evangelische Kirche Deutschlands in ihrem vorab veröffentlichten Beitrag⁶⁸² die Neuregelung von 1995 mit der Streichung der eigenen eugenischen Indikation als Hilfe für die Unterbindung des Missverständnisses, dass eine gesundheitliche Schädigung des ungeborenen Kindes für sich genommen ein Grund zur Abtreibung sei⁶⁸³, währenddessen die Katholische Kirche Deutschlands in ihren Stellungnahmen schon die Folgen der „Einordnung“ betrachtete und v.a. deren Missbrauchsmöglichkeiten kritisierte. Die vorgesehene medizinische Indikation sei so weit gefasst, dass sie „Tür und Tor für einen Missbrauch“ öffnen würde⁶⁸⁴ und „gleichzeitig verschleiern“ könnte. „Eine solche Regelung mindere den rechtlichen Schutz des ungeborenen Kindes in erheblichem Maße“, wobei diese Sorge insbesondere mit Blick auf möglicherweise behinderte Kinder gelte.⁶⁸⁵

Beachtenswerterweise machte die Katholische Kirche also schon zu diesem Zeitpunkt auf Unzulänglichkeiten des SFHÄndG aufmerksam, die sich vor allem i.R.d. neu „erweiterten“ medizinischen Indikation stellten und stellen und in Fällen wie dem des Oldenburger Babys⁶⁸⁶ später deutlich und für jedermann sichtbar hervortraten.

Diesen ersten Bedenken schloss sich später auch die evangelische Kirche an. Gemeinsam sah und sieht man die Gefahr besonders darin, dass bei falscher Auslegung der medizinischen Indikation Abtreibungen doch⁶⁸⁷ allein auf der Grundlage eines Pränatalbefundes mit der ausschließlichen Begründung der zu erwartenden Behinderung des Kindes vorgenommen werden.⁶⁸⁸ Unterstützen würde dies trotz ihrer auch unbestreitbaren Vorteile die pränatale Diagnostik, die mit ihren vermeintlichen Garantien für ein gesundes Kind die Abwehr gegenüber

⁶⁸¹ Gemeinsame Texte, S.10 – Ebenso auch Rauschen, Jedes Kind ist liebenswert, Woche für das Leben, S.23, der die Voraussetzungen der medizinischen Indikation nach § 218 a Abs.2 StGB n.F. durch die Wahrscheinlichkeit einer Behinderung des Kindes allein noch nicht als erfüllt ansieht.

⁶⁸² Vgl. Beitrag für idea von Dr. Hermann Barth vom 29.06.1995

⁶⁸³ Genau dieser Zweck sollte mit der Herausnahme einer eigenen eugenischen Indikation aus der Straffreistellungsnorm für einen Schwangerschaftsabbruch, § 218 a StGB, verfolgt werden, wie sich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 13/1850, S.25 f) entnehmen lässt.

⁶⁸⁴ Damit angesprochen könnte ein möglicher Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art.103 Abs.2 GG sein, aber auch die Schwierigkeiten, die sich bei der nun nötigen Prüfung hinsichtlich früherer kindlicher Voraussetzungen stellen.

⁶⁸⁵ Stellungnahme des Vorsitzenden der Deutschen Bischofskonferenz, Bischof Dr. Karl Lehmann; Pressebericht der Herbst-Vollversammlung der Deutschen Bischofskonferenz 1995, Teil III.1.a)

⁶⁸⁶ Vgl. Schilderung dessen bei Beckmann, MedR 1998, S. 158 f; ebenso bei Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57

⁶⁸⁷ Hervorhebung der Verfasserin

⁶⁸⁸ Gemeinsame Texte 11, S.6 f

geschädigtem Leben verstärken könne. Der zu beobachtende Schwund von Bereitschaft, von Geburt an behinderte Kinder anzunehmen und in ihnen eine Lebensaufgabe zu sehen, könnte nach Ansicht der Kirchen auch in den zur Verfügung gestellten pränatalen Diagnosemethoden und damit Auswahlmöglichkeiten nach „Qualitätsmerkmalen“ seinen Grund haben.

Erneut Kritik an der geltenden Regelung hinsichtlich eugenischer Fallkonstellationen wurde durch die Evangelische Kirche Deutschlands nach der „Erklärung der Bundesärztekammer zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik“ geübt. Die dort (in der Erklärung) aufgezeigten und von der EKD als nicht beabsichtigt eingestuften, gravierenden Nebenfolgen der gesetzlichen Regelung tauchen v.a. im Problembereich der späten Schwangerschaftsabbrüche auf.⁶⁸⁹ In der Stellungnahme des Präses Manfred Kock⁶⁹⁰ wird dabei festgestellt, dass ein auffälliger Befund beim ungeborenen Kind „(...)heute immer häufiger zum Abbruch der Schwangerschaft führt und diese Entwicklung in scharfem Gegensatz zum christlichen Verständnis von der Würde und dem Lebensrecht jedes Menschen, eben auch jedes ungeborenen Kindes(...)“ steht. Wie schon die BÄK, so fordert auch die EKD den Gesetzgeber zur Beseitigung der Regelungsdefizite im Abtreibungsrecht, speziell im Bereich der Abbrüche nach Pränataldiagnostik⁶⁹¹, auf.

Zusammenfassend kann mit den Worten beider Kirchen gesagt werden, dass diese begrüßt haben, dass nach dem Wortlaut des § 218 (a) StGB von 1995 die eugenische Indikation für einen Schwangerschaftsabbruch aufgrund einer zu erwartenden schweren Erkrankung des Kindes weggefallen ist, sie aber im Zusammenhang mit dem Wegfall der eugenischen Indikation nun einen Missbrauch der medizinischen Indikation befürchten.⁶⁹²

aa) Verschiedenheit der Leitbilder von medizinischer und ehemaliger eugenischer Indikation

Gegen eine derartige „Einordnung“ der eugenischen Indikation im beschriebenen Sinne⁶⁹³ des „Auffangens bestimmter eugenischer Fallkonstellationen“ könnten zunächst einmal die

⁶⁸⁹ Als wesentliche Folgen werden in der BÄK-Erklärung genannt: Wegfall der 22-Wochen-Frist als Begrenzung für Abtreibungen; Wegfall der Beratungspflicht; Wegfall der spezifischen statistischen Erfassung

⁶⁹⁰ Pressemitteilung vom 18.Nov.1998, Stellungnahme von Präses Kock

⁶⁹¹ Damit sind solche Abbrüche nach Feststellung einer Behinderung bzw. Schädigung des Ungeborenen gemeint.

⁶⁹² Gemeinsame Texte 11, S.6 – Eine genauere Erklärung, was unter „Mißbrauch“, außer in der geschilderten Weise – Schädigung als alleiniger Grund für die Abtreibung gem. § 218 a II StGB - zu verstehen ist, läßt sich den kirchlichen Stellungnahmen nicht entnehmen.

⁶⁹³ Pkt. B.III.1.

verschiedenen Leitbilder der ehemals eigenständig geregelten eugenischen und der medizinisch-sozialen Indikation sprechen.

Wiederholt wurde sowohl von juristischer wie auch damit befasster medizinischer Seite darauf hingewiesen, dass die Tötung des Kindes bei der traditionell mütterlich-medizinischen Indikation im Gegensatz zur ehemaligen eugenischen Indikation nicht das Ziel der Tat war.⁶⁹⁴ Intention ersterer Indikation war und ist, wie schon der Wortlaut des Tatbestandes vermuten lässt, die Rettung des Lebens und/oder der Gesundheit der Mutter durch Beseitigung der diese bedrohenden Gefahren mittels einem Abbruch der Schwangerschaft. Primär war / ist der Eingriff damit nicht auf den Tod des speziellen Ungeborenen gerichtet; auch wenn er im Regelfall dazu führt(e).⁶⁹⁵

Lt. Tröndle⁶⁹⁶ wird nur notgedrungen der Tod des Kindes in Kauf genommen, was sich besonders gut an einem von Hepp genannten, typischen Beispiel aus dem Bereich der medizinischen Indikation nachvollziehen lässt: Es gelingt zwar immer häufiger, aber eben doch nicht immer, die Schwangerschaft einer gesundheitlich bedrohten Mutter durch einen diagnostizierten Gebärmutterhalskrebs erst dann zu beenden, wenn das Kind eine reale Chance für ein gesundes Überleben hat. Angestrebt ist jedoch die Rettung der Mutter und wenn irgend möglich die des Kindes; und nur in einem unlösbaren Konflikt die Tötung des Kindes zur Rettung der Mutter. Dass eine solche Dimension der medizinischen Indikation zugrunde gelegt werden kann, ist darauf zurückzuführen, dass die Bedrohung der Gesundheit und/oder des Lebens während der Schwangerschaft bei dieser traditionell mütterlichen Indikation i.d.R.⁶⁹⁷ nicht einzig und allein durch den konkreten Fötus selbst ausgelöst worden ist und somit dieser nicht zur Erreichung des Indikationsinhalts – Unzumutbarkeit – getötet werden muss.

Im Gegensatz dazu war es bei der ehemaligen eugenischen Indikation nicht das Ziel, die Mutter aufgrund einer unmittelbaren medizinischen Bedrohung ihres Lebens / bzw. ihrer Gesund-

⁶⁹⁴ So z.B. der Mediziner Hepp, Gynäkologe 1996, S.408; Otto, JURA 1996, S.142; Tröndle, NJW 1995, 3015; wohl ebenso Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.497, die davon ausgehen, daß sich „...die beiden Indikationen inhaltlich nicht deckten...“; Die Bundesregierung wies in ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage (BT-Drs.13/5364, S.13) sogar darauf hin, daß „... Ziel der Behandlung...die Beendigung der Schwangerschaft aus den genannten Gründen (sei), ...nicht jedoch die Tötung des Kindes.“

⁶⁹⁵ Die von der BÄK veröffentlichte „Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik“ gelangt zu dem Schluß, daß die „...Tötung des Kindes nicht das Ziel, immer aber die unvermeidliche Konsequenz ist...“ Zudem fordert schon der juristische Begriff des Schwangerschaftsabbruches, daß es zum Absterben der Leibesfrucht gekommen ist.

⁶⁹⁶ Tröndle, § 218 a, Rz.9a f

⁶⁹⁷ Eine Ausnahme davon bildet die folgende Fallkonstellation, in der schon nach „altem“ Recht nach Ablauf der 22-Wochen-Frist ein Schwangerschaftsabbruch i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation vorgenommen wurde, wenn die Kenntnis von der Schädigung des Ungeborenen bei der Schwangeren eine Gefahr für Leben bzw. ihre Gesundheit hervorgerufen hatte.

heit von der Last der Schwangerschaft, sondern eine i.d.R.⁶⁹⁸ gesunde Mutter für die Phase nach der Geburt von der Last des geschädigten/ behinderten Kindes zu befreien.⁶⁹⁹ Handlungsziel konnte demnach nur der Tod des Ungeborenen sein, Mittel der Realisierung dessen der Schwangerschaftsabbruch. Auf den Tod konnte wegen der geforderten Unzumutbarkeit auch nicht verzichtet werden.⁷⁰⁰

Die aufgezeigte Verschiedenheit der Leitbilder der ehemals eigenständig geregelten eugenischen und der medizinisch-sozialen Indikation könnte zum einen eine Einordnung von Konstellationen der ersteren in letztere Indikation völlig versagen (1), zum anderen aber auch diese Konstellationen in § 218 a II StGB n.F. „Unterschluß“ finden lassen und mit ihnen die in ihnen ruhende inhaltliche Dimension (2). Dann allerdings müsste das Verständnis der traditionellen medizinischen Indikation eine erhebliche Ausweitung erfahren.

(1) Stellungnahme zur Versagung der Möglichkeit der Einordnung

Gegen die vollständige Ablehnung der Einordnungsmöglichkeit ist zuerst einmal einzuwenden, dass die medizinisch-soziale in alter wie neuer Fassung ebenso wie die ehemalige eugenische, die „kriminologische“ und ehemalige soziale Indikation einen vom Gesetzgeber zugelassenen Ausnahmetatbestand zum ansonsten bestehenden grundsätzlichen Abtreibungsverbot darstellt. Als solch „medizinischer“ Tatbestand lässt er wie die anderen auch einen Schwangerschaftsabbruch bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen zu. Begrifflich aber ist gerade unter einem Schwangerschaftsabbruch ein gegen die Leibesfrucht gerichteter Eingriff zu verstehen, der zum Absterben derselben führen muss.⁷⁰¹ Noch vor der Änderung im 15. StÄG lautete der Wortlaut des § 218 StGB auf „Abtötung der Leibesfrucht“, was den notwendigen tödlichen Erfolg besser verdeutlichte.

Demzufolge muss es aus juristischer Sicht auch beim Vorliegen der medizinisch-sozialen Ausnahmelage zur Beendigung der Schwangerschaft durch den bewirkten und in Kauf genommenen Tod des ungeborenen Kindes kommen. Zwar ist aufgrund dessen einer völligen Ablehnung der Einordnungsmöglichkeit eugenischer Fallkonstellationen nicht zuzustimmen,

⁶⁹⁸ Die Ausnahme bildet hier die schon in der vorigen Fußnote geschilderte Konstellation, wo sich die wahrscheinliche Behinderung des Kindes auch gesundheitlich für die Schwangere auswirkte.

⁶⁹⁹ Otto, JURA 1996, S.142; Hepp, Gynäkologie 1996, S.408

⁷⁰⁰ Hepp a.a.O.

festzuhalten bleibt allerdings, dass entsprechend den möglichen Vorsatzformen auch ein billiges In-kaufnehmen des Absterbens der ungeborenen Frucht genügt, welches i.R.d. traditionellen medizinisch-mütterlichen Indikation wohl die Regel im Gegensatz zur beabsichtigten Tötung bei der ehemaligen eugenischen Indikation gewesen sein wird.

Gegen die Versagung der Einordnung eugenischer Fallkonstellationen wegen verschiedener Leitbilder der ehemals eigenständig geregelten eugenischen Indikation und der medizinisch-sozialen kann weiter vorgebracht werden, dass auch schon nach der bis zum Inkrafttreten des SFHÄndG 1995 geltenden Regelung in der medizinischen Indikation die Lebensphase der Schwangeren im weiteren Schwangerschaftsverlauf, bei der Geburt oder gar erst danach beachtet und zum Ausschlaggebenden für einen indizierten Abbruch gemacht werden konnte. Durch die Klausel der „Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse“ war die Indikation schon zu diesem Zeitpunkt keine reine medizinische, sondern eine medizinisch-soziale Indikation, deren geforderte Konkretisierung der Gefahr nicht mit Gegenwartigkeit der Gefahr – wegen der „zukünftigen Lebensverhältnisse“ – gleichzusetzen war.⁷⁰² Folglich war schon nach „altem“ Recht eine ganzheitliche Betrachtung, in die neben biologisch- medizinischen Bedingungen auch die gesamten sozialen Lebensumstände der Schwangeren mit einzubeziehen waren, entscheidend.⁷⁰³ Deshalb wiederum konnte auch im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a I Nr.2 StGB i.d.F. des 15. StÄG und im nunmehr wortlautgleichen § 218 a II StGB n.F. mit dem durchgeführten Abbruch nicht nur von der Last der Schwangerschaft an sich, sondern auch für die Phase nach der Geburt von der Last des Kindes befreit werden. Sinnbildlich steht dafür das Bild der „verbrauchten Mutter“.⁷⁰⁴ Da die Schwangere in einer solchen persönlichen Situation – die gesundheitliche Überforderung der Schwangeren liegt ja auch bzw. gerade in der nachgeburtlich fortwirkenden Dauerbelastung - nicht ohne weiteres auf eine Frühgeburt als anderweitiges, zumutbares Mittel zur Abwendung des Schwangerschaftsabbruches verwiesen werden konnte, kam

⁷⁰¹ Sch/Sch-Eser, § 218, Rz.19, 5; BÄK, Dt.Ärztebl.1998, A-3013; Lackner, 20. Aufl., § 218, Rz.3, insbes. Rz.4; a.M. D/T, 46. Aufl., § 218, Rz.5

⁷⁰² Anderer Meinung diesbezüglich war Jähnke, LK, § 218 a, Rz.36, der gerade die künftige Gefahr als zwar begrifflich denkbare Sachgestaltung ansah, sie aber nicht zur Vernichtung keimenden Lebens ausreichen ließ. Allerdings ließ auch er eine Einschränkung der Gegenwartigkeit zu, so dass „gegenwärtig“ nach Jähnkes Ansicht auch ein Zustand war, der „...erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehen erscheinen lässt, falls nicht dagegen eingeschritten wird“. Ein völliger Ausschluss der Berücksichtigung erst nach der Geburt eintretender Gefahren ist damit nicht gewollt, wobei jedoch die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts höher angesetzt wurden.

⁷⁰³ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.10; D/T, 46. Aufl., § 218 a, Rz.7, 10

⁷⁰⁴ Wo die psychische Dauerüberlastung der Schwangeren durch eine Summierung wirtschaftlicher und familiärer Belastungen vor, während und nach der Geburt plus dem hinzukommenden Kind eine Gesundheitsgefährdung i.S.d. medizinisch-sozialen Indikation u.U. hervorrufen konnte und kann, SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.30 f; Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.10 ff

und kommt im Rahmen dieser medizinisch-sozialen Indikation – ohne das es sich um ein behindertes Kind handelt – nur der Tod des Ungeborenen als Handlungsziel in Betracht. Insofern unterscheiden sich bei diesen Fallkonstellationen der (traditionellen) medizinischen Indikation und denen der ehemaligen eugenischen Indikation die Leitbilder nicht.

Dadurch, dass schon die bis zum Inkrafttreten des SFHÄndG geltende medizinisch-soziale Indikation -ausgenommen deren Regelung unter dem SFHG von 1992- zwei Dimensionen beinhaltete, ist eine Einordnung eugenischer Fälle mit der ihnen anhaftenden Motivation der Tötung des Kindes um seiner Tötung willen nicht völlig ausgeschlossen.

Weiterhin spricht auch die früher bestehende Möglichkeit, einen Schwangerschaftsabbruch wegen der Behinderung des Ungeborenen i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation vorzunehmen⁷⁰⁵, gegen die Ablehnung der Einordnung eugenischer Fallkonstellationen in § 218 a II StGB n.F. Wie festgestellt, beinhaltet auch die medizinisch-soziale Indikation neben ihrer traditionellen Zielrichtung – nämlich der Rettung von Leben und/oder Gesundheit der Mutter unter Inkaufnahme des gelegentlichen Todes des Kindes – eine der ehemals eigenständig geregelten eugenischen Indikation gleichkommende. Demgemäß ist es zu erklären, dass die eben geschilderte Möglichkeit zum Schwangerschaftsabbruch nach Fristversäumnis bestand. Sowohl nach dem „alten“ Recht wie auch dem nun zu bevorzugenden Verständnis des § 218 a II StGB konnten und können „hereinfallende“ eugenische Fallkonstellationen nur dann zu einem Abbruch aus medizinischer Indikation heraus führen, wenn deren Voraussetzungen erfüllt waren und sind. Soweit anerkannt ist, dass im Einzelfall die Gewissheit um das Austragen und die Geburt eines (schwerst)geschädigten Kindes bzw. eines mit der Anlageträgerschaft für eine Erkrankung, zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren führen kann.⁷⁰⁶

(2) Möglichkeit des „Unterschlupfs“

Da also u.U. eugenische Fallgestaltungen mit der in ihnen ruhenden Tötungsintention in der medizinisch-sozialen Indikation Platz finden konnten und können, hat nur die traditionelle mütterlich-medizinische, nicht aber die erst genannte, medizinisch-soziale Indikation erheblich an Ausweitung erfahren, um auch wirklich „Unterschlupf“ gewähren zu können.

⁷⁰⁵ Wenn nach Ablauf der 22-Wochen-Frist die Kenntnis von der Schädigung des Kindes bei der Schwangeren eine Gefahr für Leben oder ihre Gesundheit hervorgerufen hatte, Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.30 m.w.N.

⁷⁰⁶ BÄK, Dt.Ärztebl.1998, A-3014; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.498; JZ 1968, S.149

bb) Verschiedenheit der Legitimationsgründe

Gegen eine Einordnung der eugenischen Fallkonstellationen im unter Pkt.B.III.1. beschriebenen Sinne könnte sprechen, dass die im „alten“ Recht in eigenen Absätzen aufgeführten Indikationen gerade wegen der ihnen zugrunde liegenden unterschiedlichen Legitimationsgründe in jeweils eigenständigen Regelungen untergebracht worden sind. Damit könnte sich nun ein sog. „Unterschlupf“⁷⁰⁷ in einer anderen Indikation verbieten.

Der Anwendungsbereich der medizinisch-sozialen Indikation a.F.umfasste Situationen, in denen das Austragen der Schwangerschaft von der Schwangeren selbst auf Kosten ihres eigenen Lebens oder Gesundheitszustandes nicht von ihr verlangt und stattdessen ein Rechtfertigungsgrund anerkannt werden konnte.⁷⁰⁸ Hingegen ging es bei der „eugenischen“ Ausnahme vom Abtreibungsverbot darum, im Falle der Schädigung des noch ungeborenen Kindes den Schwangeren die Möglichkeit des gerechtfertigten Abbruchs bereitzuhalten, wenn für diese die Aussicht der Pflege eines solchen Kindes eine unzumutbare Belastung darstellen würde. Zwar war nicht die vorgeburtliche Behinderung an sich der ausschlaggebende Punkt, sondern die eine sorgfältige Gesamtwürdigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren fordernde unzumutbare Überforderung derselben.

Es handelte sich trotz der Tatsache, dass in vielen Fällen der ehemaligen eugenischen Indikation gleichzeitig die Gefahr der Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes vorliegen konnte und oftmals auch vorlag, grundsätzlich um zwei eigenständige Notlagen mit einem voneinander unabhängigen Anwendungsbereich. Denn es musste für die Bejahung der eugenischen Indikation (§ 218 a II Nr.1 StGB a.F.) gerade nicht ein unzumutbarer Konflikt gegeben sein, der einer Gesundheitsgefährdung i.S.d. medizinischen Indikation entsprach.⁷⁰⁹ Die vom BVerfG in seinem 1. Fristenlösungsurteil⁷¹⁰ demgegenüber geforderte schwerenmäßige Anbindung der eugenischen, wie „kriminologischen“ und sozialen an die medizinische Indikation konnte selbst durch die Formel: „Die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr.2 gelten auch als erfüllt...“ nicht gewährleistet werden.⁷¹¹ Indem einerseits bei

⁷⁰⁷ Tröndle, § 218 a, Rz.9a

⁷⁰⁸ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.7; Beckmann, MedR 1998, S.156; BVerfG E 39, 1 ff (49); Horstkotte, BT-Steno.Ber., 7. WP, 25. Sitzung, S.1470 sah die innere Legitimation der medizinischen Indikation darin, daß „...man es der Frau nicht zumuten kann, ihre Gesundheit – und damit vielfach auch ihre Funktion in der Familie – dem Fortbestand des ungeborenen Lebens zu opfern, ...daß man sie in einem solchen schicksalhaften Konflikt nicht mit den Mitteln der staatlichen Zwangsgewalt zu einem solchen Opfer zwingen kann.

⁷⁰⁹ Sch/Sch-Eser, 24. Aufl., § 218a, Rz.3; Schreiber, FamRZ 1975, S.670

⁷¹⁰ BVerfG E 39, 1 ff (49)

⁷¹¹ Dies hätte nur eine Einbindung mittels „Regelfälle“ (CDU/CSU-Entwurf, BT-Drs.7 / 4211) bewirkt, vgl. Schreiber, FamRZ 1975, S.670

den „nicht-medizinischen“ Indikationen eine vergleichbare Belastung der Schwangeren zur „rein“ medizinischen Ausnahme zwar gegeben sein konnte, tatsächlich aber nicht vorzuliegen brauchte, und andererseits die Voraussetzungen der medizinischen Indikation kraft nicht widerlegbarer Vermutung im Falle des Vorliegens der Gründe des § 218 a II StGB a.F. als erfüllt galten, wurde gerade im Einzelfall auf den Nachweis der konkreten vergleichbaren Belastung verzichtet.⁷¹²

Dass es sich um grundsätzlich eigenständige Notlagen mit einem eigenen, zur medizinischen Indikation verschiedenen Anwendungsbereich handelte, könnte durch die vom BVerfG getroffene 2. Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruchsrecht⁷¹³ als bestätigt angesehen werden. Indem es neben der medizinischen namentlich die eugenische Indikation als vor der Verfassung bestehenden Ausnahmetatbestand anerkannte, geht das deutsche Verfassungsgericht offenbar von verschiedenen Legitimationsgründen aus, deren gemeinsames Anerkennungskriterium die Unzumutbarkeit der jeweiligen Konfliktsituation ausmacht.⁷¹⁴

In die gleiche Richtung – verschiedene Berechtigungsgründe innerhalb der Indikationsregelung des 15.StÄG – zielen auch die Aussagen Beckmanns.⁷¹⁵ „Weil eine gesetzliche Normierung ohne spezifischen Regelungsgehalt überflüssig gewesen wäre, ergibt sich schon aus der bloßen Existenz der anderen Indikation, dass alle Indikationen eigenständig mit einem eigenen Anwendungsbereich ausgestattet gewesen sind.“

Auch Schumann / Schmidt-Recla⁷¹⁶ gehen davon aus, dass beide Indikationen – die ehemals eigenständig in einem Absatz geregelte eugenische Indikation und die medizinisch-soziale Indikation – sich inhaltlich nicht deckten.

Fraglich ist nun, ob die Tatsache, dass es im „alten“ Recht verschiedene Indikationstatbestände mit jeweils eigenen Anwendungsbereichen gegeben hat, gegen das „Hereinfallen“ eugenischer Fallkonstellationen in die neue, aber wortgleich zu derjenigen nach dem 15. StÄG, medizinisch-soziale Indikation gem. § 218 a II StGB spricht.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, der „eugenisch motivierten“ Ausnahmelage vom Verbot des Schwangerschaftsabbruches die „Eigenständigkeit“ des eigenen Absatzes zu nehmen und damit nach geltender Gesetzeslage des § 218 a nur

⁷¹² Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.3

⁷¹³ BVerfG E 88, 203 ff

⁷¹⁴ BVerfG E 88, 255 f

⁷¹⁵ MedR 1998, S.156

⁷¹⁶ MedR 1998, S.497 – Insbesondere stellte aus ihrer Sicht die eugenische Indikation keinen Unterfall der medizinisch-sozialen Indikation dar, so dass die oben geschilderte Anbindung in der Schwere weder angestrebt, noch gefordert war. Das im Einzelfall bestimmte Fallgruppen der eugenischen Indikation zugleich die Voraussetzungen des § 218 a I Nr.2 StGB a.F. erfüllten – somit dem Schweregrad entsprachen – steht dem nicht entgegen.

noch zwei Ausnahmetatbestände, die „kriminologische“ und die hier von Bedeutung werdende medizinisch-soziale Indikation, zuzulassen, als legitim⁷¹⁷ einzuschätzen ist.

Auslösendes Moment war entsprechend der gegebenen amtlichen Begründung die Tatsache, dass eine derartige Regelung (eugenische Indikation) zu dem Missverständnis geführt hat, die Rechtfertigung ergebe sich aus einer geringeren Achtung des Lebensrechtes eines geschädigten Kindes.

Einer Verneinung der Einordnungsmöglichkeit der „eugenischen“ Fallkonstellationen in § 218 a II StGB kann zudem das unter Pkt. B.III.1. erläuterte Verständnis des § 218 a II StGB n.F. entgegengehalten werden.

Danach begründen eugenische Fallkonstellationen nur dann einen gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch, wenn die Feststellung der Schädigung bzw. Behinderung des Kindes unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis zu einer nicht anders abwendbaren Lebens- oder Gesundheitsgefahr für die Schwangere führt. Entscheidend ist, dass das für die Annahme einer medizinisch-sozialen Indikation erforderliche Kriterium der Gefahr für das Leben oder der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes durch die eugenisch motivierten Fälle ausgelöst werden muss. Sämtliche andere Konstellationen der ehemals eigenständigen eugenischen Indikation, die nicht die Voraussetzungen des § 218 a StGB n.F. erfüllen, können nach der 12. Schwangerschaftswoche nicht mehr zu einem Abbruch führen. Damit liegt trotz „eugenischer Fälle“ eine „vollwertige“ medizinisch-soziale Indikation vor – von einer sich davon unterscheidenden, eigenen eugenischen Ausnahmelage innerhalb dieser kann keine Rede sein.⁷¹⁸

Mit dieser Änderung ist die „eugenische Indikation“ auf den Teil ihres eigenen früheren Anwendungsbereiches verkürzt worden, der schon bei der bis zum SFHÄndG geltenden Regelung in der medizinisch-sozialen Indikation Platz gefunden hatte, weil er gleichzeitig deren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllte.⁷¹⁹

Da, wie gezeigt, schon die damals geltende medizinisch-soziale Indikation auch eine zweite inhaltliche Dimension enthielt, steht einer Einordnung bestimmter eugenisch motivierter Konstellationen auch im Einzelfall nichts entgegen.

⁷¹⁷ Es gehört zur vom BVerfG zugestandenen Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers, Ausnahmen vom Verbot des Schwangerschaftsabbruches zu bestimmen und demgemäß auch abzuschaffen, vgl. BVerfG E 88, 255 ff

⁷¹⁸ Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, 500; BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, A-3014 f

⁷¹⁹ Lt. Eser war neben einer „besonderen embryopathischen Indikation“ nur der Weg der entsprechend erweiterten medizinisch-sozialen Indikation zur Unterbringung von Abbrüchen wegen der Schädigung des Kindes eröffnet, vgl. JZ 1994, S.509

Die soeben erläuterten, verschiedenen Legitimationsgründe für die medizinisch-sozialen und eugenischen Fälle sind nach heutiger Gesetzeslage demgemäß nicht mehr beachtlich. Dass auch deren frühere Existenz einer „Einordnung“ nicht entgegensteht, lässt sich daran nachvollziehen, dass schon im „alten“ Recht – meist erst nach Ablauf der 22-Wochen-Frist – Fälle der eugenischen Indikation i.R.d. der zeitlich unbegrenzten medizinisch-sozialen Indikation zum Schwangerschaftsabbruch führen konnten.⁷²⁰ Gerade in diesem Fall - wie auch nach der nunmehrigen Regelung – trat in praktischer Hinsicht die vom Gesetzgeber mittels der gesetzlichen Vermutung nahe gelegte Situation ein, dass es sich bei der „eugenischen Indikation“ um eine „Unterindikation“ zur medizinischen Oberindikation und damit „bloß“ um einen besonderen Anwendungsfall davon handelte. Der erfasste Bereich blieb im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation. Zwar ging das Anwendungsgebiet der ehemaligen eugenischen Indikation über letztgenannte Konstellationen hinaus, beim Versäumen der 22-Wochen-Frist hingegen wurde dieses gewollt auf das der Indikation gem. § 218 a I Nr.2 StGB a.F. verkürzt. Ebenso sollte durch die Gesetzesänderung 1995 der durch den ehemaligen Ausnahmetatbestand erfasste Bereich aufgrund der verschiedentlich dagegen geäußerten Bedenken verkleinert werden, nämlich auf den der medizinisch-sozialen Indikation. Das gesetzgeberische Interesse zielte darauf ab, die darüber hinausgehende Materie keinem Abbruch mehr zuführen zu wollen. Dass eine derartige Intention legitim ist, wurde durch das BVerfG in seinem 2.Urteil zum Recht des Schwangerschaftsabbruches festgestellt, wo es dem Gesetzgeber die Befugnis zuwies, über das Vorhandensein/ Nicht-Vorhandensein von Ausnahmelagen entscheiden zu können.⁷²¹ Damit hängen die Legitimationsgründe als solche und die sich darauf gründenden Anwendungsbereiche wesentlich vom Gesetzgeber und seinem Willen ab; nach der geltenden Regelung soll der ehemals „eugenischen Indikation“ gerade kein eigenständiger Berechtigungsgrund zugbilligt werden.⁷²² Ein Grund, die mögliche Einordnung eugenischer Fallkonstellationen in die medizinisch-soziale Indikation zu versagen, kann in den früher – nun aber nicht mehr - gewollt separat ausgeführten Ausnahmetatbeständen nicht gesehen werden.

⁷²⁰ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.30; D/T, 46. Aufl., § 218 a, Rz.18 - Einig war man sich soweit unter den juristischen Vertretern, dass dies nur bei Erfüllung der Voraussetzungen der Indikation gem. § 218 a I Nr.2 StGB a.F. möglich war, die aufgestellte gesetzliche Vermutung reichte hier nicht aus. Dagegen reichte bei Lilie/ Isemer (MedR 1988, 66 ff) oder Hiersche/Jähne (MDR 1986, 1 ff) die Vermutung ohne diese Erfüllung aus

⁷²¹ Siehe BVerfG E 88, 255 ff

⁷²² Durch die Einordnung kommt die Abhängigkeit der eugenischen Indikation von der Un-/Zumutbarkeit für die Mutter, welche schon nach dem bis zum SFHG geltenden Recht den eigentlichen Eingriffsgrund darstellte, um den Eindruck einer „eugenischen Auslese“ mittels Schwangerschaftsabbruch zu vermeiden, nunmehr besser zum Ausdruck.

Problematisch ist nur, warum die in § 218 a III StGB n.F. wiederum⁷²³ eingeführte „kriminologische“ Indikation nicht ebenfalls, wie von Eser⁷²⁴ vorgeschlagen, über die medizinisch-soziale Indikation der Rechtfertigung zugeführt wurde, sondern ihren eigenen Anwendungsbereich, der nicht notwendig dem der medizinisch-sozialen Indikation entspricht, behalten hat. Unabhängig davon kann nunmehr mit den eugenischen Fällen innerhalb des § 218 a II StGB somit letztlich die schon beim „alten“ Recht vom Gesetzgeber angestrebte, in der Praxis aber größtenteils nicht angenommene Kongruenz der Schweregrade anhand der medizinischen Indikation durchgesetzt werden.

Der Möglichkeit der Einordnung eugenischer Fallkonstellationen in § 218 a II StGB n.F. steht die früher vorhandene Divergenz der Anwendungsbereiche von medizinischer und ehemaliger eugenischer Indikation nicht entgegen.

cc) Nähe der ehemaligen eugenischen Indikation zur früheren „Notlagenindikation“

Weiterhin könnte gegen die Möglichkeit des „Hereinfallens“ von eugenischen Konstellationen in § 218 a II StGB n.F. die Tatsache sprechen, dass die ehemalige eugenische Indikation aufgrund der in sie einfließenden sozialen Komponenten besser in einer Notlagenindikation statt in der medizinischen Indikation Platz gefunden hätte.

(1) Argumente

Im Rahmen der eugenischen Fälle gründete sich nämlich die die Rechtfertigung auslösende Unzumutbarkeit nicht auf die Erbkrankheit bzw. sonstige Schädigung des Nachwuchses, sondern auf die daraus erwachsende Belastung der Schwangeren. Diese bildete den eigentlichen Eingriffsgrund.⁷²⁵

⁷²³ Im SFHG war diese Indikation aus dem Gesetzeswortlaut entfallen. Daran hielt auch der SPD – Entwurf (BT-Drs.12/ 6660) nach dem Scheitern des SFHG vor dem BVerfG (E 88, 203 ff) fest, ohne eine detaillierte Begründung – warum sie für „überflüssig“ gehalten wurde, zu geben.

⁷²⁴ Eser, JZ 1994, S.510

⁷²⁵ Nach einer beachtlichen Mindermeinung wurde zudem für die eugenische Indikation nach dem „alten“ Recht verlangt, daß nicht nur die Einschätzung der Belastung durch die Schwangere, sondern auch die befürchtete Schädigung objektiv gesehen schon einen gewissen Schweregrad aufweisen müsse, bevor überhaupt von einer „schwerwiegenden“ gesprochen werden könne, die dann die Möglichkeit zur Abtreibung eröffnen würde, vgl. nur Plüsch, S.42 ff m.w.N.; S.49 ff

Welcher Art diese Belastungen sein mussten, wurde vom Gesetz⁷²⁶ offen gelassen. Da die damals geltende eugenische Indikation aber auch einen eigenen, von der medizinisch-sozialen Indikation unabhängigen Anwendungsbereich besaß⁷²⁷, lässt sich daraus schließen, dass sich die diese Indikation auslösende Belastung der Schwangeren nicht unbedingt in psychischen Nöten oder gesundheitlichen Beeinträchtigungen niederschlagen musste, sondern zeitliche, kräftemäßige oder finanzielle Überforderungen bei der Mitversorgung eines geschädigten Kindes ausreichen konnten.⁷²⁸ Damit wurde vor allem der Phase nach der Geburt Beachtung geschenkt.⁷²⁹

Auch mit der Notlagenindikation gem. § 218 a II Nr.3 StGB a.F. sollten sonstige Gefährdungen erfasst werden, die sich nicht primär physisch oder psychisch auswirkten. Namentlich drohende familiäre, wirtschaftliche oder andere Belastungen von außergewöhnlichem Gewicht kamen als Gefahr einer Notlage in Frage.⁷³⁰ Somit ergab sich auch deren Unzumutbarkeit vor allem aus einer Betrachtung der Lebensumstände der Schwangeren nach der Geburt.⁷³¹

Die ehemalige eugenische und die soziale Indikation gründeten sich also beide gewissermaßen auf eine schwere, psychosoziale Notlage bedingt durch das Austragen des Kindes.⁷³²

Aber auch die medizinische und „kriminologische“ Indikation stellten Notlagen dar, die eine Fortsetzung der Schwangerschaft wegen fehlender zumutbarer Abhilfe unmöglich machten. Demzufolge wurde beispielsweise von Lackner⁷³³ gefordert, dass die Notlagenindikation und nicht – wie es die Einbindung des Absatzes 2 in den Absatz 1 es nahe legte - die medizinisch-soziale Indikation den Generaltatbestand bildete.⁷³⁴ Denn allen Indikationen lag ausdrücklich oder stillschweigend die Gefahr einer irgendwie gearteten, schwerwiegenden Notlage (die je

⁷²⁶ §§ 218 ff i.d.F. vom 15. StÄG

⁷²⁷ Trotz der durch die Formulierung in § 218 a II StGB a.F. „...gelten .als erfüllt“ nahegelegten Deutung als Unterindikation einer medizinischen Oberindikation; siehe Lackner, NJW 1976, S.1237; Beckmann, MedR 1998, S. 156; Beulke, FamRZ 1976, S.598

⁷²⁸ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.27; Lackner, 20. Aufl., §218 a, Rz.9; Hingegen sah Jähnke in LK, § 218 a, Rz.54, finanzielle Erwägungen als unzulässig bei der Belastungsfähigkeit der Schwangeren an.

⁷²⁹ So auch Beulke, der als zentrales Kriterium bei der ehemaligen eugenischen Indikation die unzumutbare Belastung für die Schwangere durch die Austragung und spätere Pflege des Kindes ansah. FamRZ 1976, S.599

⁷³⁰ Lackner, 20. Aufl., § 218 a, Rz.14; Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.44

⁷³¹ Hepp, Gynäkologie 1996, S.408

⁷³² Hepp, Gynäkologie 1996, S.408

⁷³³ NJW 1976, S.1239

⁷³⁴ Gegen eine solche Deklarierung der Notlagenindikation als den alles umfassenden Rechtfertigungsgrund wandte sich Beulke, FamRZ 1976, S.598. Vor allem spräche die Gefahr, daß man bei der kriminologischen Indikation Zumutbarkeitserwägungen anstellen würde wie bei der Notlagenindikation, obwohl gerade dort der Schwangeren der Nachweis anderweitiger zumutbarer Abhilfe durch § 218 a II Nr.2 StGB a.F. erlassen wurde, dagegen.

nach Indikation verschiedentlich ausgestaltet war) zugrunde, aufgrund derer die weitere Schwangerschaft der Mutter nicht zugemutet werden konnte.

Daneben ließen die parallelen Formulierungen von ehemals eigenständig geregelter eugenischer und „sozialer“ Indikation – „...die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann“ – auf eine weitere Ähnlichkeit beider Indikationen, eine gemeinsame Höhenmarke der Zumutbarkeitsanforderungen, schließen.⁷³⁵ Da sich schon die den jeweiligen Ausnahmetatbestand auslösenden Konfliktlagen ähnelten, mussten sich ja auch die Bedingungen an deren Zumutbarkeit gleichen.

Wenn demzufolge die ehemalige eugenische Indikation eine gewisse Parallelität zur Notlagenindikation hinsichtlich der Konfliktsituation an sich und der Kongruenz bezüglich dessen, was im Interesse der Leibesfrucht der Mutter zugemutet werden konnte, aufwies, könnte dies der Einordnung ihrer Fallkonstellationen in die medizinische Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. entgegenstehen.

(2) Stellungnahme

Zu beachten ist allerdings, dass die medizinische Indikation in der Fassung des 15. StÄG wie auch in der nunmehr wortgleich geltenden Fassung eine soziale Seite beinhaltete und noch immer beinhaltet.⁷³⁶ Demgemäß wird ihr auch die Bezeichnung als medizinisch-soziale Indikation am besten gerecht.

⁷³⁵ So Beulke, FamRZ 1976, S.599; Dem anschließen kann man sich aber nur, wenn man das ehemalige Tatbestandsmerkmal der eugenischen Indikation „schwer wiegt“ im Sinne der schwangerenorientierten Sicht als individuelle Entscheidung über die Fortsetzung der Schwangerschaft ansieht. Denn objektive Anforderungen, wie von der schadensorientierten Meinung hinsichtlich eines bestimmten Schweregrades gewollt, flossen in die Festlegung der „Gefahr einer Notlage“ nicht mit ein, siehe Lackner, NJW 1976, S.1239

⁷³⁶ Lt. Eser, JZ 1994, S.510, ist der Passus „Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse“ ausschlaggebend dafür, jene Indikation als medizinisch-soziale Indikation zu bezeichnen. D/T, 47. Aufl., § 218 a, Rz.9 sehen gerade die mit dieser Klausel verbundene Erweiterung zur medizinisch-sozialen Indikation als nicht vereinbar mit dem Beratungskonzept des § 218 a I StGB n.F. an. Soziale Komponenten, auch wenn sie unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse zugleich meist medizinische Relevanz aufwiesen, würden primär zum Beratungskonzept gehören. Damit würde aber die medizinisch-soziale Indikation das Beratungskonzept konterkarieren. Gerade auch das BVerfG in seinem 2. Fristenlösungsurteil hätte die Unvereinbarkeit der Notlagenindikation mit dem Beratungsschutzkonzept festgestellt (BVerfG E 88, S.270 f), was nach Meinung Tröndles aber auch für das Einfügen sozialer Elemente in die medizinische Indikation zu gelten hätte. Dagegen kann eingewandt werden, daß die Folgerung des BVerfG hinsichtlich der Notlagenindikation zum einen nicht zwingend ist. Warum beeinflusst die spätere Indikationsstellung die Offenheit der Beratung? Nur wegen der vielschichtigen, oftmals subjektiv beeinflussten Konfliktlage? Und zum anderen kann eingewandt werden, dass die „hergebrachte“ medizinische Indikation (womit offensichtlich die medizinisch-soziale Indikation des 15.StÄG gemeint ist) in der Feststellung durch das BVerfG ausdrücklich nicht das Beratungskonzept negativ beeinflusst. (BVerfG E 88, S.268 f). Damit haben die sozialen Elemente

Diese soziale Komponente, die die gesamten Lebensumstände – gegenwärtige wie künftige – der Schwangeren in eine ganzheitliche Betrachtung einbezog und einbezieht, konnte/kann auch solche Gefährdungen in sich aufnehmen, die sich durch Summierung wirtschaftlich und familiärer Belastungen als psychische Dauerüberlastung der schwangeren Mutter niederschlugen/-schlagen.

Zudem ist entgegen viel geübter (z.T. auch berechtigter) Kritik⁷³⁷ der Gesetzgeber – nachweislich anhand der gesetzestechnischen Ausgestaltung „gelten ...als erfüllt...“ - davon ausgegangen, dass sowohl die Fälle der eugenischen wie die der sozialen Indikation sogleich die Voraussetzungen der medizinischen erfüllten. Folglich ging auch die Notlagenindikation theoretisch nur in Grenzfällen über die medizinische Indikation hinaus. Dass in der praktischen Handhabung entgegen dieser Intention die Notlagenindikation ausdehnt wurde und eher diese als Generalklausel für die medizinische Indikation als umgekehrt diente, muss hier außer Betracht bleiben.

Festzuhalten ist, dass auch Überschneidungen zwischen medizinisch-sozialer und sozialer Indikation im „alten“ Recht wegen des Gesetzeswortlautes des § 218 a I Nr.1 StGB möglich waren. Diese wiederum ließen keine allzu großen Unterschiede zwischen beiden Indikationen aufkommen, so dass demzufolge die medizinische Indikation anstelle einer Notlagenindikation die „eugenischen“ Fallgestaltungen grundsätzlich „auffangen“ kann.⁷³⁸

Der weitere Umstand, dass der aufgrund einer medizinischen Indikation vorgenommene Schwangerschaftsabbruch immer zugleich einen Heileingriff darstellte, was bei der Notlagenindikation nach „altem“ Recht nicht der Fall war⁷³⁹, hat nach der aktuell geltenden Gesetzeslage für die weggefallene, ausformulierte eugenische Indikation insoweit keine Brisanz mehr, als deren Konstellationen in § 218 a II StGB nur unter der Bedingung, dass die Schädigung des Kindes bei Fortsetzung der Schwangerschaft die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes oder eine Lebensgefahr

in der medizinischen Indikation nach Auffassung des BVerfG vor der Verfassung Bestand. Auch Keller, S.210 gelangt zu dem Schluß, daß bei den ehemaligen Rechtfertigungsgründen der medizinischen und eugenischen Indikation mit dem Vorliegen eines „objektiven Sachverhaltes“ keinen Anlaß der Indikationsfeststellung auszuweichen besteht und demgemäß diese sich mit dem Beratungskonzept vertragen können. Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit einer weit gefaßten medizinischen Indikation wurden hingegen vom Abgeordneten Lanfermann (BT-Steno.Ber., 13.WP, 19.Sitzg, S.1280) geäußert – ohne diese aber zu begründen.

⁷³⁷ An der Ansicht des Gesetzgebers, dass es sich bei den in Abs.2 Nr.1-3 normierten Indikationen lediglich um besondere Anwendungsfälle handeln sollte, entzündete sich die Kritik. Als „dogmatisch verfehlt“ (so Rudolphi), als „unsinnig“ (so Beulke) oder auch als „in der Sache nichts (einbringend)“ (so Lackner) wurde diese Konstruktion eingeschätzt und zumeist mit dem Argument, dass „...diese Indikationen (nicht) insgesamt auf die medizinisch-soziale Indikation zurückgeführt...“ werden können, begründet.

⁷³⁸ So auch der Vorschlag von Eser, JZ 1994, S.510

hervorrufen, aufgenommen werden und zum „unbegrenzten“ Abbruch führen können. Zum einen dürften nicht mehr „bloße“ unzumutbare Belastungen ohne körperliche oder seelische Folgen ausreichen, zum anderen kann durch den gleichzeitigen Wegfall der Notlagenindikation auch keine anderweitige tatbestandliche Erfassung dieser eugenisch motivierten Lagen stattfinden.

Zu beachten ist außerdem, dass schon nach dem 15. StÄG geltenden Recht eine Aufnahme eugenischer Fälle über die soziale Komponente der damaligen medizinischen Indikation trotz sonstiger Nähe zur „sozialen“ Indikation möglich war.⁷⁴⁰

Des Weiteren verdeutlichte auch das Abstellen auf die Beurteilungskompetenz eines Arztes i.R.d. ehemaligen eugenischen Indikation deren Nähe zu der von gleicher Seite beurteilten medizinischen Indikation. Das Zurückgreifen auf dieselbe fachliche Kompetenz kann nur vorgenommen werden, wenn es bei beiden um die Feststellung medizinischer Gesichtspunkte ging.

Zum anderen erfolgte gerade bei der ehemaligen eugenischen Indikation eine enge Anbindung derer Zumutbarkeitserwägungen an die der medizinische Indikation, schon um nur den Anschein einer „euthanasia in utero“⁷⁴¹ zu vermeiden. Und auch die frühere Notlagenindikation forderte lt. Gesetzeswortlaut eine unzumutbare Fortsetzung der Schwangerschaft, die sich schon wegen des im 1. Urteil des BVerfG aufgestellten Kongruenzerfordernisses zur medizinisch-sozialen Indikation an deren Zumutbarkeitsanforderungen zu orientieren hatte und wegen der Entscheidungskompetenz des Arztes („ärztliche Erkenntnis“) nicht nur allgemeine soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen hatte. Damit kann zwar die Feststellung Lackners bestätigt werden, dass ausdrücklich oder stillschweigend allen Ausnahmefällen eine unzumutbare Belastung der Schwangeren zugrunde lag, entgegen seiner Ansicht stellte aber nicht die

⁷³⁹ LK-Jähnke, § 218 a, Rz.35; Beulke, FamRZ1976, S.598 f; Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 223, Rz.50

⁷⁴⁰ Umstritten waren dort zunächst das „OB“ und bei Bejahung dessen die Voraussetzungen dafür, über die 22-Wochen-Frist hinaus im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation eugenische Fälle zur Abtreibung zu bringen. Beispielsweise gingen Isemer/Lilie, MedR 1988, S.70, davon aus, daß ein Rückgriff auf die generelle Norm der medizinisch-sozialen Oberindikation eigentlich nicht möglich, aufgrund der besonderen Schutzfunktion der Befristung von 22-Wochen jedoch ausnahmsweise durch analoge Anwendung der Rechtsfolge zugelassen werden könne. Sch/Sch-Eser, 24. Aufl., § 218 a, Rz.30 hingegen bejahte einen Abbruch bis zum Ende der Schwangerschaft, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen der medizinischen Indikation erfüllt seien, wobei die gesetzliche Vermutung nicht genügte. Auch A/W, LH1, Rz.386, kam wegen der nach ihrer Ansicht zumeist auch bei der eugenischen Indikation regelmäßig gegebenen Gefährdung der Schwangeren i.S.d. medizinisch-sozialen Indikation dazu, daß ein Rückgriff auf letztere Indikation bei eugenischen Fällen möglich und deren Fristbegrenzung kaum von Bedeutung sei, zweifelnd hingegen Lackner, NJW 1976, 1237.

⁷⁴¹ Hiersche, ZFG&N 1996, S.236; Plüsch, S.52

Notlagenindikation, sondern die medizinisch-soziale Indikation die „Generalklausel“ dafür dar.⁷⁴²

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die ehemals eigenständig geregelte eugenische Indikation in der sie betreffenden Situation eher der „sozialen“ Indikation ähnelte, in ihren Unzumutbarkeitserwägungen aber – wie auch die Notlagenindikation - an die medizinisch-soziale Indikation gebunden war. Mit dem nunmehrigen Fortfall der eugenischen Indikation ist die Erfassung solch motivierter Fälle über das soziale Element der medizinischen Indikation möglich.

dd) Verlust des abschließenden Charakters der medizinischen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F.

Mit der „Einordnung“ eugenischer Fallkonstellationen in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. könnte eine Aufweitung derselben verbunden sein, die deren „abschließenden“ Charakter zunichte macht.

Für gewöhnlich wird bei der Betrachtung des abschließenden Charakters der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch darauf eingegangen, ob neben diesen zugelassenen Ausnahmetatbeständen oder im Falle dort auftretender Mängel auch anderweitige Rechtfertigungsgründe herangezogen werden können.⁷⁴³ Dies ist grundsätzlich zu verneinen. Bei den Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch wird grundsätzlich von deren abschließendem Charakter ausgegangen.⁷⁴⁴

Nach dem Fortfall aus dem Gesetzeswortlaut der geltenden Regelung wäre es nach Ansicht Rudolphis⁷⁴⁵ aber beispielsweise denkbar, der eugenischen Indikation durch einen „ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund unmittelbar aus der Verfassung“ Rechtfertigung zukommen zu lassen. Dagegen sprechen jedoch neben der Gesetzgebungsgeschichte auch die Moti-

⁷⁴² Lackners Vorschlag bezog sich vorausschauend auf eine Lage, die vom Gesetzgeber nicht so intendiert, jedoch in der Praxis vorherrschend war. Dort wurde die „Notlagen-Generalklausel“ gehandhabt., Keller, S.201; A/W, LH 1, Rz. 389

⁷⁴³ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.24

⁷⁴⁴ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.24, § 218, Rz.37 – Ausnahmsweise soll sich ein anderer als ein Arzt wie auch die Schwangere auf § 34 StGB berufen können, wenn bei akuter Gefahr für Leib oder Leben der Mutter und nicht erreichbarer ärztlicher Hilfe ein Abbruch vorgenommen wird. Siehe auch Lackner, NJW 1976, 1237

⁷⁴⁵ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.13

ve des Gesetzgebers⁷⁴⁶, auf einen eigenständigen Grund der Rechtfertigung gerade verzichten zu wollen.

Des Weiteren könnte in den Fällen der früheren eugenischen Indikation nach dem zu bevorzugenden Verständnis des § 218 a II StGB n.F. u.U. eine Rechtfertigung dieser bei Erfüllung der medizinisch-sozialen Voraussetzungen gegeben sein; damit bestände kein Anlass, darüber hinaus auf anderweitige rechtfertigende Möglichkeiten zurückzugreifen. Insoweit behält die medizinische Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. ihren abschließenden Charakter.

Über den möglichen Verlust des „abschließenden“ Charakters der medizinisch-sozialen Indikation in einem ganz anders verstandenen Sinne sollen an dieser Stelle Überlegungen angestellt werden.

„Abschließend“ ist dabei so zu verstehen, dass jeder Ausnahmetatbestand zum ansonsten bestehenden Verbot des Schwangerschaftsabbruches wegen seiner besonderen Stellung eine hinreichend genaue Umgrenzung hinsichtlich des von ihm erfassten Bereiches besitzen muss, um das gesetzlich vorgesehene Regel-Ausnahme-Prinzip - das Verbot stellt die Regel und die Erlaubnis die Ausnahme dar - nicht umzukehren.⁷⁴⁷ Gerade die Indikationen selbst müssen damit „abschließend“ klären, welche Situationen zur Rechtfertigung führen können und welche nicht. Ist dies nicht mehr gewährleistet, verkommt der mit den §§ 218 ff StGB vorgesehene Lebensschutz, der nach der Rspr. des BVerfG auch dem Ungeborenen zuteil wird, zur leeren Hülse. Dass konkrete Anforderungen an die jeweiligen Indikationen hinsichtlich ihres Umfangs gestellt werden (müssen), kommt auch in der Äußerung des BVerfG in seinem 2. Urteil zum Recht der Abtreibung zum Ausdruck, in der für die eugenische Indikation ihre hinreichend genaue Umgrenzung vorausgesetzt wird.⁷⁴⁸

Mit der Möglichkeit, gewisse Fälle einer anderen Indikation, hier der weggefallenen eugenischen, in sich aufnehmen zu können, könnte es zu einer übermäßigen Ausdehnung des medizinisch-sozialen Ausnahmetatbestandes in seinem Anwendungsbereich gekommen sein, die wiederum verbunden ist mit der Unsicherheit hinsichtlich der Frage, welche Konstellationen nun erfasst bzw. nicht erfasst werden.

Eine derartige, durch die hereinfliegenden eugenischen Fallkonstellationen ausgelöste Ausweitung der medizinisch-sozialen Ausnahmelage vom Abbruchsverbot könnte Ausgangspunkt für eine zunächst erweiterte, dann extensive und zu guter Letzt missbräuchliche Auslegung der-

⁷⁴⁶ Siehe Pkt. B.III.1.

⁷⁴⁷ Otto, JURA 1996, S.138

⁷⁴⁸ BVerfG E 88, S. 257

selben sein.⁷⁴⁹ Nicht nur, dass eugenische Fälle – wenn die Voraussetzungen des § 218 a II StGB n.F. gegeben sind - nun erfasst werden, auch könnten zunehmend solche eugenisch motivierten Konstellationen zur Abtreibung aus medizinisch-sozialer Indikation führen, die in Wahrheit nicht die Bedingungen des § 218 a II StGB erfüllen.⁷⁵⁰ Insbesondere würde die Ausweitung auch die Möglichkeit eröffnen, einen nicht unerheblichen Teil der im früheren Recht ausgefertigten Notlagenindikation wieder mit einbeziehen zu können.⁷⁵¹

Die vorgebrachte Kritik⁷⁵² des Verlustes des abschließenden Charakters der in § 218 a II StGB n.F. enthaltenen Indikation ist insoweit als berechtigt einzustufen, als eine Erweiterung dieser durch die Einordnung – wenn auch nur bestimmter – eugenischer Fallkonstellationen nicht komplett vermieden werden kann. Eine solche Ausweitung kann schon deshalb bejaht werden, weil ohne Frage nach dem früher geltenden Recht und der dort schon vorhandenen Möglichkeit der Abtreibung behinderter Kinder im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a Abs.1 Nr.2 StGB a.F.⁷⁵³ dieser Weg weniger genutzt wurde, als dies heute – nach dem Wegfall der ehemals gegebenen eugenischen Indikation – der Fall ist.

Auch die sich nunmehr stellende Gefahr des Einbezugs von übermäßig vielen Fällen der ehemaligen Notlagenindikation in die geltende Fassung der medizinisch-sozialen Indikation kann nicht von der Hand gewiesen werden.

Dem kann auch nicht – wie es der Abgeordnete Göhner⁷⁵⁴ tut - entgegengehalten werden, dass die nun geltende Fassung mit der bis zum SFHG in der Bundesrepublik seit 1976 gültigen wortwörtlich übereinstimmt. Denn im Zusammenhang mit den in dem damaligen Gesetz ausdrücklich geregelten Indikationen ließ sich eine enge Interpretation der Voraussetzungen des § 218 a I Nr.2 StGB a.F. dahin vertreten, dass die gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nur insoweit zu berücksichtigen seien, als sie unmittelbare Auswirkungen auf den physischen, insbesondere aber den psychischen Gesundheitszustand währ-

⁷⁴⁹ Lackner, Vor § 218, Rz.22; Tröndle, NJW 1995, 3015

⁷⁵⁰ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.12

⁷⁵¹ Lackner, Vor § 218, Rz.22; Beckmann, MedR 1998, S.157; Tröndle, NJW 1995, 3015; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.54 ff regt sogar zur Prüfung dazu an, ob und wieweit bisher nach § 218 a II Nr.3 StGB a.F. erfaßte Fälle nunmehr nach § 218 a II StGB n.F. der Rechtfertigung zugänglich sind. Begründet wird dies damit, daß in der früheren allgemeinen Notlagenindikation durchaus Fälle enthalten waren und sein können, die schon bisher auch den Anforderungen an die medizinisch-soziale Indikation genügt hätten. Auf die Einwendungen Tröndles (siehe D/T, 47.Aufl., § 218 a, Rz.9) gegen eine Ausweitung unter Einbezug sozialer Gesichtspunkte in die medizinische Indikation soll an dieser Stelle nur verwiesen werden. Auch Keller erachtet es als wichtig für das Beratungskonzept, „...daß die Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes (der medizinischen Indikation) so eng gefaßt werden, daß er keine Einbruchsstelle für die mit dem Beratungsmodell unvereinbare „soziale Indikation“ werden kann.“

⁷⁵² Zu nennen ist hier namentlich Beckmann, MedR 1998, S.157. Im Einzelnen siehe unter Pkt.Teil 2.B.III.2.b.dd)

⁷⁵³ Vor allem nach Ablauf der 22-Wochen-Frist

⁷⁵⁴ BT-Plenarprot.13/47, S.3782

rend der Schwangerschaft hatten. Eine derartige Begrenzung der Berücksichtigung der Lebensverhältnisse entspricht aber nicht mehr den gesetzgeberischen Vorstellungen von der gewollten Einordnung von eugenischen Konstellationen.

Allerdings kann auch die Ausweitung nur in einem von der medizinischen Indikation vorgegebenen Rahmen – Eintritt einer Lebensgefahr oder Gefahr der Gesundheitsbeeinträchtigung – erfolgen. Anderweitige, nicht der „engen“⁷⁵⁵ medizinischen Indikation zuzuordnende Fälle können nämlich nur zur Abtreibung führen, wenn sie zu körperlichen bzw. seelischen Schäden bei der Schwangeren führen.

Demzufolge ist die geäußerte Befürchtung, dass eugenische Fälle zur Abtreibung führen könnten, die gar nicht die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation erfüllen, nach dem Verständnis des § 218 a II StGB im oben beschriebenen Sinne⁷⁵⁶ unbegründet. Danach kann die Feststellung der Schädigung des Kindes nach der 12.SSW nur dann zum gerechtfertigten Abbruch führen, wenn diese unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis eine nicht anders abwendbare Lebens- oder Gesundheitsgefahr für die schwangere Mutter auslöst. Die Beibehaltung bzw. Wiedereinführung der medizinisch-sozialen Indikation wie in der Fassung vom 15. StÄG war also von Nöten. Mit diesem Verständnis sind Tötungen von behinderten Kindern, nur weil diese behindert sind und nicht gleichzeitig die entscheidenden Tatbestandskriterien des § 218 a II StGB n.F. erfüllen, i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation vom Gesetzeswortlaut her ausgeschlossen; eine Erweiterung der Indikation dadurch nicht möglich. Damit nicht ausschliessbar ist hingegen die darüber hinausgehende missbräuchliche Anwendung des Ausnahmetatbestandes des § 218 a II StGB n.F.

Auch gegen die Sorge, dass bei einer Ausdehnung des Ausnahmetatbestandes bedingt durch die Einordnung eugenischer Fallkonstellationen möglicherweise ehemalige „soziale“ Indikationsfälle ebenfalls wieder einen rechtfertigenden Grund für eine Abtreibung darstellen könnten ist einzuwenden, dass selbst das BVerfG⁷⁵⁷ in seinem 2.Urteil zum Recht des Schwangerschaftsabbruchs der „Notlagenindikation“ und ihrem Anwendungsbereich als Ausnahmelage mit Bestand vor der Verfassung nicht vollkommen die Grundlage entzogen hat. Wenn demnach selbst eine eigene Indikation vom Gesetzgeber hätte entwickelt werden können⁷⁵⁸, so muss es erst recht möglich sein, die die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation erfüllenden Konstellationen der bisher nach § 218 a II Nr.3 StGB a.F. erfassten Fälle nun in §

⁷⁵⁵ Wie nach der Fassung des SFHG verstandenen

⁷⁵⁶ Siehe unter Pkt. Teil 2.B.III.1.

⁷⁵⁷ BVerfG E 88, 257

218 a II StGB n.F. mit einzubeziehen. Auch die im selben Urteil des BVerfG formulierte Feststellung, dass sich Notlagenindikation und Beratungskonzept nicht vertragen würden und erstere um der Wirksamkeit des neuen Schutzkonzeptes willen nicht weiter als Rechtfertigungsgrund fungieren könne⁷⁵⁹, spricht nicht dagegen. Denn wie schon oben⁷⁶⁰ festgestellt, sind die dafür vorgebrachten Argumente keineswegs zwingend und ebenfalls oft der Kritik unterzogen worden. Insoweit dürfte ein Verlust des abschließenden Charakters der medizinisch-sozialen Indikation durch die neben den eugenischen auch hereinfließenden „sozialen“ Konstellationen zu verneinen sein.

Fraglich ist, ob die mit der Einordnung eugenischer Fälle notwendig einhergehende gewisse Erweiterung der medizinischen Indikation des § 218 a II StGB n.F. solch ein Ausmaß annimmt, dass vom Verlust des abschließenden Charakters bei § 218 a II StGB gesprochen werden kann.

Wie erläutert ist dies nur anzunehmen, wenn eine hinreichend genaue Umgrenzung hinsichtlich des vom Ausnahmetatbestand zum ansonsten bestehenden Verbotes des SSA erfassten Bereiches nicht (mehr) gegeben ist; somit das gesetzlich vorgesehene Regel-Ausnahme-Prinzip⁷⁶¹ umgekehrt würde. Gerade dies aber dürfte bei der medizinisch-sozialen Indikation in der geltenden Fassung noch nicht gegeben sein. Denn diese ist in ihrer Anwendung insoweit begrenzt, dass alle einfallenden Fallkonstellationen eine Gesundheits- oder Lebensgefahr für die Schwangere auslösen müssen, um zum Abbruch führen zu können.⁷⁶² Damit beschränkt sich der Bereich des § 218 a II StGB nur auf diese Fälle; der Ausnahmecharakter wird nur denen zu teil, welche die im Gesetz aufgeführten Bedingungen erfüllen. Anhand der in § 218 a II StGB n.F. vorausgesetzten Komponenten ist der erfassbare Bereich trotz der Möglichkeit des Auffangens verschiedener Fallkonstellationen neben dem der engen medizinischen vorgegeben, eine hinreichende Umgrenzung also zu bejahen. Zwar ist somit die geltende medizinisch-soziale Indikation zugegebenermaßen zunächst einmal aufgrund ihrer doch recht weiten Gesetzesfassung ein „großes Einfallstor“, das jedoch einen „engen Filter“ in Form der Tatbestandserfordernisse für die einfallenden Sachlagen bereithält.

Es kann von einer hinreichenden Umgrenzung und einem abschließenden Charakter von § 218 a II StGB n.F. ausgegangen werden.

⁷⁵⁸ Diese Ansicht vertritt bspw. Eser, JZ 1994, S.510

⁷⁵⁹ BVerfGE 88, 270 f

⁷⁶⁰ Siehe D/T, 47.Aufl., § 218 a, Rz.9

⁷⁶¹ Dieses Regel-Ausnahme-Prinzip besagt, dass – anhand der Gesetzssystematik ersichtlich – das Verbot des Schwangerschaftsabbruches die Regel und die davon ausnehmenden Tatbestände die Ausnahmen darstellen.

⁷⁶² Gleichlaufend ist die Argumentation zum Verständnis der medizinisch-sozialen Indikation. Nach diesem führen ebenfalls sämtliche Konstellationen der ehemaligen Indikationen, die nicht gleichzeitig die in § 218 a II aufgestellten Bedingungen erfüllen, nicht zum gerechtfertigten Abbruch.

ee) Bedenken hinsichtlich eines Wandels des Bewusstseins

Verbunden mit der Aufnahme von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation im neuen § 218 a II StGB könnte ein „Bewußtseinsschwund“ hinsichtlich der Erkenntnis sein, dass jeder Abbruch aus der eugenischen Indikation heraus trotz der Zumutbarkeitsorientierung an der Mutter immer schon auch eine gewisse Selektion durch aktive Tötung darstellte.⁷⁶³ Durch die Streichung dieser Ausnahmelage und damit auch deren Benennung könnte der Schwangeren zu ihrer eigenen Beruhigung vorgespielt werden, dass nunmehr auch vom Gesetzeswortlaut her bei der Abtreibung eines geschädigten Kindes allein medizinische Gesichtspunkte ihr Tun rechtfertigen. Gerade die mit der Einführung des Behinderten-Grundrechtes bezweckte, größere Beachtung der Belange von Behinderten, auch ungeborenen, könnte somit unterlaufen werden.

Dem wäre entgegenzuhalten, dass vor allem wegen der Gefahr, über den „dehnbaren“ Wortlaut des „Sonderrechtes“ und der fortschreitenden Entwicklung auf dem Gebiet der pränatalen Diagnostik das „Tor zur platten Eugenik“ zu öffnen, die Einordnung von bestimmten Fallkonstellationen in § 218 a II StGB, medizinisch-soziale Indikation, vorangetrieben wurde. Die Auslese gesunder und die Tötung behinderter Kinder ist nach der Neuregelung mit der für den Abbruch entscheidenden Lebens- oder Gesundheitsgefahr für die Schwangere gewissermaßen nur Nebenwirkung. Mütterliche, und nicht mehr auf das Kind bezogene, nachwuchsorientierte Voraussetzungen sind nunmehr von Bedeutung.

Zu berücksichtigen ist aber auch hier, dass gerade der Begriff der Zumutbarkeit ein den gesellschaftlichen Konventionen unterworfenen, für sich ändernde Wertvorstellungen in der Bevölkerung offener Begriff war und ist. Gerade über dieses Erfordernis der Zumutbarkeit konnten und können trotz gegenteiliger Vorstellungen und Bemühungen des Gesetzgebers eugenische Tendenzen ihren Weg in das Recht des Schwangerschaftsabbruches finden. Dieses Problem kann auch mit der „Subsumtion“ unter den medizinisch-sozialen Ausnahmetatbestand nicht befriedigend gelöst werden.

Es wird eher noch verstärkt, da nach geltendem Recht die Schwangere davon ausgehen kann, eine ethisch unbedenkliche, da aus medizinischen Gesichtspunkten beurteilte, Entscheidung getroffen zu haben. Die zusätzlichen Schwierigkeiten, die sich bei einer Abtreibung aufgrund der ehemaligen eugenischen Indikation stellten und Einfluss auf den individuellen Entschluss der Schwangeren nahmen – wie die oft auch noch für die Gemeinschaft zu gebende Rechtfertigung

⁷⁶³ Vgl. Hepp, Gynäkologie 1996, S.408; Auch die Abgeordnete Karwatzki, BT-Steno.Ber., 12.WP, 230.Sitzg., S.19962, führte aus, daß „eine die embryopathische Indikation aufnehmende medizinisch-soziale Indikation ...in der Gesellschaft ...vorhandene Fehlvorstellungen ...keinesfalls beseitigt.“

tigung, warum keine Möglichkeit zur Erziehung des behinderten Kindes bestand und die z.T. erfolgte Gleichsetzung in Politik und Gesellschaft von diese Abbrüche vornehmenden Frauen mit den über lebenswertes/ -unwertes Leben wachenden Machthabern während der NS-Zeit⁷⁶⁴ – werden der schwangeren Frau auf diese Weise abgenommen. Auch wenn nach und nach die Lebenswirklichkeit eher in das Gegenteil umgeschlagen ist – sich eine Pflicht zum unbehinderten Kind durchzusetzen begonnen hat⁷⁶⁵ – so verliert doch beides mit der Einordnung an gesellschaftlicher Reflexion.

ff) Fazit

Die Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Gegenargumenten hat gezeigt, dass diese einer denkbaren Einordnung von eugenischen Fallkonstellationen in die medizinisch-soziale Indikation im unter Punkt B.III.1.beschriebenen Sinne nicht wirklich (zwingend) entgegenstehen.

Der zu beklagende Bewußtseinsverlust hinsichtlich der Tötung behinderter Menschen kann – wie auch Kritiker der Neuregelung zugeben müssen – bei einer separat aufgeführten Regelung, die nicht konkret auf die Verhinderung erbkranken Nachwuchses abzielt, ebenfalls eintreten. Einzig wirksamer Schutz, einen solchen Bewußtseinsverlust zu vermeiden, ist in dem Bemühen um Integration und Förderung der behinderten Menschen in Gesellschaft und Politik zu sehen. Nur mit einer intensiven, auf die Belange Behinderter aufmerksam machenden Öffentlichkeitsarbeit ist das Bewusstsein in allen gesellschaftlichen Kreisen wach zu halten.

(c) Stellungnahme

Ob und inwieweit nach dem Dargelegten noch die Möglichkeit einer „Unterbringung“ der eugenischen Fallgestaltungen im medizinisch-sozialen Ausnahmetatbestand besteht, soll nun folgend erläutert werden.

⁷⁶⁴ so die These von Freudiger, Selbstbestimmung, S.124

⁷⁶⁵ Wie auch Hiersche, ZfG&N 1996, S.237 feststellt. Das sich dieses Anspruchsdenken u.U. auch auf Krankenkassen übertragen konnte, schildert er am Beispiel der AOK Niedersachsens, deren Vorgehen gegen einen Arzt auf Schadenersatz wegen zu später Feststellung der Behinderung des Ungeborenen und damit der Nichtdurchführbarkeit des Abbruchs innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fristen (22-Wochen gem. § 218 a III StGB a.F.) den Schluß zuließ, daß „...die Kasse schlicht einen Schwangerschaftsabbruch für preiswerter erachte(te) als die lebenslange Betreuung eines Behinderten“.

aa) Verständnis vom geltenden § 218 a II StGB

Anhand der unter Pkt.B.III.1.b) vorgestellten Argumente ist es nachweislich zu einem Wegfall der ehemals eigenständig geregelten eugenischen Indikation als solcher gekommen. Diese sich sowohl in medizinischen⁷⁶⁶ wie auch juristischen⁷⁶⁷ Kreisen allmählich durchsetzende Ansicht wird zudem durch die Äußerungen des für die Einführung der Neuregelung verantwortlichen Gesetzgebers⁷⁶⁸ gestützt. Ebenfalls in der amtlichen Begründung⁷⁶⁹ getroffen wurde die Aussage, dass durch die Formulierung der medizinischen Indikation in § 218 a II StGB diese Fallkonstellationen aufgefangen werden können. Dies gab Anlass zu Komplikationen in der Anwendung. Denn offen bleibt, welche Konstellationen der eugenischen Indikation aufgefangen werden sollten, wenn doch eben diese Indikation 1995 abgeschafft worden ist. Widerspricht sich nicht der Gesetzgeber schon innerhalb der Gesetzesbegründung?⁷⁷⁰ Dass dem nicht so ist, lässt sich damit erklären, dass es eine eigens ausformulierte Ausnahmelage vom Verbot des Schwangerschaftsabbruches nun nicht mehr gibt; sie wurde gestrichen. Gleichzeitig festgelegt wurde, dass Fallkonstellationen, die unter einen solchen eugenischen Tatbestand fallen würden, die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB erfüllen können und somit „aufgefangen“ werden können.

Dementsprechend stellt sich die Problematik folgendermaßen dar:

Mit der wortwörtlichen Übernahme der schon nach dem 15. StÄG geltenden Fassung der medizinisch-sozialen Indikation⁷⁷¹, nach der ebenfalls eine Abtreibung wegen einer sich für die Fortsetzung der Schwangerschaft als unzumutbar darstellenden und eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit auslösenden Schädigung möglich war⁷⁷², können nach geltendem Recht Konstellationen, welche nach bisherigem Recht unter den Anwendungsbereich der eugenischen Indikation fielen, im Rahmen des § 218 a II StGB n.F. zum gerechtfertigten Abbruch führen, wenn die Schädigung des ungeborenen Kindes unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren zur nicht anders abwendbaren

⁷⁶⁶ Siehe bspw. die Ende 1998 abgegebene Erklärung der Bundesärztekammer, in der es u.a. heißt: „Der Wegfall der embryopathischen Indikation alter Fassung...“ oder „Die frühere sogenannte embryopathische Indikation des § 218 a StGB a.F. ist im Rahmen des SFHÄndG vom 21.08.1995 als solche weggefallen...“

⁷⁶⁷ Siehe Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.500, die darauf hinweisen, daß es in der strafrechtlichen Literatur noch Zweifel hinsichtlich des Wegfalls überhaupt (so z.B. Tröndle/Fischer, §218 a, Rz.9a) und bei Bejahung hinsichtlich dessen Umfangs (so SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.8, auch Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.37) gibt.

⁷⁶⁸ Siehe die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, BT-Drs.13/5364, S.15, die feststellte: „Die embryopathische Indikation ist mit Inkrafttreten des SFHÄndG entfallen.“

⁷⁶⁹ BT-Drs.13/1850, S.25 f

⁷⁷⁰ BT-Drs.13/1850, S.25 f

⁷⁷¹ wie dies v.a. vom BT-Abgeordneten Göhner, BT-Steno.Ber. 13/47, S.3782 betont wurde

⁷⁷² So Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.499; Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.30

Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes führt.⁷⁷³ Allein wegen eines auffälligen Befundes, wie es teilweise in der Praxis unter der Regelung des 15.StÄG gehandhabt wurde, ist die Beendigung der Schwangerschaft aber nicht medizinisch indiziert.⁷⁷⁴ Sämtliche Anwendungsfälle der ehemaligen eugenischen Indikation also, die nicht gleichzeitig die medizinisch-soziale erfüllen, ermöglichen nach der 12. SSW p.c. keinen straffreien Abbruch mehr.

Nach diesem Verständnis des § 218 a II StGB und den Bedingungen des „Auffangens“ ist eine Einordnung ehemaliger „eugenischer“ Fälle möglich, da ja letztlich auch dann nur eine medizinisch-soziale Indikation gegeben ist.

Zudem war und ist es nicht aus der Luft gegriffen, wenn angenommen wird, dass der Wissensfaktor um die Behinderung des zukünftigen Kindes im Einzelfall zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes bei der Frau, z.T. auch zu einer Lebensgefahr (zumeist Suizidgefahr) führen kann.⁷⁷⁵ Die Kritik Tröndles⁷⁷⁶, dass es sich dabei um „(...) eine pauschale und letztlich unrichtige Behauptung handeln (würde), die Eltern behinderter Kinder widerlegen und ...als diskriminierend empfinden“, ist insoweit unberechtigt und zurückzuweisen. Denn es wird gerade nicht festgestellt, dass jede Schädigung notwendig das medizinische Kriterium der Gesundheits- bzw. Lebensgefahr nach sich zieht, somit Ausgangspunkt für einen Schwangerschaftsabbruch ist.⁷⁷⁷ Eine solche Handhabung würde einen „Automatismus zwischen Befund und Abbruch“ darstellen; etwas, was vom Gesetzgeber weder gewollt noch dem Gesetzeswortlaut nach möglich ist. Allerdings sind solche missbräuchliche Anwendungen nie ganz ausschliessbar. Sie sind nur vermeidbar, indem jeder einzelne seine Einstellung und sein Verhalten gegenüber behinderten Menschen überprüft und gegebenenfalls korrigiert.

⁷⁷³ Schumann/Schmidt-Recla, a.a.O., S.500; BT-Drs.13/5364, S.15; Demgegenüber lehnen Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.9a „...diese verdeckte, zeitlich unbegrenzte (gerechtfertigte) embryopathische Indikation ...schon mit Rücksicht auf die Schwangere...“ ab. Scheinbar wird hier verkannt, daß es diese Indikation als solche nicht mehr gibt.

⁷⁷⁴ So in der Erklärung der BÄK, die damit auf ein weit verbreitetes Mißverständnis hinwies.

⁷⁷⁵ So ausdrücklich Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.498; BÄK, Dt.Ärztbl.1998, A-3014; Schreiber, FamRZ 1975, S.670; BT-Steno.Ber., 13.WP, 47. Sitzung., S.3782 f; Beulke, FamRZ 1976, S.598; Lackner, NJW 1976, S.1237

⁷⁷⁶ NJW 1995, 3015 – Zwar geht auch Geilen, JZ 1968, S.149, davon aus, daß die drohende Mißbildung des Kindes grundsätzlich zu einer für die Gesundheit der Mutter schädlichen Belastung werden kann; allerdings äußert er Bedenken gegenüber einer oftmals (im „alten“ Recht) erfolgten „allzu pauschalen, um nicht zu sagen >formelhaften< Gleichsetzung“

⁷⁷⁷ Für die Schädigung in Form der Trisomie 21 hat der Gesetzgeber einen regelmäßig sich daran anschließenden Schwangerschaftsabbruch als nicht praktiziert, da nicht aus der Statistik ersichtlich, angesehen, vgl. BT-Drs.13/5364, S.12

Festzuhalten bleibt, dass die Einordnung von ehemals unter die eugenische Indikation fallenden Fallkonstellationen mit dem eben geschilderten Verständnis des § 218 a II StGB und seinen Voraussetzungen realisierbar ist.

bb) Kongruenzerfordernis

Für eine potentielle Einbeziehung könnte die im „alten“ Recht – also unter der Indikationsregelung von 1976 - durch den Gesetzeswortlaut nahe gelegte und vom BVerfG wiederum in seinem 2.Urteil zum Recht des Schwangerschaftsabbruches geforderte Kongruenz zwischen medizinisch-sozialer und ehemaliger eugenischer Indikation sprechen.

Denn dieses Erfordernis war damals nötig, um zum einen die Anerkennung als Rechtfertigungsgrund neben der gewohnheitsrechtlich gewachsenen medizinischen Ausnahmelage zu erlangen und zum anderen die Anbindung aus systematischer Sicht an die medizinisch-soziale Oberindikation zu verdeutlichen. Damit eröffnete die Kongruenz der Indikationen untereinander die Möglichkeit zur Einordnung.

Zunächst soll zum besseren Verständnis der Begriff der Kongruenz erläutert und anschließend seine Bedeutung für die Einordnung von Konstellationen in § 218 a II StGB n.F. näher dargestellt werden.

Unter Kongruenz wurde die Vergleichbarkeit der einzelnen, eine Indikationslage begründenden Konflikte hinsichtlich des Schweregrades verstanden.⁷⁷⁸ Aufgestellt wurde dieses Kriterium durch das BVerfG in seinen beiden Urteilen zum Recht des Schwangerschaftsabbruchs, wo es feststellte, dass für Notlagen der Ausnahmecharakter vom Verbot der Abtreibung vor der Verfassung nur dann Bestand haben könne, wenn für diese in ihrer Umschreibung die Schwere des Konflikts deutlich erkennbar wird, so dass – unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit betrachtet – die Kongruenz mit den anderen Indikationsfällen gewahrt bleibt.⁷⁷⁹ Demzufolge mussten die Fälle der ehemaligen eugenischen Indikation in ihrer Schwere denen der medizinisch-sozialen Indikation gleichkommen. Um dies im Gesetzeswortlaut erkennbar zu machen, wurde vom Gesetzgeber die systematische Konstruktion der medizinisch-sozialen Oberindikation und den „anderen“ bloßen Unterindikationen⁷⁸⁰ gewählt. Auch wenn diese

⁷⁷⁸ LK-Jähnke, § 218 a, Rz.2; SK-Rudolphi, 4. und 5. Aufl.; § 218 a, Rz.5 f

⁷⁷⁹ BVerfG E 88, 257 im Anschluss an BVerfG E 39, 1 ff (50)

⁷⁸⁰ Dies bejahend: A/W, LH1, Rz.386; Verneinend, aber als Meinung des Gesetzgebers hinstellend: Lackner, NJW 1976, S.1236 f; Nach Jähnke in LK, § 218 a, Rz.2 liefert die Gleichstellung lediglich einen Anhaltspunkt

Stellung der einzelnen Indikationslagen untereinander heftig kritisiert wurde⁷⁸¹, so war es unter den Kritikern doch unstrittig, dass es eine Anbindung in der Schwere an die über Jahre hinweg gefestigte und seit 1927 als Ausnahme vom ansonsten bestehenden Abbruchsverbot akzeptierte medizinische Indikation gab und geben sollte, zumal diese vom BVerfG schon in dessen erster Entscheidung gefordert worden war. Warum gerade die Kongruenz zum medizinisch-sozialen Ausnahmetatbestand hergestellt sein musste, erklärt sich aus dessen langer Anerkennungstradition.⁷⁸² Wegen der Gleichstellung der Konfliktlagen konnte schon nach der „alten“ Regelung eine Einordnung der unter die eugenische Indikation fallenden Konstellationen in die medizinisch-soziale Indikation erfolgen. Wenn man nicht von dem systematischen Verständnis der Ober- und Unterindikation ausging, mussten dafür auch die Voraussetzungen der medizinischen Ausnahmelage nach § 218 a I Nr.2 StGB a.F. vorliegen.

Erst die vergleichbare Schwere der medizinisch-sozialen und der eugenischen Konfliktlage ermöglichte und ermöglicht sowohl nach der alten wie auch der nunmehr geltenden Regelung Anwendungsfälle der ehemaligen Indikation einzuordnen.

cc) Ärztliche Erkenntnis

Vor allem auch die schon im „alten“ Recht beim Arzt liegende Kompetenz, über das Vorliegen der jeweiligen, sowohl der medizinisch-sozialen wie auch der eugenischen Indikation entscheiden zu können, müsste nun für die Bejahung des Unterfallens von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in den Anwendungsbereich der medizinisch-sozialen Indikation des § 218 a II StGB n.F. herangezogen werden können.

Mit den gleichen Anforderungen hinsichtlich der Feststellung durch eine qualifizierte Person werden die gemeinsamen, hier medizinischen, Gesichtspunkte der jeweiligen Indikationen hervorgehoben. Da die Kompetenz der Person nur in einer bestimmten Fachrichtung gegeben ist, können von dieser nur vergleichbare Sachverhalte beurteilt werden. Demzufolge müssten medizinisch-soziale und eugenische Konstellationen vergleichbar und die Einordnungsmöglichkeit untereinander zu bejahen sein.

für das Erfordernis der Kongruenz, weitere Wirkungen sind seiner Meinung nach damit nicht verbunden; ebenso Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.3; SK-Rudolphi, 4. und 5. Aufl., § 218 a, Rz.5 f; Schreiber, FamRz 1975, S.670

⁷⁸¹ Siehe verneinende Vertreter in voriger Fn. --- zur Ablehnung dieser gesetzestechnischen Ausgestaltung des § 218 a Abs.I und II StGB i.d.F. des 15. StÄG siehe auch unter Pkt. Teil 2.B.III.1.b.dd); III.1.d.

⁷⁸² In BVerfG E 88, 257 wurde die eugenische Indikation namentlich anerkannt, andere Notlagen (als die vom BVerfG aufgeführten) konnten sich in der Kongruenz auch an dieser orientieren.

Nach der damaligen Regelung der §§ 218 ff StGB i.d.F. des 15.StÄG hing die Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruches im allgemeinen und auch wegen kindlicher Schädigung von der Feststellung eines Ausnahmetatbestandes nach § 218 a StGB durch einen Dritten ab – wie auch jetzt die Indikationslagen des § 218 a StGB darauf beruhen.⁷⁸³ Die entsprechende Entscheidung musste und muss von einem Arzt gefällt werden („ärztliche Erkenntnis“), wobei dieser sich nur dazu äußert(e), „ob“ die Voraussetzungen einer Indikation nach § 218 a II, III StGB n.F. gegeben waren bzw. sind. Eine Befürwortung der Indikation im Einzelfall war /ist demnach nicht erforderlich.⁷⁸⁴

Die medizinisch-soziale wie auch die eugenische Indikation wurden demnach beide nach „ärztlicher Erkenntnis“ beurteilt.

Dieser Begriff, der ohne Erklärungen den bis zum 15.StÄG verwendeten Ausdruck „nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft“ ablöste, sollte nach h.M. nicht nur objektiv im Sinne der Erkenntnisse und Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft und Praxis, sondern unter Einbeziehung auch der konkreten subjektiven Bewertungen durch den abbrechenden Arzt auszulegen sein.⁷⁸⁵ Warum gerade auf diesen zurückgegriffen und damit eine umfassende Kompetenzzuweisung an den Arzt vorgenommen wurde, bedarf der Begründung. Aus gesetzgeberischer Sicht war wohl – die Begriffseinführung erfolgte wie gesagt ohne Erläuterungen – ausschlaggebend dafür, dass es sich beim Problemkreis der Schwangerschaft und dem Abbruch einer solchen um körperliche Besonderheiten von Frauen handelt, die (zumeist) der medizinischen Betreuung bedürfen. Gerade der Entwicklungsprozess des Embryos ist zudem in seiner Komplexität nur mit ärztlichen Hilfsmitteln nachvollziehbar. Auch die fachliche Eignung von Ärzten für die Beratung schwangerer Frauen hinsichtlich aller ärztlich bedeutsamen Faktoren und für die Feststellung der Indikationen hat zu der besonderen Pflichtenstellung geführt.⁷⁸⁶

Andererseits wurde namentlich von Pluisch⁷⁸⁷ als Grund für die Entscheidungskompetenz der Ärzte die Entscheidung vorgebracht, alle Indikationsfälle unter die medizinische „Oberindikation“ und deren Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes der Frau zu stellen.⁷⁸⁸

⁷⁸³ Die Drittbeurteilung ist nach Ansicht des BVerfG die wesentliche Voraussetzung für die rechtfertigende Wirkung der Indikationstatbestände, eine Selbstentscheidung durch die Schwangere kann danach keine Indikation auslösen, vgl. schon BVerfG E 88, 203 ff, LS 15

⁷⁸⁴ Pluisch, S.82; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.4 ---- Im Gegensatz dazu noch die Indikationsmodelle vor dem 15.StÄG, nach denen positiv festgestellt werden mußte, daß bestimmte Indikationsvoraussetzungen vorlagen.

⁷⁸⁵ Lackner, § 218 a, Rz.10; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.36; BGHSt 38, 144 f (152 ff)

⁷⁸⁶ Eser/Hirsch, Sterilisation, S.164; BVerfG E 88, 274 ff; Schreiber, FamRZ 1975, S.670 f; Lackner, NJW 1976, S.1237

⁷⁸⁷ Pluisch, S.82

Indem nun die ehemalige eugenische Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB a.F. ebenso der „ärztlichen Erkenntnis“ unterlag, müssten dieser also medizinische, durch einen Arzt zu beurteilende Gründe zugrunde liegen. Die fachliche Kompetenz müsste den Arzt auch hier zur Stellung der Ausnahmelage mehr oder weniger leicht befähigen.

Dass medizinische Fragen einfließen, kann sicherlich nicht bestritten werden.⁷⁸⁹ Insbesondere zeigt die Untersuchung der Anwendungsbereiche von ehemaliger eugenischer und medizinischer Indikation, dass die Beurteilung und Abwendung sowohl der Schädigung des Ungeborenen wie auch die Rettung von Leben oder Gesundheit nur mit ärztlichen Mitteln erfolgen kann. Dass bei der eugenischen Indikation i.d.F. des 15.StÄG wegen der besonderen medizinischen Fragen im Hinblick auf die genetischen Sachverhalte u.U. die Hinzuziehung eines Genetikers oder sonstigen einschlägigen Spezialisten erforderlich war⁷⁹⁰ – im Gegensatz zur Zuständigkeit des Gynäkologen im Bereich der medizinischen Indikation – ist der „ärztlichen“⁷⁹¹ Erkenntnis nicht abträglich.

Eingewandt wurde aber u.a. von Pluisch⁷⁹² auch, dass gerade bei der eugenischen Indikation der Schwangerschaftsabbruch häufig nicht ein rein medizinisches Problem der Gesundheitsfürsorge für die Schwangere sei; vielmehr werde der Arzt oftmals mit anderen als gesundheitsbezogenen Aspekten und Fragen – wie z.B. der Sinnhaftigkeit des späteren Lebens eines behinderten Kindes – konfrontiert. Vom Gesetz verlangte, juristische Wertentscheidungen, die selbst unter Juristen äußerst umstritten sind und damit dem Arzt keine hinreichende Entscheidungshilfen bieten, stellen die ausschließliche Kompetenzzuweisung an den Arzt in Frage, über das Vorliegen der eugenischen Indikation zu entscheiden.

Welchen Gewinn konnte die ärztliche Erkenntnis insbesondere beim Problemkreis der Bestimmung, was nun im Sinne der Indikation tatsächlich „schwer wiegt“, welcher Schweregrad der Schwangeren noch zumutbar war und welcher nicht mehr, noch mit sich bringen? Indem den Ärzten im Bereich der Ausnahmelagen vom Verbot des Schwangerschaftsabbruches die Entscheidungskompetenz trotz der aufgezeigten Probleme und wenig exakter Handlungsvorgaben „aufgebürdet“ wurde⁷⁹³, konnte dies lt. Jähnke⁷⁹⁴ zu einer dem Recht abträglichen Situation führen, z.B. Unehrlichkeit und Heuchelei auf Seiten der Schwangeren, um die

⁷⁸⁸ Nach Ansicht Lackners, NJW 1976, S.1237, hingegen fungierte die „sozialmedizinische Oberindikation“ nur als „Feigenblatt“, um die „...ungenügende Sachargumentation für die umfassende Kompetenz der Ärzte ...zu verdecken.“

⁷⁸⁹ LK-Jähnke, § 218 a, Rz.50; Schreiber, FamRZ 1975, S.670

⁷⁹⁰ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.28; Schmitt, JZ 1975, 359

⁷⁹¹ Dem Berufsbild entsprechen sowohl der Gynäkologe wie auch der Genetiker.

⁷⁹² Pluisch, S. 83

⁷⁹³ So schon Lackner in NJW 1976, S.1237, der auf ähnliche Aussagen des BVerfG (E 39, 1 ff (62 f)) verweist

Indikationsstellung zu erlangen und eine Ethik der individuellen Verantwortung auf Seiten des Arztes.⁷⁹⁵

Die Schwierigkeiten, die sich mit der „ärztlichen Erkenntnis“ auch für den Arzt im Rahmen der ehemaligen eugenischen Indikation stellten – nicht selten eine Überfrachtung mit Angelegenheiten, die ihn wegen ihrer Komplexität zwischen rein medizinischen, ethischen, sozialen und rechtlichen Fragen schlichtweg überforderten⁷⁹⁶ – sollen gewiss nicht bestritten werden. Auch die Ausnahmelage aufgrund der Schädigung des Kindes gem. § 218 a II Nr.1 StGB a.F. bot oftmals Konstellationen, die zu eindeutigen medizinischen Sachverhalten keine oder nur wenige Berührungspunkte aufwiesen.

Und dennoch war die ärztliche Beurteilungskompetenz für die eugenische Indikation ebenso wie für die medizinisch-soziale Indikation als richtig anzusehen und über diese die Möglichkeit der Einordnung von Fallkonstellationen der eugenischen in die Indikation des § 218 a I Nr.2 StGB a.F. eröffnet.

Zum einen sprach dafür die Ersetzung des Begriffes der „medizinischen Wissenschaft“⁷⁹⁷ durch den der „ärztlichen Erkenntnis“. Damit wollte der Gesetzgeber nämlich gerade sichergestellt wissen, dass sich die Prüfung der Indikationsvoraussetzungen nicht auf medizinisch-technische Daten beschränkt, sondern alle ärztlich bedeutsamen Faktoren, einschließlich des Wertes des ungeborenen Lebens mitberücksichtigt.⁷⁹⁸ Dieser Begriff beachtet nicht nur die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft und Praxis, sondern bezog und bezieht auch die subjektive Bewertung durch den abbrechenden Arzt ein. Dies hat zur Folge, dass ein gewisser ärztlicher Beurteilungsspielraum verbleibt, der – soweit das Ergebnis vertretbar scheint – gerichtlich nicht überprüfbar ist.⁷⁹⁹ Diese Subjektivierung war deshalb vorgenommen worden, um dem Arzt nicht das volle strafrechtliche Risiko einer (aus der späteren Sicht einer anderen Person) objektiv „falschen“ Entscheidung tragen zu lassen; gerade weil ihm die Fassung des Gesetzes Entscheidungen abverlangte, denen er durch seine Ausbildung und Tätigkeit eigentlich nicht gewachsen war.⁸⁰⁰ Somit wird mittels des Wechsels in der gesetzlichen Formulierung anerkannt, dass die umfassende Kompetenzzuweisung an die Ärzte trotz der über das spezifisch ärztliche Feld hinausgehenden Aufgaben möglich ist.

⁷⁹⁴ LK - Jähnke, Vor § 218, Rz.34

⁷⁹⁵ Ausführlich zu den Konsequenzen der exklusiven Feststellungskompetenz der Ärzte, siehe Pluisch, S.84 ff

⁷⁹⁶ Aufkommende „Anspruchshaltungen“ der Eltern hinsichtlich eines gesunden Kindes übten zunehmend Druck auf den Arzt aus, wobei seine eigene Schutzhaltung zugunsten des behinderten Kindes „zunehmend“ „abnahm“, vgl. Pluisch, S.85 ff; Hepp, Gynäkologie 1996, S.408

⁷⁹⁷ So in der Fassung des 5.StRG

⁷⁹⁸ Siehe schon unter Pkt.Teil 2.B.III.2.a.aa)(2.4.)

⁷⁹⁹ Vgl. Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.36

Weiterer Grund dafür, auch die ehemalige eugenische Indikation unter die gemeinsame „ärztliche Erkenntnis“ zu stellen, obschon dort der Schwangerschaftsabbruch häufig nicht ein rein medizinisches Problem der Gesundheitsfürsorge für die Schwangere darstellte, war die Tatsache, dass auch in der medizinischen Indikation soziale Aspekte enthalten waren, welche sich schwer nur mit medizinischen Maßstäben bewerten ließen. Zwar musste letztlich immer eine gesundheitliche Gefährdung der Schwangeren vorliegen, deren Koppelung an die Zumutbarkeit jedoch wies ebenso Berührungspunkte auf, die der Arzt von Berufs wegen nicht beurteilen konnte. Zutreffend kritisierte deshalb Jähnke auch die bei der medizinischen Indikation nicht selten gegebene Situation als dem Recht abträglich, dass der Arzt für seine Feststellungen für die Ausnahmelage oft nur auf die Schilderungen der Schwangeren als Erkenntnisquelle zurückgreifen konnte.⁸⁰¹

Die gemeinsame Beurteilungskompetenz durch gleich qualifizierte Personen lässt trotz aller Ablehnung der gesetzlichen Konstruktion von der medizinischen Oberindikation und dem eugenischen „Unterfall“ vergleichbare Sachverhalte erkennen und dementsprechend auch eine Einordnung der Konstellationen zu.

dd) Zumutbarkeitskriterium

Das Kriterium der Zumutbarkeit und seine Orientierung an der schwangeren Mutter im Rahmen der ehemaligen „eugenischen“ Indikation könnte für die Möglichkeit des Hereinfalles der diese Indikation ausmachenden Fallkonstellationen in die medizinische Indikation sprechen.

Sowohl die medizinisch-soziale Ausnahmelage gem. § 218 a I Nr.2 StGB a.F. wie auch die eugenische Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB a.F. stellten ausschlaggebend für den Schwangerschaftsabbruch auf die Unzumutbarkeit ab. Aus diesem Grund könnte schon nach altem Recht die Einbeziehung in die vom gleichen Motiv getragene medizinische Indikation (bei Erfüllung der dafür vorgesehenen Bedingungen) machbar gewesen sein, was nun nach dem Wegfall der eugenischen Indikation als solchen in ähnlicher Weise vollzogen werden soll.

⁸⁰⁰ BGHSt 38, 144 ff (153)

⁸⁰¹ LK-Jähnke, Vor § 218, Rz.34

Lt. Rspr. des BVerfG⁸⁰² leitet sich die Anerkennung der Ausnahmelagen von der ansonsten bestehenden Rechtspflicht zum Austragen des Kindes aus dem Kriterium der Unzumutbarkeit ab. Seine Berechtigung hat es nach Meinung des höchsten deutschen Gerichts, „...weil sich das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs angesichts der einzigartigen Verbindung von Mutter und Kind nicht in einer Pflicht der Frau erschöpft, den Rechtskreis eines anderen nicht zu verletzen, sondern zugleich eine intensive, die Frau existentiell betreffende Pflicht zum Austragen und Gebären des Kindes enthält und eine darüber hinausgehende Handlungs-, Sorge- und Einstandspflicht nach der Geburt über viele Jahre nach sich zieht.“⁸⁰³

Auch die Frage, wann im Rahmen der Schwangerschaft die Unzumutbarkeitsgrenze erreicht und damit die von der Verfassung gebilligte Möglichkeit des Abbruchs gegeben ist, wurde vom BVerfG beantwortet. Danach müssen Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau nicht erwartet werden kann.⁸⁰⁴

Dieses Unzumutbarkeitskriterium musste, wie erwähnt, bei allen Indikationstatbeständen in mehr oder weniger starker Ausprägung gegeben sein.⁸⁰⁵ Gerade auch bei der ehemaligen eugenischen Indikation hob der Gesetzgeber mit der Formulierung, dass die Schädigung des Kindes „...so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann“ eindeutig darauf ab. Damit griff das Gesetz die Zumutbarkeitsklausel der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a I Nr.2 StGB a.F. in etwas abgewandelter Form auf.⁸⁰⁶

An welcher Person sich die Un/Zumutbarkeitsbeurteilung zu orientieren hatte, wurde für beide Indikationen, die ehemalige eugenische gem. § 218 a II Nr.1 StGB und die medizinisch-soziale gem. § 218 a I Nr.2 StGB a.F., schon im jeweiligen Gesetzeswortlaut geklärt. Die Schwangere und „ihre“ Überforderung waren Maßstab für die Bejahung bzw. Verneinung des erforderlichen Kriteriums.

Insbesondere hinsichtlich der ehemaligen eugenischen Indikation – gegen deren irreführende Bezeichnung von verschiedenen Seiten Kritik erhoben wurde – ist immer wieder betont wor-

⁸⁰² Sowohl in seinem 1. Urteil zum Recht des Schwangerschaftsabbruchs (BVerfG E 39, 1 ff(48 ff)), wie auch in seinem 2. Urteil (BVerfG E 88, 256) nimmt das BVerfG die Unzumutbarkeit als entscheidenden Faktor für die Anerkennung der Ausnahmelagen.

⁸⁰³ BVerfG E 88, 256

⁸⁰⁴ BVerfG E 88, 255 ff

⁸⁰⁵ Die Unzumutbarkeit ist in beiden Urteilen des BVerfG zum Recht des Schwangerschaftsabbruchs als entscheidender Faktor für die Anerkennung der Ausnahmelagen angesehen worden, Lackner, NJW 1976, S.1239

⁸⁰⁶ Beachtet werden muß trotz der Übereinstimmung im Erfordernis der Unzumutbarkeit bei der ehemaligen eugenischen und medizinisch-sozialen Indikation, daß diese bei der ersteren vor allem aus der Betrachtung der Phase nach der Geburt gewonnen wird, wohin gegen bei der medizinischen Ausnahmelage das Kriterium vorwiegend (wenn auch nicht immer, wie die Erweiterung zur medizinisch-sozialen Indikation nahelegt) aus Beeinträchtigungen während der Schwangerschaft resultiert, vgl. Hepp, Gynäkologe 1996, S.408

den, dass sie allein mit Rücksicht auf die Schwangere und deren Lage zugelassen wurde; erbgene gesundheitlich geprägte Gründe, der „mangelnde Lebenswert“ des behinderten Ungeborenen oder der Gedanke, dass solchen Kindern ein unerträgliches Leben erspart bleiben sollte, waren gerade nicht ausschlaggebend.⁸⁰⁷ Es bestand Einigkeit dahingehend, dass es unmöglich sei, oder doch keinem Dritten zustehe, über den Lebenswert eines Menschen zu befinden und so den jeweiligen gleichsam vor sich selbst zu schützen. Pluisch ist beizupflichten, dass darin eine Anmaßung gegenüber behindertem Leben zu sehen gewesen wäre.⁸⁰⁸

Wie der Gesetzgeber fast ängstlich deutlich zu machen sich bemüht hat⁸⁰⁹, kam es also auch bei der eugenischen Indikation entscheidend auf die schwangere Frau selbst an.⁸¹⁰ Verstärkt wurde der Bezug zur Lebenssituation der Schwangeren durch die umstrittene⁸¹¹ Konstruktion des Gesetzes, die Indikationen des § 218 a II StGB als Unterfälle der medizinisch-sozialen Oberindikation (§ 218 a I Nr.2 StGB a.F.) auszugestalten. Denn auch damit stellte das Gesetz klar, dass das medizinisch diagnostizierbare Leiden der Mutter Anlass für den Schwangerschaftsabbruch wegen eugenischer Indikation sein konnte, nicht hingegen dem angeblich geringeren Lebenswert der geschädigten Frucht.⁸¹²

Selbst wenn ein gewisser Bruch zwischen Gesetzeskonzeption und dem sich in der Praxis durchsetzenden Verhalten, dass neben der Würdigung der Lebensverhältnisse der schwangeren Frau doch Überlegungen zum Wert des Lebens behinderter Ungeborener mit einfließen⁸¹³, zu verzeichnen war, so sprach dennoch die bei der ehemaligen eugenischen und medizinisch-sozialen Indikation übereinstimmend vorgesehene Zumutbarkeitsorientierung an ein und derselben Person für die Möglichkeit der Einordnung von Fallkonstellationen untereinander. Indem bei beiden die Schwangere ins Zentrum der Entscheidung über die Zulassung der Abtreibung (oder nicht) gerückt wurde, waren letztlich einander zumindest ähnliche Situationen Ausgangspunkt für den Abbruch der Schwangerschaft.

Dies wiederum spricht für eine nach „altem Recht“ schon anerkannte Einbeziehung eugenischer Fälle in die vom selben Motiv getragene medizinisch-soziale Indikation.

⁸⁰⁷ Hanack, Noll-GS, S.197 f; Pluisch, S.62

⁸⁰⁸ Pluisch, S.63

⁸⁰⁹ Hanack, Noll-GS, S.198

⁸¹⁰ H.M.: so z.B. Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.25 f; Jähnke, LK, § 218 a, Rz.50; Lackner, NJW 1976, S.1238; Hepp, Gynäkologe 1996, 407; Hanack, Noll-GS, S.198; a.M.: Fischer, NJW 1981, S.1991; Schmitt, Klug-FS, S.332, der meint, daß „diese Indikation nicht nur auf Belange der Mutter bzw. der Eltern Rücksicht nimmt, sondern auch auf die des ungeborenen Kindes“

⁸¹¹ Siehe oben unter Pkt.Teil 2.B.III.1.b.dd) u. d.

⁸¹² Pluisch, S.63

⁸¹³ Hanack, Noll-GS, S.198 f ging davon aus, daß „...ein wesentliches Entscheidungskriterium natürlich...die Frage nach dem späteren Schicksal des Ungeborenen, also seinem lebenswerten Leben, (sei)...(wofür)

ee) Zwischenergebnis

Wie vorstehende Erläuterungen zeigen, führt die anderweitig geäußerte Kritik an der nunmehrigen Einordnung von Anwendungsfällen der ehemaligen eugenischen Indikation bei Erfüllung der vorgesehenen Voraussetzungen in § 218 a II StGB n.F. nicht zur Versagung dieser Möglichkeit.

Zwar muss die Enttäuschung der Kirchen, die sich unter Umständen das völlige Verbot von Abtreibungen behinderter Kinder im Rahmen der Gesetzesänderung vorgestellt hatten⁸¹⁴, zur Kenntnis genommen werden; allerdings war und ist einem solch weitgehenden Begehren die Tatsache entgegenzuhalten, dass eine Schädigung des Kindes und deren Gewissheit bei der schwangeren Mutter zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes führen und damit ebenso Auslöser für die medizinisch-soziale Indikation sein konnte und kann.⁸¹⁵ Sicherlich in Anbetracht dessen wurde letztlich von beiden großen Kirchen Deutschlands der zumindest erfolgte Wegfall des nach dem „alten“ Gesetzeswortlaut bestehenden Sonderrechts für Behinderte begrüßt und auf die mit der neuen Gesetzeslage aufkommenden Missbrauchsmöglichkeiten aufmerksam gemacht.⁸¹⁶ Eine kategorische Ablehnung der Einordnungsmöglichkeit von eugenischen Konstellationen in § 218 a II StGB n.F. ist damit seitens der evangelischen und katholischen Kirche Deutschlands nicht gegeben.

Hinzuweisen ist darauf, dass sowohl ein Großteil der vorgebrachten anderweitigen Kritikpunkte (unter Pkt.B.III.2.b)) an einer Einordnung als auch die dafür sprechenden Argumente sich zumeist auf die Gesetzeslage vor dem SFHG und SFHÄndG beziehen, damit also eine Situation mit zwei, in verschiedenen Absätzen geregelten Indikationen – medizinisch-soziale gem. § 218 a I Nr.2 StGB und eugenische Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB - vorlag. Im Gegensatz dazu gibt es nach geltendem Recht nur noch eine Indikation, die medizinisch-soziale gem. § 218 a II StGB. „Eugenische“ Fallkonstellationen können aber, soweit sie die in § 218 a II vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllen, als besondere Anwendungsfälle der medizinischen Oberindikation ebenfalls zur Abtreibung führen. Insoweit liegt damit nun die

...bekanntgewordene ärztliche Erfahrungen und vielfältige Äußerungen von Ärzten über ihr eigenes Tun ...und eine rege ethische und allgemeine Diskussion (sprachen). Eine „neue Ethik“ hätte begonnen sich durchzusetzen.
⁸¹⁴ So die Meinung Beckmanns, MedR 1998, S.155, wenn er schreibt, daß „...der vom Gesetzgeber gewählte Weg, die embryopathische Indikation gewissermaßen in der medizinischen Indikation zu ‚verstecken‘, (nicht) den Vorstellungen der Kirchen....(entsprach).“

⁸¹⁵ Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.498, BÄK, Dt.Ärztbl.1998, A-3014

gesetzliche Konstruktion vor, die nach dem Wortlaut schon im „alten“ Recht vom Gesetzgeber angestrebt war: die medizinisch-soziale Indikation und ihre Unterfälle der „eugenischen Indikation“. Dass die Gegen- / wie Pro- Argumente sich größtenteils auf die durch zwei Indikationen geregelte Sachlage beziehen, ist aber unerheblich, da schon nach früherem Recht Einordnungen in die medizinisch-soziale Indikation erfolgt sind. Dabei reichte nach vorherrschender Ansicht nach Ablauf der für die eugenische Indikation vorgeschriebenen 22-Wochen-Frist die unwiderlegliche Vermutung in § 218 a Abs.2 StGB nicht aus. Gleichzeitig mussten die Bedingungen der medizinischen Ausnahmelage erfüllt sein. Damit bot sich in diesen Fallgestaltungen eine der heutigen Gesetzeslage ähnliche Situation an. Argumente, die damals gegen die Einbeziehung geltend gemacht werden konnten, erlangen demzufolge auch heute noch Bedeutung.

ff) Schlussfolgerung

Nochmals ist hervorzuheben, dass nach der Neuregelung des Rechts des Schwangerschaftsabbruches von 1995 nicht die eugenische Indikation als solche, sondern nur bestimmte, dem eben Besprochenen entsprechende Fälle nach geltender Gesetzeslage zur Abtreibung führen können.⁸¹⁷ Somit ist auch entgegen der Ansicht Ottos⁸¹⁸ eine Begrenzung der wortgleich zum § 218 a I Nr.2 StGB a.F. bestehenden gebliebenen medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II auf die die Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr auslösenden Fallgestaltungen möglich.

Eine so verstandene Einordnung der eugenischen Fallkonstellationen in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. ist zu befürworten.

⁸¹⁶ Siehe ausführlicher zum Ganzen unter Pkt. Teil 2.B.III.2.b.

⁸¹⁷ BT-Drs. 13/ 5364, S.15; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.499 f; BÄK, Dt. Ärztbl. 1998, S.A-3015

⁸¹⁸ JURA 1996, S.141 – Otto unterliegt dem Mißverständnis hinsichtlich des vom Gesetzgeber mit dem „Auf-fangen“ angestrebten. Wie schon geklärt, soll damit nicht allen Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation über § 218 a II StGB n.F. die Abtreibung eröffnet werden.

3. Die Integration von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in § 218 a II StGB n.F. konkret

Wie dargelegt, unterfällt die Abtreibung eines wahrscheinlich behinderten Kindes dem Tatbestand des § 218 StGB n.F., da Objekt eines Schwangerschaftsabbruchs auch missgebildete Leibesfrüchte sein können.⁸¹⁹

Fraglich ist, inwieweit das Abtöten dieser Leibesfrucht gerechtfertigt sein kann.

Im Rahmen des § 32 StGB bereitet schon das Merkmal des Angriffs Probleme; selbst wenn man in dem bloßen Heranwachsen des Embryos noch eine unmittelbare Bedrohung der Schwangeren sieht, so ist diese doch nicht als rechtswidrig einzuordnen, denn das Sich-Entwickeln und die Geburt eines behinderten Kindes stellen keinen Widerspruch zur Rechtsordnung dar.

In Betracht kommen weiter § 34 und § 218 a StGB. Da es sich bei dem Indikationen-katalog des § 218 a II, III StGB n.F. lt. Lenckner⁸²⁰ allerdings um eine im Verhältnis zu § 34 in jeder Hinsicht abschließende, weil eine gesetzliche Vorwegbewertung bestimmter Einzelfälle enthaltende Sonderregelung handelt, wo für eine weitere, wie in § 34 stattfindende, individualisierende Interessenabwägung nur in den dort gezogenen Grenzen Raum ist, scheidet auch § 34 als Rechtfertigungsgrund aus.⁸²¹

Rechtfertigend für das Verhalten der Beteiligten könnte beim Schwangerschaftsabbruch eines behinderten Ungeborenen also eine Alternative des § 218 a StGB n.F. eingreifen.

§ 218 a Abs.1 StGB greift nicht ein, weil diese Norm keine Rechtfertigung, sondern eine bloße Strafflosstellung nach Tatbestandsausschluß bereithält. Dagegen kommen Abs.2 und Abs.3 in Frage, da sie ausdrücklich eine Rechtfertigung in Aussicht stellen. Paragraph 218 a Abs.3 enthält die sog. „kriminologische“ Indikation, worunter die Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation dem Wortlaut nach eindeutig nicht faßbar sind. Möglicherweise könnten diese Fallkonstellationen aber unter Absatz 2 subsumiert werden.

Der Gesetzgeber des SFHÄndG ging davon aus.⁸²²

⁸¹⁹ Sch/Sch-Eser, § 218 Rz.7; SK-Rudolphi, § 218, Rz.7; Notwendig ist nur, daß es zum Absterben der eingetragenen Leibesfrucht kommt.

⁸²⁰ Sch/Sch-Lenckner, § 34, Rz.6; auch Sch/Sch-Eser, § 218, Rz.37

⁸²¹ Demgegenüber sieht das Bayerische Oberlandesgericht, NJW 1990, S.2332, § 34 als vorrangig zu § 218 a StGB an.

⁸²² BT-Drs.13/1850, S.25 f

„Ob“ seiner Ansicht bezüglich des „Auffangens“ gefolgt werden kann, ist oben ausführlich dargelegt worden.⁸²³ „Wie“ sich die Umsetzung seiner Auffassung konkret gestalten soll, ist – wie ebenso schon ausgeführt – in der juristischen und medizinischen Literatur umstritten.⁸²⁴

(a) Ansätze der angestrebten Einordnung – das Erfordernis der Gefahrenlage

So scheinen etliche Meinungsvertreter⁸²⁵ davon auszugehen, dass i.R.d. geltenden Fassung des § 218 a II StGB die bloße Tatsache einer festgestellten Erkrankung, Entwicklungsstörung oder Anlageträgerschaft einer Krankheit zum Schwangerschaftsabbruch und dessen Rechtfertigung führt.⁸²⁶ Diese Meinung erweckt damit den Anschein, als ob die bloße Schädigung des Kindes für § 218 a II StGB genügt, die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation also mehr oder weniger übergangen werden können.⁸²⁷ De facto wäre es dann aber zu keinem Wegfall der ehemaligen eugenischen Indikation gekommen.⁸²⁸ Dies ist jedoch mit oben ausgeführten Gründen⁸²⁹ abzulehnen.

Demgegenüber scheint aus dem zu befürwortenden Wegfall der ehemaligen eugenischen Indikation als solcher und dem i.R.d. eigenen Stellungnahme gefundenen Verständnis des § 218 a II StGB die Schlussfolgerung gezogen werden zu können, dass Fälle dieser Indikation weiterhin zur Abtreibung führen können, wenn die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation erfüllt sind⁸³⁰; die eigenständige Prüfung der Tatbestandsbedingungen der früheren

⁸²³ Siehe unter Pkt. Teil 2. B.III.1. u. 2.

⁸²⁴ Siehe genauer dazu ebenso schon unter Pkt. Teil 2.B.III.3.

⁸²⁵ Vgl. bspw. Tröndle, NJW 1995, S.3015 und Kaiser-FS, S.1397; Otto, JURA 1996, S.141 f

⁸²⁶ So die BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3014 ff

⁸²⁷ Vgl. Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.500

⁸²⁸ Neben Tröndle (NJW 1995, 3015) und Otto (JURA 1996, S.141 f) geht auch der Berichterstatter des Focus, Heft Nr.9 / 1998, S.66 davon aus, wenn er folgendermaßen kommentiert: „Frauen dürfen in Deutschland bis zum Tag der Geburt abtreiben, wenn ihnen das Austragen eines kranken oder behinderten Kindes unzumutbar erscheint.“ Fraglich ist, ob auch Beckmann, MedR 1998, S.156 f die Auffassung vertritt, daß faktisch die eugenische Indikation weiterhin existiert. Einerseits schreibt er (S.155): „Der ...erweckte Anschein, daß künftig die Tötung ungeborener Kinder unter den sachlichen Voraussetzungen der früheren embryopathischen Indikation nicht mehr zulässig ist, ist jedoch falsch. Der Sache nach liegt lediglich eine Verlagerung auf die medizinische Indikation vor.“ Andererseits (S.156 f) geht er davon aus, daß „...die Aussicht auf die Betreuung eines behinderten Kindes ...nach der neuen Gesetzesfassung zum Vorliegen einer medizinischen Indikation führen (kann).Als Unterfall der medizinischen Indikation (...)“.

⁸²⁹ Pkt. B.III.1. c), d)

⁸³⁰ Kontrovers diskutiert wurde im „alten“ Recht die Problematik, ob eugenisch motivierte Fälle auch im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation zum Abbruch führen konnten. Nach Ansicht verschiedener juristischer Vertreter verwirklichten die Fälle der besonderen Indikationen – und damit auch die der eugenischen – allenfalls häufig, jedenfalls aber nicht notwendig zugleich den Tatbestand der medizinisch-sozialen Ausnahmelage. Da es sich trotz Überlappungen in den Randzonen bei den Indikationen um ganz verschiedene, voneinander abgrenzbare Sachverhalte handelte, war ein Austausch der Tatbestände und somit eine Abtreibung von behinderten Ungeborenen nicht ohne weiteres i.R.d. medizinisch-sozialen Ausnahmegrundes möglich. Daraus folgend könnte für die nunmehrige Regelung die Konsequenz gezogen werden, daß eugenische Fälle innerhalb des § 218 a II StGB i.d.F. des SFHÄndG nicht zum gerechtfertigten Abbruch führen könnten. Zu beachten ist allerdings, daß die

eugenischen Indikation verstößt dagegen eindeutig gegen den Wortlaut und die ausdrückliche Gesetzesintention und ist nicht möglich.⁸³¹

Geschädigte ungeborene Kinder könn(t)en also auch nach geltendem Recht (weiterhin) rechtmäßig getötet werden.

Dabei noch nicht geklärt ist die Frage, ob das Wissen um bzw. die Schädigung selbst die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation erfüllen kann – o.g. Verständnis des § 218 a II StGB n.F. stützt die positive Antwort auf diese Frage.

Demzufolge sind an dieser Stelle zunächst die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB in ihrem Bedeutungsgehalt zu würdigen und daran anschließend die Möglichkeit der Erweiterung dieser für die Fälle der ehemaligen eugenischen Indikation.

(b) Die Tatbestandsmerkmale der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F.

aa) Gefahrenlage – Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr für die Schwangere

Gefordert i.R.d. § 218 a II StGB wird zunächst eine (noch näher) bestimmte Gefahrenlage. Primäre Rechtfertigungsvoraussetzung einer abruptio aufgrund dieser sog. medizinisch-sozialen Indikation ist das Vorliegen einer Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr für die Schwangere.⁸³²

Demzufolge müsste das Austragen eines (irgendwie⁸³³) behinderten Kindes zu einer Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr führen.

frühere Ablehnung einer solchen Abtreibungsmöglichkeit darauf beruhte, daß die eugenischen Fälle ohne weitere Erfüllung der Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation aufgrund dieser zum Abbruch führen können sollten. (D/T, 45.Aufl., § 218 a, Rz.1; Schreiber, FamRZ 1975, S.670; Beulke, FamRZ 1976, S.598; Lackner, NJW 1976, S.1237) Dies ist mit der nunmehrigen Konzipierung als „echte Unterfälle“ der medizinisch-sozialen Indikation – im Gegensatz zum Aufbau im „alten“ Recht (Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.3; Schreiber, FamRZ 1975, S.670; a.M.: A/W, LH 1, Rz.386) – nicht mehr vertretbar. Darüber hinaus konnte aber auch früher bei Ablauf der für die eugenische Indikation vorgesehenen 22-Wochen-Frist der SSA nur als medizinisch indiziert angesehen werden, wenn deren Tatbestandsbedingungen tatsächlich gegeben waren. (Sch/Sch-Eser, 24.Aufl. § 218 a, Rz.30; D/T, 45.Aufl., § 218 a, Rz.11 und 18)

⁸³¹ Lackner, 22.Aufl., § 218 a, Rz.14; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz. 8; Hochreuter, KritV 1996, S.172; auch Helmke, ZRP 1995, S.441; aus dem medizinischen Bereich: Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57; BÄK, Frauenarzt 1998, S.321

⁸³² Hülsmann, S.178; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.27 ff, ders. in Sterilisation, S.155; Tröndle, § 218 a, Rz.12 ff; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.207

Dass die Schädigung des noch ungeborenen Kindes bzw. das Wissen bei der Mutter darum grundsätzlich ein Auslöser für deren Lebens- oder Gesundheitsgefahr i.S.v. § 218 a II StGB n.F. sein könnte, lässt sich – wie dargelegt⁸³⁴ – zum ersten aus der Anerkennung dessen innerhalb der Gesellschaft herleiten. Wie von verschiedenen Vertretern⁸³⁵ herausgearbeitet, ist die gesellschaftliche Akzeptanz, dass eine pränataldiagnostisch festgestellte Erkrankung, Entwicklungsstörung oder Anlageträgerschaft des Kindes für eine Erkrankung eine derartige Gefahr darstellen kann, weithin gegeben. Technische Fortschritte in der Medizin, die „perfekte“ Kinder zu ermöglichen scheinen, und damit auch die „anderen“, die dem nicht entsprechen, ausschließen zu können, erzeugen und verstärken zunehmend den Druck zum gesunden, intelligenten Kind ohne Makel. Denn ein anderes Kind ist ja nicht mehr nötig und wird zum Teil schon als Ballast für die Gesellschaft empfunden.

Bei dem von ihr teilweise selbst erzeugten Anspruchsdenken kann die Gesellschaft kaum ernsthaft die Anerkennung der Auslösereigenschaft für die in der medizinisch-sozialen Indikation geforderten Gefahrenlage durch Fälle der ehemaligen eugenischen Indikation verweigern und will es auch gar nicht mehr.

Zum zweiten lässt sich die eben geschilderte Tatsache auch medizinisch belegen. Unter Ärzten ist es anerkannt, dass ein behindertes Kind und selbst die Nachricht der Erwartung eines behinderten Kindes sich auf den gesundheitlichen Zustand der Mutter in negativer Hinsicht auswirken kann.⁸³⁶

Des Weiteren spricht auch die bisherige rechtliche Handhabung dafür, grundsätzlich die Schädigung des Kindes bzw. das Wissen der Schwangeren darum als möglichen Auslöser für die in § 218 a II StGB n.F. geforderte Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr zu akzeptieren. Wie Literaturhinweise belegen⁸³⁷, war auch nach altem⁸³⁸ Recht nach dem Ende der für die eugenische Indikation vorgeschriebenen 22-Wochen-Frist eine Abtreibung deren Fälle bei Erfüllung der Voraussetzungen der medizinischen Indikation – mit einer tatsächlich vorliegenden Lebens- oder Gesundheitsgefahr – zulässig. Inzident wurde damit anerkannt, dass die Schädigung des Ungeborenen eine derartige Gefahrenlage darstellen konnte.

Letztlich ausschlaggebend ist jedoch der in der amtlichen Begründung zum SFHÄndG⁸³⁹ zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, die Fallkonstellationen der ehemaligen eugeni-

⁸³³ Dazu folgend noch genauer

⁸³⁴ Unter Pkt. Teil 2.B. III.2.c)

⁸³⁵ BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3014; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.498; Helmke, ZRP 1995, S.441; ähnlich Laufs, NJW 1999, S.1762

⁸³⁶ BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3015

⁸³⁷ Siehe Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.30; D/T, 45.Aufl., § 218 a, Rz.18

⁸³⁸ § 218 a III StGB i.d.F. des 15.StÄG

⁸³⁹ BT-Drs.13/1850, S.25 f

schen in der medizinisch-sozialen Indikation unterzubringen, wobei dies nur über die Erfüllung der dort vorbedingten Situation hinsichtlich Leben und Gesundheit der Mutter möglich ist. Demzufolge geht selbst die Legislative davon aus, dass die (voraussichtliche) Schädigung des Kindes zur Lebens- und Gesundheitsgefahr für die Frau werden kann. Denn mit dem Wegfall ist keine Änderung der Voraussetzungen der medizinischen Ausnahmelage im Vergleich zu der vor dem Inkrafttreten des SFHÄndG geltenden Fassung erfolgt.⁸⁴⁰

(1) Allgemeines zur Gefahrenlage

Eine solche Gefahrenlage für die Schwangere müsste nun durch die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Konstellationen hervorgerufen werden.

Allgemein ist unter einer Gefahr ein objektiver Zustand i.d.S. zu verstehen, dass bestimmte tatsächliche Umstände nicht nur die gedankliche Möglichkeit, sondern eine über die allgemeinen Lebensrisiken hinausgehende Wahrscheinlichkeit seiner Schädigung - Eintritt oder Intensivierung des Schadens, Fortdauer einer schädigenden Einwirkung - begründen.⁸⁴¹ Das Vorliegen einer Gefahr drückt sich demnach in einem Urteil über eine künftige Entwicklung aus, wobei diese Prognose an die in der Handlungssituation in ihrer konkreten Gestalt gegebenen Umstände anknüpft und mit Hilfe des Kausalwissens gewonnen wird. Eine Gefahrenlage für die Schwangere ist also bei einem Zustand anzunehmen, bei dem Schädigung des Lebens oder der Gesundheit der Schwangeren wahrscheinlich ist.⁸⁴²

Bei der Beurteilung der „Gefahren-Frage“ im § 218 a Abs.2 StGB sind nicht nur die biologisch-medizinischen Umstände, sondern in gleicher Weise auch die gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Frau zu berücksichtigen.⁸⁴³ Damit ist neben der psychophysischen Gesamtverfassung das gesamte soziale Umfeld der Schwangeren einzubeziehen, wobei die Bezeichnung „medizinisch-soziale“ gegenüber der „rein medizinischen“ Indikation an Richtigkeit gewinnt.⁸⁴⁴ Der Charakter der medizinischen Indikation als solcher schließt die Beachtung sozialer Komponenten mit ein, denn: „es handelt sich um den Charakter (einer)

⁸⁴⁰ BT-Drs.13/5364, S.15

⁸⁴¹ D/T, 47. Aufl., § 34, Rz.3; Sch/Sch-Lenckner, §34, Rz.12

⁸⁴² Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.208

⁸⁴³ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.24 u. 31

⁸⁴⁴ Vgl. den eindeutigen Wortlaut von § 218 a II sowie: Hülsmann, S.179; Eser, Sterilisation, S.156, ders. in JZ 1994, S.510; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 6 III, Rz.18; s.a. Beckmann, MedR 1998, S.157: „...auch auf Abtreibungen angewendet werden, bei denen die Unzumutbarkeit des Austragens auf der Belastung durch ein behindertes Kind nach der Geburt beruht. Dies gelingt im Hinblick auf die Formulierung ‚unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen...‘ im Wortlaut der medizinischen Indikation.“

Konfliktentscheidung, die unter konkreter Berücksichtigung aller Umstände getroffen wird“.⁸⁴⁵ Maurach/Schroeder/Maiwald⁸⁴⁶ scheinen die Beurteilungsgrundlage der ganzheitlichen Betrachtung „nur im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand“ anwenden zu wollen⁸⁴⁷; dafür spricht, dass die Gefahr für das Leben zumeist einem bestimmten medizinischen Krankheitsbild entspricht und damit größtenteils keine Notwendigkeit einer darüber hinausgehenden Einbeziehung sozialer Komponenten besteht.

Andererseits können gerade die sozialen Verhältnisse ausschlaggebend für das Hervorrufen von psychischen Ausnahmezuständen sein, die durch die Verlagerung des Schwerpunktes hin zur psychiatrischen Ebene auch als Auslöser für eine Lebensgefahr an Bedeutung gewonnen haben. Zudem ist durch die Stellung im Gesetzeswortlaut vor beiden aufgeführten Gefahrensituationen der Bezug zu beiden gegeben.

(2) Lebensgefahr

Die Gefahr für das Leben der Mutter gründet sich auf körperliche (medizinisch- somatische) oder seelische (medizinisch- psychiatrische) Ursachen.⁸⁴⁸

Deshalb unterfallen dem zum einen Risiken, die sich aufgrund des körperlichen Zustandes der Schwangeren – eventuell mangelnde körperliche Stabilität – oder bereits vorhandener somatischer Leiden, die durch die Schwangerschaft verschlimmert werden können, ergeben.

Andererseits zeichnet sich eine Schwerpunktverlagerung vom Somatischen zum Psychischen ab⁸⁴⁹, wobei lt. Böhme/Marr⁸⁵⁰ die „psychiatrische Indikation“ insbesondere durch endogene Psychosen, reaktive Depressionen, posttraumatische Psychosyndrome oder neurologische Erkrankungen hervorgerufen werden kann. Auch die latente oder offene Suizidalität, welche v.a. bei bestimmten psychischen Erkrankungen – z.B. Depressionen, Schizophrenie – bei rassistisch, politisch oder religiös Verfolgten, Suchtmittelabhängigen, unheilbar Kranken und

⁸⁴⁵ BT-Steno. Ber., 7.WP, 25.Sitzg., S.1471; auch das BVerfG E 88, 256 geht davon aus, dass eine umfassende Würdigung der Gefahrenlage zu erfolgen hat: „...sondern zugleich eine intensive, die Frau existentiell betreffende Pflicht zum Austragen und Gebären des Kindes enthält und eine darüber hinausgehende Handlungs-, Sorge- und Einstandspflicht nach der Geburt über viele Jahre nach sich zieht. Aus der Vorausschau auf die damit verbundenen Belastungen können in der besonderen seelischen Lage, in der sich werdende Mütter gerade in der Frühphase einer Schwangerschaft vielfach befinden, in Einzelfällen...“

⁸⁴⁶ § 6 III, Rz.18

⁸⁴⁷ Ebenso wohl BT-Drs. 6/3434, S.19 ff

⁸⁴⁸ Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.207

⁸⁴⁹ Böhme/Marr, DMW 1975, S.870; Eser/Hirsch, Sterilisation, S. 155; Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.

118

⁸⁵⁰ Siehe vorhergehende Fn.

sozial isolierten Menschen besteht, fällt anerkanntermaßen⁸⁵¹ unter die einen Schwangerschaftsabbruch möglicherweise auslösende Lebensgefahr für die Schwangere. Eine solche Gefahr für einen Selbstmordes könnte (und wird) oftmals bei einer Erkrankung, Entwicklungsstörung oder Anlageträgerschaft für eine Erkrankung des Ungeborenen in Betracht kommen.⁸⁵²

Eine geänderte Bewertung der Begriffe Krankheit und Behinderung innerhalb der Gesellschaft, die sich anhand einer geringer werdenden Fehlertoleranz gegenüber Abweichungen vom „Normalen“ zeigt, könnte einen „äußeren“ Druck auf die Eltern und speziell die Mutter des zu erwartenden Kindes ausüben, den Druck zum „perfekten, makellosen Kind“.⁸⁵³ Die einsetzende schleichende Diskriminierung, die sich auch an den zunehmend offen vorgenommenen Kostengegenüberstellungen hinsichtlich der Betreuung und Therapierung von Behinderten/ Geschädigten und Nicht-Behinderten/ Nicht-Geschädigten ablesen lässt⁸⁵⁴, bringt den Zwang zu einem dementsprechenden Verhalten der Schwangeren bei Eintritt dieses Falles mit sich; das (wie auch immer) geschädigte Kind ist nicht mehr nötig⁸⁵⁵ und sollte daher im „Idealfall“ abgetrieben werden!

Demzufolge könnte die Eröffnung, dass es sich beim Wunschkind nicht um ein „normales“ Kind handelt, sich bei der Schwangeren als Störung der Affektivität, bei der ein depressives Syndrom im Vordergrund steht, niederschlagen. Eine sog. reaktive Depression, die sich als Reaktion auf äußere Auslöser – wie die Bekanntgabe der Behinderung des Ungeborenen – manifestiert hat und häufig mit einer negativen Einstellung gegenüber sich selbst, der Welt und der Zukunft einher geht, stellt aber wie jede Form der Depression ein potentielles Suizidrisiko dar.

Auch die von der Schwangeren angestellten Überlegungen hinsichtlich der Folgen der Behinderung des Kindes für ihr Leben und das des Kindes können zunächst zu negativen Zukunftsvorstellungen und später einer sich daraus ergebenden Überforderung der Schwangeren führen. Das Erleben der Schädigung des Kindes kann das eigene Zukunftsbild wandeln, in selbstquälerischer Sorge können eventuell später auftretende Probleme vergrößert und in

⁸⁵¹ BGHSt 3, S.7 ff; RGSt 61, 242 ff; BGH JR 1952, S.482; LK-Jähnke, § 218 a, Rz.39; Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.118; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.28; Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.13

⁸⁵² Vgl. Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.499

⁸⁵³ Argumente für das Leben, Woche für das Leben, 1991, S.11

⁸⁵⁴ Hiersche, ZfN&G 1996, S.237; Dt. Ärztebl. 1997, S. A-1485

⁸⁵⁵ V.a. auch durch die Möglichkeiten der pränatalen Diagnostik; Hepp, Gynäkologe 1996, S.408

Wahnvorstellungen einbezogen werden. Eine solche endogene Psychose⁸⁵⁶ birgt damit wie Depressionen das Risiko eines Suizids in sich.⁸⁵⁷

Somit kann festgehalten werden, dass – wie Schumann/Schmidt-Recla⁸⁵⁸ schon äußerten – u.U. eine Suizidgefahr als Gefahr i.S.v. § 218 a II StGB n.F. bei einer Behinderung des Kindes angenommen werden kann.⁸⁵⁹

Zum einen aus der praktischen Erfahrung heraus, dass derartige Drohungen selten wahr gemacht werden, zum anderen mit Blick auf eine sich sonst öffnende Missbrauchsmöglichkeit - jede Schwangere könnte Selbstmordgedanken äußern mit dem Ziel vor Augen, so den Abbruch zu erlangen⁸⁶⁰ - und des weiteren natürlich auch wegen der Wertigkeit des bedrohten Rechtsgutes – Leben des Ungeborenen - wird für die Selbstmordgefahr deren Ernsthaftigkeit gefordert.⁸⁶¹ Diese „Hürde“ ändert nichts daran, dass eine pauschale Ablehnung als Abbruchgrund zurückgewiesen werden muss im Hinblick auf die Tatsache, dass statistische Wahrscheinlichkeiten als Entscheidungsgrundlage niemals ausreichen können.⁸⁶²

Ob letztlich wirklich ein das mütterliche Leben gefährdende Selbstmordrisiko besteht, obliegt der Beurteilung durch einen medizinischen Fachmann.⁸⁶³ Damit bestehen erhebliche Beurteilungsprobleme hinsichtlich des Grades der Ernsthaftigkeit und der Erfolgsaussichten von Therapien suizidaler Syndrome; eine abschließende, abstrakt – generelle Bewertung sämtlicher in Frage kommender Konstellationen ist wegen der Einzelfallbezogenheit und der jeweiligen anderen beurteilenden Person (Arzt) nicht möglich.

(3) Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes

Zu klären ist als nächstes, was unter der in § 218 a II StGB n.F. geforderten Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung für den Gesundheitszustand zu verstehen ist.

⁸⁵⁶ Darunter ist eine körperlich nicht-begründbare psychische Störung mit strukturellem Wandel des Erlebens zu verstehen.

⁸⁵⁷ Vgl. Böhme/Marr, DMW 1975, S.870 f

⁸⁵⁸ MedR 1998, S.498

⁸⁵⁹ Wie in einem Bericht des Magazins Spiegel (Nr.27/ 1999, S.34) festgestellt, ist dies von Fall zu Fall verschieden: „...Einer Familie mag das Leben mit einem kranken, behinderten Kind gelingen. Eine andere bricht über einer möglicherweise bevorstehenden Beanspruchung zusammen.“

⁸⁶⁰ Siehe Hiersche, Tröndle-FS, S.675

⁸⁶¹ BGHSt 3, S.7 ff; RGSt 61, 258; Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.118; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.28; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.26

⁸⁶² Böhme/Marr, DMW 1975, S.871

⁸⁶³ BGH St 3, S.7 (11); LK-Jähnke, § 218 a, Rz.39; zu den Anforderungen an die ärztliche Erkenntnis siehe noch folgend genauer (Pkt.Teil 2.B.III.3.b.(cc))

Der Begriff „Gesundheitsgefahr“ und seine Bedeutung ist durch die Ersetzung des vormals verschiedentlich geforderten „Gesundheitsschadens“ durch „Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“⁸⁶⁴ und durch die während des Rechts des Schwangerschaftsabbruches nach dem 15. StÄG im Gesetz verwendeten drei verschiedenen Bedeutungen dessen⁸⁶⁵ nicht fest umrissen. Allerdings bietet sich auch in diesem Bereich die Unterteilung in körperliche und seelische Gefahrenlagen an.⁸⁶⁶

(3.1.) Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes

Zunächst einmal ist unter einer Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes das durch die Fortsetzung der Schwangerschaft oder die Geburt des Kindes bedingte Hervorrufen oder Steigern von Krankheiten, wobei neben körperlichen ausdrücklich auch seelische in Betracht kommen, gemeint.⁸⁶⁷ Mit anderen Worten: Es wird eine Gesundheitsgefahr i.S.v. § 218 a II StGB zu bejahen sein, wenn einem bestimmten medizinischen Krankheitsbild entsprochen wird und dieses aus spezifischen somatischen oder psychischen Faktoren diagnostizierbar ist.⁸⁶⁸

Im Bereich der Leiden körperlicher Art ist von Seiten der Ärzteschaft der Versuch unternommen worden, alle eine medizinische Indikation rechtfertigenden Gesundheitsschäden unter Berücksichtigung der verschiedenen klinischen Fachgebiete aufzulisten. Unterschieden wird dort zwischen „absoluten“⁸⁶⁹ Indikationen - solchen, bei denen der Schweregrad⁸⁷⁰ und Krankheitsverlauf während der Schwangerschaft als so gesichert gelten, dass die Unterlassung des gewünschten Schwangerschaftsabbruches nahezu einem ärztlichen Kunstfehler gleichkommt⁸⁷¹ - und „relativen“ Indikationen - dort wird der Abbruch erst für angezeigt gehalten, wenn prinzipiell verfügbare therapeutische Maßnahmen im Einzelfall kontraindiziert sind oder ihre Anwendung sich als nicht genügend erfolgreich erwiesen hat. Zwischen der Größe der für die Schwangere bestehenden Gefahr und der Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung

⁸⁶⁴ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.29; BT-Drs.7/554 u. BT-Drs.7/561

⁸⁶⁵ LK-Jähnke, § 218 a, Rz.40

⁸⁶⁶ Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.207

⁸⁶⁷ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.29; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.27; Lackner, NJW 1976, S.1237

⁸⁶⁸ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.120; Hülsmann, S.178

⁸⁶⁹ Dazu zählen z.B. ein malignes Melanom, pulmonale Hypertonie, entzündliche Nierenerkrankungen, akute gelbe Lebertrophie, Myasthenia gravis

⁸⁷⁰ Dazu unten noch genauer.

⁸⁷¹ BT-Drs.8/3630, S.78

gibt es einen erheblichen Spielraum.⁸⁷² Zu beachten ist, dass diese Einteilung in „absolute“ und „relative“ Indikationen eine medizinische, nicht aber eine juristische Kategorienbildung ist. Auch geben diese Aufzählungen nur einen Meinungsstand innerhalb der Ärzteschaft wieder, sie sind nicht von der Autorität staatlicher Organe getragen. Da der medizinische Fortschritt die Zahl der Krankheiten, die zu einem Abbruch nötigen, mittlerweile stark zurückgedrängt hat, steht zudem die jeweilige Einordnung als „absolute“ oder „relative“ Indikation nicht ein für alle mal fest; Richtlinien und Zusammenstellungen geben Anhaltspunkte, haben aber nur begrenzten Erkenntniswert und bedürfen ständiger Aktualisierung.⁸⁷³

Neben ebengenannten und den psychischen Leiden, welche einem Krankheitsbild entsprechen, sollen lt. Ansicht der Literatur, bedingt durch den Gesetzeswortlaut „Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen...“ sowie „Gesundheitszustandes“ anstelle von „Gesundheitsschadens“, auch Gefahrenlagen in Betracht kommen, die weder der Gesundheitsbeschädigung im engen Sinne der §§ 223 ff.⁸⁷⁴, noch einer spezifischen Krankheit gleichkommen.⁸⁷⁵ Vielmehr soll eine ganzheitliche Betrachtung, in die sowohl medizinische Bedingungen wie auch die sozialen Lebensumstände der Schwangeren mit einzubeziehen sind, entscheidend sein.

Diese Auffassung bedingt nicht zugleich, dass der Begriff „Gesundheitszustand“ eine über die medizinisch feststellbaren Krankheiten hinausgehende Deutung erhalten muss. Es müssen gerade nicht dadurch auch gesundheitliche Beeinträchtigungen ohne das für eine Krankheit Typische erfasst sein. Das Erfordernis der „Krankheit“ bleibt bestehen.⁸⁷⁶

Nach Ansicht verschiedener juristischer Autoren⁸⁷⁷ sowie des Gesetzgebers⁸⁷⁸ ist unter einem weiter gefassten⁸⁷⁹ „Gesundheitszustand“ die körperliche und psychische Verfassung bei Berücksichtigung der Lebensumstände, in denen sich die Schwangere befindet, zu verstehen. Daher wäre, im Gegensatz zum Erfordernis einer Krankheit im medizinischen Sinne, nur maßgebend, dass die Zustände vor dem Hintergrund der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse eine biologisch signifikante Verschlechterung dieser körperlichen oder seeli-

⁸⁷² So z.B. bei Krebserkrankungen

⁸⁷³ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.119; LK-Jähnke, § 218 a, Rz.41; Wilkitzki/Lauritzen, SSA in der BRD, S.117 ff; BT-Drs.8/3630, S.78 f

⁸⁷⁴ So ausdrücklich Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.29; Unter Gesundheitsbeschädigung i.S.d. § 223 ist das Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustandes zu verstehen.

⁸⁷⁵ Zur Verdeutlichung dessen formuliert der Frauenarzt Dr. Hiersche (Tröndle-FS, S.673), daß „...zumindest kein körperlicher oder seelischer Zusammenbruch vorliegen...“ muß. Wie er auch ablehnend, Jähnke in LK, § 218 a, Rz.44

⁸⁷⁶ Siehe die Auslegung des Begriffes „Gesundheitszustand“ unter Pkt. Teil 2.B.III.2.a.(aa)

⁸⁷⁷ Bspw.: Lackner, § 218 a, Rz.6; LK-Jähnke, § 218 a, Rz.43

⁸⁷⁸ Vgl. BT-Drs.7/1981 (neu), S.15

schen Verfassung der schwangeren Frau erkennbar machen.⁸⁸⁰ Damit ist dann zwar nicht schon i.S.d. WHO jede Störung des sozialen Wohlbefindens als Gesundheitsgefahr aufzufassen und ebenso wenig jede normalerweise mit einer Schwangerschaft und Geburt verbundene Belastung.⁸⁸¹ Andererseits können ohne weiteres Gefährdungen, welche durch die Summierung familiärer und wirtschaftlicher Belastungen oder in Vorausschau auf künftige Überforderungen durch Sorge- und Einstandspflichten bei der Geburt eines (behinderten) Kindes sich als psychische Dauerüberlastung der Schwangeren niederschlagen⁸⁸², oder – bei jüngeren Schwangeren – auch die weitere psychische Entwicklung nachhaltig stören, zur Annahme einer medizinisch-sozialen Indikation führen.⁸⁸³

Beispielhaft hierfür ist das Bild der „verbrauchten Mutter“. Die in diesem Zusammenhang zumeist genannten Erscheinungen von psychoneurotischen Persönlichkeitsverbiegungen, neurasthenischen Entwicklungen mit ständigen Versagenserlebnissen und depressiven Fehlentwicklungen gehen weiter als die krankhafte seelische Störung in § 20 StGB.⁸⁸⁴ Denn anders als bei der Störung nach § 20 StGB sollte nach Auffassung Kochs⁸⁸⁵ i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation und ihrer Gesundheitsgefahr nicht ein (zumindest mit guten Gründen postulierbarer) Organprozess verlangt werden.⁸⁸⁶

Ob dieses, von der überwiegenden Mehrheit der juristischen Meinungsvertreter favorisierte „weitere“ Verständnis⁸⁸⁷ des Begriffes „Gesundheitszustand“ übernommen werden kann, ist anzuzweifeln.

⁸⁷⁹ „Weitergefasst“ i.d.S., dass Gesundheitszustand nicht als Komplementärbegriff zu dem der Krankheit im medizinischen Sinne aufgefasst wird.

⁸⁸⁰ Siehe Lackner, NJW 1976, S.1237, ders. in Kommentar, § 218 a, Rz.6; LK-Jähnke, § 218 a, Rz.43 der als maßgebend ansieht „.....ob die körperliche und seelische Verfassung der Frau in der Schwangerschaft eine durch deren Abbruch vermeidbare Beeinträchtigung des gesamten Gesundheitszustandes erwarten läßt.“

⁸⁸¹ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.29; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 6 III; Rz.17

⁸⁸² Ohne Krankheit im medizinischen Sinne zu sein

⁸⁸³ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.121; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.29; Lackner, NJW 1976, S. 1237; Eser/Hirsch, Sterilisation, S.156

⁸⁸⁴ Siehe Maurach/Schroeder/Maiwald, § 6 III Rz.17

⁸⁸⁵ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.121, Zwar trifft dieser seine Aussage nur hinsichtlich der sog. >psychiatrischen< Indikation, diese stellt aber einen Teil der medizinisch – sozialen Indikation dar. Die Ärzteschaft unterteilt die medizinisch-soziale Indikation in eine allgemein medizinische und eine psychiatrische Indikation.

⁸⁸⁶ Selbst der für §§ 20 f StGB lange Zeit favorisierte „somatogene“ Krankheitsbegriff, der eine Krankheit nur bei körperlichen Veränderungen annahm und somit entscheidend auf die somatische (=körperliche) Begründung abhob (Hauptvertreter dessen: Kurt Schneider, so Lange in LK, § 21, Rz.14; AK-Schild, §§ 20, 21, Rz.35) konnte sich einer Wandelung und Öffnung hin zum psychiatrischen Krankheitsbegriff (so v.a. Witter, FS-Lange, S.723 ff), der auch psychologisch begründet, durch qualitative und deshalb nicht verstehbare und nachvollziehbare Veränderungen des Erlebens gekennzeichnet ist, nicht entziehen. Beiden Begriffen, dem somatogenen wie auch dem psychiatrischen Krankheitsbegriff ist aber gemeinsam, daß sie der Gruppe der „medizinischen Krankheitsbegriffe“ angehören (im Gegensatz dazu der juristische Krankheitsbegriff, welcher ebenso das einer Krankheit ähnlich Abnorme erfaßt und damit den Rahmen der Übersichtlichkeit und Eindeutigkeit sprengt und daher abzulehnen ist, vgl. AK-Schild, §§ 20, 21 Rz.35

⁸⁸⁷ Siehe eben Geschildertes

Vielmehr könnte das Gebot des rationalen Gesetzesvollzugs einen engeren und für alle Fälle verbindlichen Maßstab zur Erklärung dieses Ausdrucks erfordern, um die im Einzelfall zu berücksichtigenden Besonderheiten vergleichbar und rechtlicher Bewertung zugänglich zu machen.

Jähnke⁸⁸⁸ bspw. will als objektiven Maßstab zur Bestimmung, was unter „Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“ zu verstehen ist, die dem Entschädigungsrecht und Sozialrecht entnommene und als Minderung der Erwerbstätigkeit (MdE) bezeichnete Herabsetzung der individuellen Leistungsfähigkeit heranziehen. Da die Leistungsfähigkeit ein wichtiges Anzeichen für Gesundheit ist und deren Angabe in MdE sich nicht allein auf Leistungsminderungen am Arbeitsplatz beziehen lässt, sollte dieser Maßstab nach Ansicht Jähnkes jedenfalls in Zweifelsfällen der medizinischen Indikation Verwendung finden.

Obwohl das Beurteilungssystem hinsichtlich der MdE eingespielt ist und somit auf Erfahrungswerte – wenn auch aus anderen Rechtsgebieten – zurückgegriffen werden kann, ist dieser Maßstab für die Beschreibung des in § 218 a II StGB vorausgesetzten Gesundheitszustandes ungeeignet.⁸⁸⁹

Zum einen kann mittels des Maßes der MdE die in § 218 a II StGB vorgeschriebene und ihm immanente, umfassende Abwägung aller (sowohl die des Ungeborenen als auch die der schwangeren Frau) widerstreitenden Interessen nicht verwirklicht werden. Denn die Erwerbsfähigkeit bezeichnet von ihrem Wortsinn her eher Tätigkeiten, die ausschließlich auf den Erwerb abzielen und nicht auch Alltagstätigkeiten mit einbeziehen. Des Weiteren müsste in Folge des von Jähnke geforderten zunächst die Gesundheitsgefahr gem. § 218 a II StGB abgewartet werden, um dann beurteilen zu können, ob mit oder ohne wesentliche Behinderung die Mutter einer Erwerbstätigkeit nachgehen könnte. Weiterhin ist zu beachten, dass mit diesem Maßstab teilweise auch eindeutig bisher vom Recht anerkannte Fälle der medizinisch-sozialen Indikation aus deren Anwendungsbereich entfallen könnten.⁸⁹⁰

Der von Jähnke vertretene Ansatz ist aus ebengenannten Gründen zur Umschreibung des Ausdrucks „Gesundheitszustand“ abzulehnen.

⁸⁸⁸ LK-Jähnke, § 218 a, Rz.44

⁸⁸⁹ Zur Kritik daran siehe Hiersche, Tröndle-FS, S.674 f

⁸⁹⁰ Vgl. den Fall der durch Organtransplantation verhinderten mütterlichen terminalen Niereninsuffizienz, der bei Anlegen der empfohlenen streng medizinrechtlichen Maßstäbe i.S.d. MdE nicht mehr unumstritten zum Abbruch führen würde, Hiersche, Tröndle-FS, S.674 f

(3.1.1.) Notwendigkeit einer Krankheit im engen medizinischen Sinne

Stattdessen ist mit Blick auf die leichtere Handhabung durch die Ärzte von einem der medizinisch-sozialen Indikation zugrunde liegendem „engen“⁸⁹¹ medizinischen Krankheitsbegriff auszugehen.

Das Erfordernis der Krankheit im medizinischen Sinne im Rahmen der in § 218 a II StGB vorausgesetzten Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes⁸⁹² bietet durch die damit verbundene Möglichkeit der objektiv feststellbaren körperlichen, geistigen bzw. seelischen Veränderungen infolge einer Störung der Lebensvorgänge in Organen oder im gesamten Organismus⁸⁹³ und des Vorliegens eines medizinisch fest umschriebenen Krankheitsbildes einen „sicheren“ Handlungsspielraum für die Ärzte. Gerade diese, denen i.R.d. § 218 a II StGB die Beurteilungs- und Entscheidungskompetenz über das Vorliegen der Indikation im Ganzen und somit der einzelnen Voraussetzungen dafür vom Gesetzgeber zugewiesen worden ist⁸⁹⁴, können nur als Fachmann urteilen, wenn es sich auch um Tatsachen ihres wissenschaftlichen Fachbereiches handelt.⁸⁹⁵ Damit erfordert die ärztliche Erkenntnis auch die von Kennern der medizinischen Wissenschaft zu beurteilenden Begriffsausfüllungen; die Zuweisung an den Arzt wäre wenig verständlich, wenn der Krankheitsbegriff nicht aus dem Bereich der Medizin stammen würde und vom Arzt nicht ohne Zweifel bestimmbar wäre.

Nicht auszuräumen ist mit dem Verständnis von der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes als Krankheit im engen medizinischen Sinne der in den historischen Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers⁸⁹⁶, Gesundheitszustand gerade nicht in jedem Falle als komplementären Begriff zu dem der Krankheit zu verstehen.

Allerdings kann gegen das dafür gebrachte Argument, nämlich dass die Klausel der Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse eine ganzheitliche Betrachtung unter Einbeziehung der gesamten Lebensumstände der Schwangeren ohne Beschränkung auf eine bestimmte Krankheit mit spezifischen Bild und Fortgang erfordern würde, zum einen geltend gemacht werden, dass selbst der medizinische Krankheitsbegriff einer großen Vielfalt

⁸⁹¹ Der „enge“ medizinische Krankheitsbegriff ist dahingehend zu verstehen, dass dieser nicht so weit geht wie der „normale“ medizinische Krankheitsbegriff, der auch jede Störung des körperlichen, geistigen, seelischen und sozialen Wohlbefindens (= medizinischer Krankheitsbegriff i.w.S.) umfaßt.

⁸⁹² Dazu schon die Auslegung des Merkmals „Gesundheitszustand“ unter Pkt. Teil 2.B.III.2.a.(aa)

⁸⁹³ So die Definition von Krankheit als Komplementär von Gesundheit lt. Psyhyrembel unter beiden Stichwörtern

⁸⁹⁴ Siehe zur ärztlichen Erkenntnis weiter unten

⁸⁹⁵ Pluisch, S.82

⁸⁹⁶ BT-Drs.6/3434, S.20

unterliegt.⁸⁹⁷ Damit soll der kranke Mensch in all seinen wesentlichen Bezügen begrifflich erfasst werden können.

Des Weiteren ist zu bedenken, dass die Voraussetzung der Beachtung der Lebensumstände der Schwangeren auch bei der Bedingung einer Krankheit im engen medizinischen Sinne nicht außer Acht gelassen wird. Denn jeder verantwortungsbewusste Arzt wird i.R.d. Krankheitsdiagnostik sich mit dem Patienten sowohl über medizinische wie auch nicht-medizinische Fakten unterhalten und aufgrund dieser Feststellungen eine medizinische Prognose unter Einbeziehung des weiteren Patientenlebens treffen.⁸⁹⁸ Eine solche Prognose wird immer unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Kranken für die Gegenwart und Zukunft aufgestellt.

Festzuhalten ist letztlich, dass mit der Klausel „unter Berücksichtigung der ...“ eine Aufhebung der Beschränkung auf Krankheiten im medizinischen Sinne nicht notwendig einher geht.⁸⁹⁹

Gegen die Deutung des „Gesundheitszustandes“ mit dem Erfordernis eines medizinischen Krankheitsbildes spricht auch nicht der oftmals angeführte Unterschied im Wortbau zwischen „Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“ und „Gesundheitsbeschädigung“ i.S.v. §§ 223 ff StGB. Denn der entscheidende Unterschied zwischen beiden liegt nicht in dem Vorliegen einer Krankheit oder nicht, sondern in der Erfassung oder nicht von psychischen Krankheiten. Während diese nämlich durch § 218 a II StGB ausdrücklich erfasst werden, will die h.M.⁹⁰⁰ i.R.d. §§ 223 ff StGB nur das körperliche Wohl vom Schutz umfasst sehen.

Trotz der überwiegenden Meinung in der juristischen Literatur⁹⁰¹, dass unter Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes in § 218 a II StGB nicht nur medizinisch anerkannte Krankheiten mit einem spezifischen Bild erfasst werden, kann in Übereinstimmung mit dem gefundenen Auslegungsergebnis⁹⁰² die Forderung nach dem Vorliegen einer Krankheit im engen medizinischen Sinne⁹⁰³ erhoben werden.

⁸⁹⁷ Unter den medizinischen Krankheitsbegriff fällt bspw. der anthropologische, menschengerichtete Begriff, der auf das Subjekt des kranken Menschen bezogen ist und von ihm her bestimmt wird. Darunter fällt auch der naturwissenschaftliche bzw. somatogene Krankheitsbegriff, der heute zunehmend eingeschränkt und in Teilgebieten der Medizin zugunsten anderer, wie dem psychopathologischen Krankheitsbegriff ausgetauscht wird.

⁸⁹⁸ Laufhütte, BT-Sonderprot. 7.WP, 75. Sitzung, S.2395

⁸⁹⁹ Siehe schon oben im Text

⁹⁰⁰ LK-Hirsch, § 223, Rz.14 ; weitere Meinungsvertreter bei Sch/Sch-Eser, § 223, Rz.1 u. 6

⁹⁰¹ Hülsmann, S. 178 f; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.29; Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.14; Hiersche, Tröndle-FS. S.673; Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.120 f – Das zumindest die Möglichkeit des Einmündens in eine (schwerwiegende) Krankheitsfortentwicklung bestehen muß, fordert das OLG Düsseldorf, NJW 1987, S.2306 f.

⁹⁰² S.o. unter Pkt. Teil 2.B.III.2.a(aa)

⁹⁰³ Bestimmtes Krankheitsbild, diagnostizierbare Veränderungen, Krankheitswert ist zu bejahen.

Gerechtfertigt ist dies zum einen durch die Kompetenzzuweisung an die Ärzte (=ärztliche Erkenntnis).⁹⁰⁴

Zum anderen bringt die Notwendigkeit einer Krankheit i.R.d. Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes gem. § 218 a II StGB auch die Chance einer „gleichen“ Beurteilung innerhalb der medizinisch-sozialen Indikation trotz verschiedener Schwangerer und deren individueller Situationen mit sich. Selbst schwierigste Konstellationen und einfließende äußere Bedingungen können nur bei Vorliegen einer Krankheit im medizinischen Sinne zum Abbruch führen. Rein subjektive Entscheidungskriterien – sowohl die Einschätzung durch die Schwangere selbst, ob sie sich durch die bevorstehende Situation überfordert fühlt, als auch durch den jeweiligen Arzt, der die Summierung der wirtschaftlichen und familiären Belastungen als ausreichend einstuft – können so nicht ausschlaggebend hervortreten.

Der ärztlichen Erkenntnis und dem dort vertretbaren, gewissen Beurteilungsspielraum für den Arzt hinsichtlich der Indikationsvoraussetzungen wird an dieser Stelle kein tragendes Gewicht beigemessen.

Eine Ethik individueller Verantwortung, in der letztlich jeder tun und lassen kann was er will, kann sich mit dem Erfordernis der Krankheit i.R.d. Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes nicht ausbreiten; denn die objektive Komponente „Krankheit“ bietet mit ihrer klaren Umschreibung im medizinischen Bereich eine für die beurteilenden Personen, Ärzte, einheitliche Vorgabe für die Handhabung.

Ihre Kriterien setzen den Ärzten Grenzen für die Bejahung bzw. Verneinung der Gesundheitsgefahr gem. § 218 a II StGB. Ob dabei eine Krankheit als gegeben anzunehmen ist, bestimmt sich nicht nach dem Willen der Beteiligten – Schwangerer und Arzt -, sondern danach, ob eine solche sich aufgrund körperlicher, seelischer oder geistiger Veränderungen feststellen lässt und dies einem bestimmten (wenn auch nicht bekannten) Krankheitsbild und Krankheitswert entspricht.

Positiv wirkt sich dies v.a. in der Praxis aus. Das Erfordernis der Krankheit i.R.d. Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes vermeidet zudem eine zu große Ausdehnung des Indikationsstatbestandes § 218 a II StGB. Dem Charakter als Ausnahmvorschrift wird damit besser entsprochen. Mit Blick auf die verlagerten Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation im § 218 a II liefert der enger gefasste Begriff insbesondere eine Eingrenzung für die Verlagerung und Integration.

⁹⁰⁴ Näheres dazu s.o.

(3.1.2.) Zwischenergebnis

Für die Anerkennung der Gesundheitsgefahr i.S.v. § 218 a II StGB muss nach Ansicht der Verfasserin das Hervorrufen oder Steigern einer Krankheit gefordert werden; nur eine solche im medizinischen Sinne genügt trotz entgegenstehendem gesetzgeberischen Willen.

Mit dem vom Gesetzgeber und einem Großteil der juristischen Meinungsvertreter favorisierten „weiten“ Verständnis der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes werden die Anforderungen an die medizinisch-soziale Indikation „heruntergeschraubt“, da letztlich –wie dargelegt- kein allgemeingültiger Maßstab für die beurteilenden Ärzte bereitgestellt würde, obwohl auf deren Entscheidung – unter Zuhilfenahme des eigenen Gewissens und eigener ethischer Vorstellungen – der Schwerpunkt bei der Annahme der Indikationsvoraussetzungen verlagert wird.

(3.2.) „Schwerwiegende“ Beeinträchtigung

Um zum Abbruch gem. § 218 a II StGB führen zu können, genügt es nicht, dass das Wissen um bzw. die Schädigung des Kindes selbst die Gefahr der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren in Form einer diagnostizierbaren und einem spezifischen Krankheitsbild entsprechenden Krankheit als solchen auslöst; vielmehr muss es sich bei dieser Beeinträchtigung lt. Gesetzestext um eine „schwerwiegende“ handeln. Erforderlich ist demnach, dass die Behinderung qualifizierte Anforderungen bei der Mutter erfüllt. Ersichtlich ist dies schon daran, dass mit der Ablehnung der Definition der WHO i.R.d. Terminus der Gesundheitsgefahr nicht jede Störung des sozialen Wohlbefindens ausreicht.

Ebenso wenig genügen die mit einer Schwangerschaft gewöhnlicherweise einhergehenden Beeinträchtigungen, wie schon das BVerfG in seiner Entscheidung⁹⁰⁵ feststellte.⁹⁰⁶ Es muss sich demzufolge um solche Beeinträchtigungen des Gesundheitszustandes handeln, die über das Maß der „normalen“ physischen und psychischen Belastungen hinausgehen.

Schnell vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigungen reichen anerkanntermaßen⁹⁰⁷ gleichfalls nicht aus.

⁹⁰⁵ BVerfG E 88, 257

⁹⁰⁶ Der gleichen Meinung: Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.207; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.30; Lackner, § 218 a, Rz.12; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.28

⁹⁰⁷ BR-Drs.58/72, S.21; Tröndle, § 218 a, Rz.15: „...Obwohl bekanntermaßen das Kriterium des Schwerwiegens unabhängig von einer Zeitdauer zu beurteilen ist.“

Da in der Gesundheitsgefahr ein gegenüber der Lebensgefahr eigenständiger Indikationsgrund zu sehen ist, muss andererseits die Gesundheitsbeeinträchtigung nicht der Lebensgefahr gleichkommen.⁹⁰⁸

Abgelehnt werden muss auch die von Jähnke zu § 218 a I Nr.2 StGB i.d.F. des 15.StÄG vorgeschlagene Konkretisierung des Begriffes anhand einer objektiven Mindestmarke von 50% der Minderung der Erwerbsfähigkeit. Da dieser Wert nach der Einschätzung des Gesetzgebers i.R.d. gesetzlichen Unfallversicherung (§ 583 RVO), des SchwerbehindertenGesetzes wie auch des BVersorgG eine Beeinträchtigung solchen Ausmaßes darstellt, dass Ausgleich und Hilfe geboten sind, schlussfolgert(e) Jähnke, dass auch eine schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigung nur dann zu bejahen wäre, wenn sie mit der Erwartung einer dauerhaften Mde von mindestens 50% verbunden ist. Neben den unterschiedlichen Gesetzeszwecken und den damit verschiedenen Anforderungen an einen prozentualen Maßstab sprechen schon die oben genannten Gründe⁹⁰⁹ gegen eine solche, gewissermaßen objektive Schweregradbestimmung.⁹¹⁰

Wie also kann bestimmt werden, ob es sich um eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes i.S.d. medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. handelt? Und vor allem, wann kann davon gesprochen werden, dass die Beeinträchtigung i.S.e. Krankheit mit spezifischem Bild als eine schwerwiegende einzustufen ist? Wovon und von wem hängt dies ab?

Vorliegende Fragen zielen insbesondere auf den Charakter des Begriffes „schwerwiegend“ ab. Ob dieser eher objektiver Natur i.d.S. ist, dass ein gewisser „Schwere-Grad“ hinsichtlich der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes bei der Mutter gegeben sein muss, oder doch von subjektiver Natur, so dass die Schwangere die ihr erwachsenden Belastungen in die Betrachtung mit einbeziehen kann, ist nicht ohne weiteres dem Kriterium des § 218 a II StGB n.F. entnehmbar.

⁹⁰⁸ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.30; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.28

⁹⁰⁹ Unter Pkt. 3.1.1.)

⁹¹⁰ So auch Lackner, § 218 a, Rz.12; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.28; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.30; Hiersche, Tröndle-FS, S.674

(3.2.1.) Objektiver und subjektiver Deutungsansatz

Im Gegensatz zu Jähne, der mit der Forderung einer dauerhaften MdE von 50% als Mindestsatz für die Bejahung der „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes bei der Frau einen „verobjektivierten“ Ansatz und damit einen sachlichen, für andere nachweisbaren Wert vertritt⁹¹¹, will ein Großteil juristischer Autoren⁹¹² eine derartige Konkretisierung des Begriffes nicht vornehmen.⁹¹³ Stattdessen wird vorgeschlagen, als „schwerwiegend“ solche Belastungen anzusehen, deren Hinnahme bei einer Gesamtabwägung mit dem Lebensinteresse des Ungeborenen eine (unzumutbare) Überforderung der Schwangeren bedeutet.⁹¹⁴ So will auch Tröndle⁹¹⁵ schwerwiegend dahin(gehend) verstehen, dass das Austragen der Frucht der Frau auch zur Erhaltung des ungeborenen Lebens nicht zuzumuten ist. Rudolphi⁹¹⁶ fordert ebenfalls, dass die Schwere der drohenden Gesundheitsbeeinträchtigung zu den mit dem Abbruch der Schwangerschaft verbundenen Risiken in einem angemessenen Verhältnis steht. Lt. Eser⁹¹⁷ ist der Indikationsgrund der Gesundheitsgefahr hinsichtlich seiner Schwere an dem der Schwangeren Zumutbaren zu messen.

Auffallend an den eben aufgeführten Ansichten ist, dass „schwerwiegend“ in Bezug zum gleichfalls in § 218 a II StGB enthaltenen Merkmal der Zumutbarkeit gesetzt wird.

Gerade aber die Un-/Zumutbarkeit orientiert sich anerkanntermaßen⁹¹⁸ an der Schwangeren und deren Beurteilung über die den Abtreibungswunsch hervorrufende Belastung. Über die diesem Begriff immanente, umfassende Abwägung können neben den Rechten des ungeborenen Kindes auch die Interessen der schwangeren Mutter genügende Berücksichtigung finden.⁹¹⁹ Denn insbesondere dieses Tatbestandsmerkmal der medizinisch-sozialen Indikation, die Zumutbarkeit, verdeutlicht den Charakter als „mütterliche Indikation“⁹²⁰, als eine den

⁹¹¹ Die Minderung der Erwerbsfähigkeit von wenigstens 50% stellt ein Maß dar, das nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist.

⁹¹² U.a. Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.30; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.28; Lackner, § 218 a, Rz.12; Tröndle, § 218 a, Rz.15

⁹¹³ So ausdrücklich Lackner, § 218 a, Rz.12; Hiersche, Tröndle-FS, S.673

⁹¹⁴ Lackner a.a.O.

⁹¹⁵ Tröndle a.a.O.

⁹¹⁶ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.28

⁹¹⁷ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.30

⁹¹⁸ Das die Schwangere Mittelpunkt der Frage nach der Un-/Zumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft ist, läßt sich schon anhand der Gesetzesformulierung in § 218 a II StGB erkennen, siehe Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.32, 34; Hepp, Gynäkologie 1996, S.407; Keller, S.208; BT-Plenarprot. 13/47, S.3757, S.3762; BVerfG E 39, 1 ff (48 f)

⁹¹⁹ Zum Begriff der Un-/Zumutbarkeit unten noch genauer

⁹²⁰ So Hepp, Gynäkologie 1996, S. 408

ebenso beachtenswerten Rechten und Interessen der in der „Zweiheit in Einheit“ „gefangenen“ Mutter nachkommende Ausnahmelage.⁹²¹

Damit gewinnt aber im Rahmen von „schwerwiegend“ eine subjektive, schwangerenorientierte Komponente an Bedeutung.⁹²² Dies wiederum könnte zur Folge haben, dass es auf einen gewissen, objektiv zu bestimmenden Schweregrad⁹²³ nicht ankommen müsste.

Vielmehr käme es bei der Entscheidung, ob eine entsprechende Gesundheitsbeeinträchtigung vorliegt und daraus folgend ein Abbruch wegen medizinisch-sozialer Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. gerechtfertigt ist, auf die jeweilige Frau an und könnte demnach von Schwangerer zu Schwangerer variieren. V.a. aber könnte mit dem Abstellen nur auf das subjektive Element in „schwerwiegend“ die schwangere Mutter letztlich – auch bei aus objektiver Sicht nicht so schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen – die Voraussetzungen des § 218 a II StGB n.F. selbst und somit gleichfalls den Schwangerschaftsabbruch bejahen.

Mit Blick auf die Auslegung des Begriffes „schwerwiegend“ anhand der vier anerkannten Methoden⁹²⁴ ist es, entgegen zahlreicher Auffassungen im juristischen Meinungsspektrum⁹²⁵, verkürzt, dieses Tatbestandsmerkmal des § 218 a II StGB ausschließlich subjektiv zu interpretieren und damit der schwangerenorientierten Komponente innerhalb des Ausdrucks die ausschlaggebende Bedeutung zuzumessen. Der allgemeine Sprachgebrauch legt dem Wort „schwerwiegend“ nämlich eher das Erfordernis eines bestimmten tatsächlichen Gewichts, eines objektiv feststellbaren „Schweregrades“ zugrunde. Auch die Gesetzessystematik lässt sich vorzugsweise für eine objektive Deutung anführen. Als ein Merkmal des Ausnahmetatbestandes § 218 a kann nur ein bestimmtes, hoch anzusetzendes Maß für die schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes in Betracht kommen. In die gleiche Richtung zielt auch das Auslegungsergebnis nach der teleologischen Methode. Insbesondere das Merkmal „schwerwiegend“ sollte nochmals die Wertigkeit des Rechtsgutes „Leben“ innerhalb der Ausnahme vom ansonsten geltenden Abtreibungsverbot hervorheben und stärken. Um dies zu erreichen, müsste ein gewisses Mindestmaß der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes (i.S.e. Krankheit) festgelegt sein. Damit werden die Interessen des Ungeborenen optimal vertreten.

Andererseits geht die die Wortbedeutung ebenso bestimmende Definition des Merkmals „schwerwiegend“ von einer Berücksichtigung des Zusammenhanges zur Zumutbarkeit und einer Abwägungssituation aus. Die Interessen der Schwangeren werden mittels „schwerwie-

⁹²¹ BVerfG E 88, 255 ff ; BVerfG E 39, 1 ff (49 ff)

⁹²² So für „Schwerwiegend“ i.S.v. § 218 a II Nr.1 StGB a.F. : Pluisch, S.38 f

⁹²³ Wie der Vorschlag von Jähnke in LK, § 218 a, Rz.46

⁹²⁴ Siehe unter Pkt. Teil 2.B.III.2.a.aa)

⁹²⁵ S.o.

gend“ dadurch repräsentiert, dass deren (der Schwangeren) Beurteilung mitentscheidend einfließt. Das objektive Maß der Schwere hängt somit wesentlich von der Person der Mutter – deren Konstitution, Vergangenheit, Lebenspläne – ab.

§ 219 n.F., der in Abs.1 S.3 ebenfalls den Begriff „schwer“ verwendet, verdeutlicht, dass dieser in enger Verbindung zum Merkmal „zumutbar“, „zumutbare Obergrenze“ steht und das Recht des Kindes nur ausnahmsweise, i.R.e. Abwägung mit den Belastungen für die Frau, zurücktritt. Indem § 219 StGB nämlich anstatt „schwerwiegend“ auf „schwer ist“ abstellt, also einen (bestimmten) Zustand beschreibt, wird hervorgehoben, dass „schwerwiegend“ gem. § 218 a II StGB mit dem dies besonders betonenden Teil „wiegt“ ein subjektives Element enthält.

(3.2.2.) Zwischenergebnis

Da sich sowohl gute Argumente für eine „subjektive“, die Schwangere und ihre Belange in besonderer Weise schon an dieser Stelle berücksichtigende Komponente, wie auch für eine „objektive“ i.S.e. Forderung nach einem gewissen Schweregrad der Krankheit im medizinischen Sinne⁹²⁶ anführen lassen, sollte davon ausgegangen werden, dass beide das Merkmal „schwerwiegend“ mitbestimmen. Somit können einerseits die individuellen Bewertungen der Mutter – die insbesondere auf die Prognose des Krankheitsverlaufs von erheblichem Einfluss sein können – genügend Beachtung finden, wie andererseits mittels eines objektiv nachvollziehbaren Mindestmaßes an „Schwere“ sicher gestellt wird, dass bspw. eine inhaltliche Kontrolle der medizinisch-sozialen Indikation stattfinden kann. Neben der Vermeidung eines Über-Hand-Nehmens der Rolle der Frau im Bereich des Rechts des Schwangerschaftsabbruches und damit des Aufkommens von Wunschschwangerschaften wird mit der gewissen Objektivität der Tatbestandsmerkmale auch eine einheitliche Handhabung und demzufolge einheitliche Abtreibungspraxis gewährleistet. Den für die Beurteilung vom Gesetzgeber legitimierten Ärzten („ärztliche Erkenntnis“) wird weiterhin die entscheidende Position eingeräumt.

Diese Objektivität von „schwerwiegend“ wird durch das BVerfG selbst eingeräumt, wenn es fordert, dass „(...) solche Belastungen (als Abbruchs auslösend) ausgeschlossen sind, wie sie naturgemäß jede Schwangerschaft zur Folge hat“.⁹²⁷ Damit setzt auch das höchste deutsche

⁹²⁶ Die Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes muß nach Ansicht der Verfasserin i.S.e. Krankheit aufgefaßt werden.

⁹²⁷ BVerfG E 88, 257; ausdrücklich so auch Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.30

Gericht einen über ein bestimmtes Maß – die Normalbelastung mit Nervosität, Änderung von Lebensplänen, Lebensgewohnheiten, Übelkeit während der Schwangerschaft – hinausgehenden Schweregrad voraus.

(3.2.3.) Mindestmaßbestimmung

Wie aber soll sich nun das Nebeneinander von subjektiver und objektiver Komponente des Begriffes „schwerwiegend“ gestalten? Schwierig ist die Benennung maßgeblicher Orientierungspunkte entsprechend der aufgestellten Forderung, bei der Bestimmung der Schwere der Beeinträchtigung ein gewisses, nach objektiven Kriterien zu qualifizierendes Mindestmaß zu verlangen. Zunächst soll erläutert werden, was von juristischer Seite in dieser Hinsicht vorgeschlagen wurde, danach soll auf einen eigenen Maßstab für das objektive Mindestmaß eingegangen werden.

(3.2.3.1.) juristische Vorschläge

Vom BVerfG sind für den Begriff „schwerwiegend“ solche Belastungen gefordert, die über die naturgemäß mit jeder Schwangerschaft verbundenen hinausgehen.⁹²⁸ „Normale“ Beschwerden, die bei jeder Schwangeren durch den veränderten Körperzustand auftreten, bleiben damit außen vor.⁹²⁹ Ausgeschlossen werden soll, dass die Schwangerschaft „probeweise“ und deren Abbruch bei Nichtgefallen und Überempfindlichkeit durchgeführt wird. Mindestmaß für die „Schwere“ ist demnach noch nicht das mit dem Zustand „Mutterwerden“ üblicherweise Verbundene. Hingenommen werden müssen, ohne Möglichkeit zum gerechtfertigten Abbruch, auch psychische Umstellungen, die etwa bei der Einplanung eines unerwarteten Kindes oder durch Beschränkungen des Lebensstandards auftreten.⁹³⁰ Solche geistigen und seelischen Veränderungen gehören ebenfalls zum „Normalbild“ einer Schwangerschaft. Etwas andere Anforderungen möchte Groppe⁹³¹ an den Terminus „schwerwiegend“ stellen. Schwerwiegend ist die Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes erst dann, wenn sie über die üblichen Belastungen, die mit einer Schwangerschaft verbunden sind, wesentlich hinaus-

⁹²⁸ BVerfG E 88, 257

⁹²⁹ Bspw. das Erbrechen und damit die Absage einer lang ersehnten Schiffsreise.

⁹³⁰ Siehe Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rz.333; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.30

geht. Da die Gesundheitsbeeinträchtigung der Schwangeren nicht ganz ohne Spuren an ihr vorübergeht, sieht er das Mindestmaß der Schwere von der Intensität der Beeinträchtigung und deren Dauerhaftigkeit her bestimmt an. Bleibende Spuren sind insofern „dauerhafter“ Art, als sie die Trägerin an das auslösende Ereignis immer wieder, auch nach Jahren und Jahrzehnten, erinnern.⁹³²

Die genannten Ansätze stellen gute Beispiele dafür dar, mit verallgemeinerten Kriterien eine Bestimmung der Schwere i.S.v. § 218 a II StGB n.F. vorzunehmen.

Bevor nun ein eigener Versuch der näheren Festlegung eines Mindestmaßes für die „schwerwiegende“ Beeinträchtigung der Gesundheit der Schwangeren unternommen wird, muss vorab folgende Erwägung bedacht werden.

Da sich in einer pluralistischen Gesellschaft derart vielschichtige Probleme⁹³³ und eine Unmenge möglicher Varianten der Lebensverwirklichung⁹³⁴ ergeben, spricht vieles dafür, dass es nicht machbar ist, das Merkmal der „Schwere“ i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation zu „typisieren“ und somit einen durchgängigen Wertkonsens und eine allgemeingültige Konkretisierung der „schwerwiegenden“ Gesundheitsbeeinträchtigung zu erreichen. Vielmehr könnte das Bemühen, eine inhaltlich genauere gesetzliche Umschreibung zu erstellen, eine Allgemeingültigkeit schaffen, die es in der Realität gar nicht gäbe. Mit diesem Wissen muss man das Nebeneinander einer Vielzahl ethischer Anschauungen und Verhaltensweisen, einen Kompromiss zwischen Gesetz, ärztlicher Verantwortung, individueller Glaubensbindung und menschlichem Verständnis, akzeptieren, ohne in der Lage zu sein, einen gemeinsamen, verallgemeinerungsfähigen Konsens zu finden.

Dagegen kann jedoch eingewandt werden:

Weil der Gesetzgeber in § 218 a II StGB n.F. die Forderung aufgestellt hat, nur bei der Gefahr einer „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes mit Rücksicht auf die Schwangere einen Abbruch zuzulassen, muss es eine Grenzziehung zwischen „schwerwiegenden“ und diesem Maß nicht entsprechenden Beeinträchtigungen geben. Letztere sind sowohl in der Theorie wie auch in der Praxis anerkannt. Der Einwand des Wertpluralismus betrifft damit nicht die Grenzziehung, sondern vielmehr die getroffene gesetzliche Regelung

⁹³¹ Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.207 im Anschluss an BT-Drs.6/3434, S.20 und in Münchner Kommentar, § 218 a, Rz.45

⁹³² Reg-Entw.1972, BT-Drs.6/3434, S.20 – Damit müssen auch kurzfristige Behinderungen außer Betracht bleiben, vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rz.333.

⁹³³ z.B. die Haltung der Umwelt und der Gesellschaft (Isolation, Ablehnung), Stabilität der Ehe, materielle Sicherheit, Solidarität oder nicht, Integrationsprobleme, Ängste und Zwänge

⁹³⁴ Aufgrund verschiedener Weltanschauung, Ehe oder nichteheliche Gemeinschaft, heilpädagogische Betreuungsmöglichkeiten etc.

selbst. Zudem haben ja gerade diese unterschiedlichen Wertvorstellungen den Ruf nach Bewertungs-/Orientierungsmaßstäben laut werden lassen.

(3.2.3.2.) Eigene Bestimmung

Als kleinster gemeinsamer Nenner sollen daher Bewertungskriterien gefunden werden, die eine einheitliche Handhabung hinsichtlich der Schwere der Gesundheitsbeeinträchtigung ermöglichen. „Kleinster gemeinsamer Nenner“ deshalb, weil vom Recht nur diejenigen Verhaltensweisen gefordert werden können, deren zwangsweise Durchsetzung auch von „schwachen“ Menschen noch ertragen werden kann.

Für die Forderung, bei der Bestimmung der Schwere der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes ein gewisses, nach objektiven Beurteilungskriterien zu qualifizierendes Mindestmaß zu verlangen, kann zunächst auf die schon oben erwähnten Ansätze zurückgegriffen werden. Sowohl die als natürliche Folge des veränderten Körperzustandes durch die Schwangerschaft auftretenden Belastungen wie auch deren Dauerhaftigkeit i.S. spürbar verbleibender Konsequenzen können eine Untergrenze i.R.d. Entscheidung über die Erfüllung des Tatbestandes, die Wahrscheinlichkeit der Abtreibung markieren. Hinzukommend kann ebenso die Normalsituation der postnatalen Phase, also das alltägliche Leben mit einem Kind, als zu ertragendes Mindestmaß angesehen werden. Dabei stellt sich dann die Frage, zu welchem Zeitpunkt überhaupt die schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigung in Erscheinung treten muss. Denn wenn diese nicht schon während der Schwangerschaft bei der Mutter eintritt, ist die Mutter zum konkreten Abbruchzeitpunkt noch als gesund einzustufen. Kann damit dem Erfordernis der Schwere Genüge getan werden?

Das ist zu bejahen. Der Gesetzeswortlaut des § 218 a II StGB n.F. lässt ausdrücklich einen Schwangerschaftsabbruch bei einer unter Berücksichtigung auch künftiger Lebensverhältnisse der Schwangeren angezeigten Gefahr der schwerwiegenden Gesundheitszustandsbeeinträchtigung zu. Somit stellt das Gesetz selbst klar, dass die schwerwiegende Beeinträchtigung der Frau erst im weiteren Verlauf der Schwangerschaft, bei oder sogar nach der Geburt⁹³⁵ zu Tage treten kann. Zu beachten ist aber hier, dass die Prognose hinsichtlich einer derartigen, später aufkommenden Beeinträchtigung wegen der größeren zu berücksichtigenden Zeitspanne an Genauigkeit verliert. Denn nach der Geburt treten weitere, vorher nicht oder nur sehr schwer voraussehbare Belastungen hinzu, die (mitursächlich) die Überlastung der nunmehrigen Mut-

ter provozieren. Die Beurteilung vor dem Abbruch, ob die in § 218 a II StGB n.F. geforderte schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes vorliegt, obliegt gemäß dem Gesetzestext dem Arzt (ärztliche Erkenntnis). Diesem ist auch die Einschätzung vorbehalten, ob das Mindestmaß der „Schwere“ der Beeinträchtigung nach oben genannten Ansätzen gegeben ist.⁹³⁶

Als Kriterium zur Konkretisierung der Forderung nach einem Mindestmaß für die schwerwiegende Beeinträchtigung des (...) Gesundheitszustandes und damit einer einfacheren Beantwortung der Frage, wann eine solche anzunehmen ist, könnte auch der Genesungsverlauf einer Krankheit herangezogen werden.⁹³⁷ Denn schließlich wurde der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes das Verständnis einer „Krankheit im medizinischen Sinne“ zugrunde gelegt, so dass eine schwerwiegende Krankheit i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation zu fordern ist. Für diese könnte als „Richtschnur“ der wiederum von ärztlicher Seite einzuschätzende Genesungsverlauf gelten. Dieser bietet die Möglichkeit, bei der individuellen Schwangeren verallgemeinerungsfähige Maßstäbe anzulegen. Sowohl die Schnelligkeit der Genesung, der Grad des Verlaufs (schwierig-leicht) und die Intensität der Genesung⁹³⁸ können für die Entscheidung hinsichtlich der Schwere wesentlich werden. Wenn die Schwangere sich bspw. schnell von der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes erholt oder sich die Genesung nicht schwierig, fast komplikationslos gestaltet, ist eine „schwerwiegende“ Krankheit zu verneinen. Zwar unterliegt auch der Genesungsverlauf als Maßstab der Beurteilung des Arztes. Allerdings handelt es sich zum einen bei § 218 a II StGB um eine medizinisch-soziale Indikation und zum anderen ist die ärztliche Entscheidung, wie § 218 b I StGB zeigt, richterlich nachprüfbar.⁹³⁹

Das Kriterium des Genesungsverlaufs ist geeignet, ein wirksames Mindestmaß darzustellen. Es verbindet das individuelle Schicksal der jeweiligen Schwangeren mit den durch den grundsätzlichen Schutz von Schwangerschaften bedingten Anforderungen an die Indikationsvoraussetzungen. Dadurch ist der Genesungsverlauf zwar wiederum nicht so genau und abstrakt festlegbar wie die von Jähne geforderte 50%-ige MdE; allerdings kommt dies dem sowohl von

⁹³⁵ Z.B. in Form einer Überforderung

⁹³⁶ Allgemein Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rz.334

⁹³⁷ Zur Bestimmung der Schwere könnte auch ein vom Gesetzgeber aufgestellter Katalog helfen, wo möglichst detailliert alle diejenigen Gesundheitsbeeinträchtigungen aufgezählt sind, die als so gravierend angesehen werden, daß sie zum Abbruch berechtigen. Gegen diese Variante spricht jedoch, daß zum einen eine „Schablonisierung“ des Schwangerschaftsabbruches stattfinden würde und der befürchtete Automatismus zwischen Gesundheitsbefund und Abbruch dadurch sich erst recht etablieren würde. Zum zweiten würde ein solcher Katalog nie eine erschöpfende Erfassung darstellen, neue Krankheiten würden eine ständige Aktualisierung bedingen.

⁹³⁸ Völlige Heilung oder nicht

⁹³⁹ Siehe statt vieler Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rz.334

einer objektiven wie auch subjektiven Komponente bestimmten Charakter des Begriffs „schwerwiegend“ entgegen.

Nach Einhaltung dieses Mindestmaßes an Schwere der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes greift zudem die individuelle Einschätzung der Schwangeren wieder ein; ein objektives wie subjektives Element in „schwerwiegend“ kommen damit ausreichend zum Tragen.

(3.2.4.) Ergebnis

Zum Tatbestandsmerkmal „schwerwiegend“ kann festgehalten werden, dass dieses zum einen objektiver Natur i.d.S. ist, das ein gewisser Mindest-Schwere-Grad i.S.v. oben Genanntem gegeben sein muss. Zum anderen ist dem Begriff auch eine subjektive Natur i.d.S. immanent, dass darüber hinausgehend die Hinnahme dementsprechender Belastungen nach Abwägung mit dem Lebensinteresse des Ungeborenen eine unzumutbare Überforderung der schwangeren Mutter bedeuten müsste. Ein komplettes Abstellen auf das subjektive Element bzw. eine Dominanz dessen hätte zur Folge, dass bereits i.R.v. „schwerwiegend“ die Problematik des Merkmals „zumutbar“ verlagert und diskutiert würde.

Damit kann die Beeinträchtigung i.S.e. Krankheit mit spezifischem Bild dann als eine „schwerwiegende“ eingestuft werden, wenn sie zunächst über das für eine Schwangerschaft und der dieser nachfolgenden Phase übliche Maß hinausgeht und sich der Genesungsverlauf in Intensität und Dauer nach ärztlicher Erkenntnis ebenso in negativer Hinsicht heraushebt. Das subjektive Empfinden der Frau, eine ihrer Individualität angepasste Umschreibung, kann erst und muss aber dann auch einsetzen, nachdem diese dem Merkmal immanente objektive, „fremdbestimmte“ Komponente erfüllt ist. Soweit dann trotz Lebensinteresses des Ungeborenen eine überfordernde Beeinträchtigung vorliegt, ist von einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes auszugehen.

(4) Konkretheit der Gefahrenlage

Bei der der Schwangeren drohenden Lebens- oder Gesundheitsgefahr muss es sich um eine konkrete handeln; d.h. es muss eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt bei der Mutter bestehen.⁹⁴⁰

Dieses aus dem „ultima ratio – Gedanken“⁹⁴¹ entspringende Erfordernis ist nicht mit einer „Gegenwärtigkeit“ der Gefahr i.S.e. alsbaldigen oder in aller nächster Zeit stattfindenden Umschlagens in einen Schaden gleichzusetzen⁹⁴², wie es Jähnke⁹⁴³ fordert. Eine künftige Gefahr ist seiner Meinung nach lediglich eine denkbare Sachverhaltsgestaltung, die nicht eintreten muss. Keinesfalls kann sie zur Vernichtung keimenden Lebens ausreichen. Dass trotzdem die „Konkretheit“ der Gefahr nicht notwendig „Gegenwärtigkeit“ derselben bedeutet⁹⁴⁴ und damit Jähnkes Ansicht abzulehnen ist, lässt sich mit dem Hinweis auf den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes begründen. § 218 a II StGB n.F. lässt durch die Berücksichtigung künftiger Lebensverhältnisse der Schwangeren auch Gefahren genügen, die erst im weiteren Schwangerschaftsverlauf, bei der Geburt oder gar erst danach einzutreten drohen⁹⁴⁵ und damit gerade nicht nur unmittelbar bevorstehende, gerade stattfindende oder noch andauernde.⁹⁴⁶ Somit müssen der Tod oder die Gesundheitsbeeinträchtigung der Schwangeren bei Nichtabbruch nicht sofort einzutreten drohen.⁹⁴⁷

Andererseits müssen aber für diese Gefährdungen der schwangeren Frau konkrete Anhaltspunkte vorliegen; Lackner spricht davon, dass „(...) der drohende Schaden bei Fortbestehen der Schwangerschaft voraussichtlich unvermeidbar sein muss“.

⁹⁴⁰ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.31; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.29; Eser/Hirsch, Sterilisation, S.156; Hülsmann, S.179

⁹⁴¹ Rein spekulative Vermutungen genügen diesem Grundsatz nicht. Näher dazu noch unten im Text.

⁹⁴² Als „gegenwärtig“ ist die Gefahr – wie soeben erläutert - anzusehen, wenn sie „alsbald oder in allernächster Zeit in einen Schaden umschlagen kann“. Darüber hinaus hat die Rspr. die Gegenwärtigkeit der Gefahr auch bejaht, wenn der Eintritt des drohenden Schadens zwar erst in Zukunft zu erwarten ist, aber feststeht, daß er nur durch sofortiges Handeln abgewendet werden kann. In letzterer Alternative liegt streng genommen noch keine „gegenwärtige“ Gefahr vor. Denn „gegenwärtig“ ist dort nur die Zwangslage zu handeln, oder aber den drohenden Schaden hinzunehmen.

⁹⁴³ LK, § 218 a, Rz.36 – Allerdings erweitert auch er seinen „Gegenwärtigkeitsbegriff“ auf Zustände, die erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehend erscheinen lassen. Denn er sieht diesen „...im Blick auf die vorauszusetzende Schadenswahrscheinlichkeit (als) zu eng ...“ an, „...maßgebend (soll dort) die naheliegende Möglichkeit eines Schadens.“ sein.

⁹⁴⁴ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rz.333; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.31; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.30; Lackner, § 218 a, Rz. 12; Hülsmann, S.179

⁹⁴⁵ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.31; Eser/Hirsch, Sterilisation, S.156; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.30

⁹⁴⁶ So die im Strafgesetzbuch gebräuchliche Definition der „Gegenwärtigkeit“. --- Schon im Regierungsentwurf zum 15.StÄG (BT-Drs.6/3434, S.20) wurde hervorgehoben, dass der Eintritt der Gefahr nicht nur für die Zeit der Schwangerschaft, der Geburt und des Wochenbettes, sondern in der damals geübten Gutachterpraxis auch für die weitere Zeit der Mutterschaft erwartet wurde. Einen Hinweis in diese Richtung gab die Berücksichtigung auch künftiger Lebensverhältnisse der Schwangeren.

⁹⁴⁷ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.30

Exakte Angaben darüber, wie konkret die Anhaltspunkte sein müssen, also über den zu fordernden Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, lassen sich nicht generell aufstellen.⁹⁴⁸ Da der Grad der Komplikationswahrscheinlichkeit auch von der Schwere des drohenden Schadens abhängig ist.⁹⁴⁹ kann er selbst in allen Fällen der medizinisch-sozialen Indikation nicht der gleiche sein.

Grundsätzlich gilt, dass je schwerer die drohende Gesundheitsbeeinträchtigung wiegt, desto geringer die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts zu sein braucht. Dementsprechend kann bei Lebensgefahr schon ein relativ geringer Grad genügen.⁹⁵⁰

Immer, so auch beim Drohen des Todes, muss es sich aber um eine gegenüber dem Durchschnittsfall der Schwangerschaft erheblich gesteigerte Wahrscheinlichkeit handeln⁹⁵¹; denn nach Ansicht des Regierungsentwurfs zum 15.StÄG wäre es mit den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft nicht vereinbar, wenn die Schwangerschaft allein aus dem Grund abgebrochen wird, dass jede Schwangerschaft und Entbindung mit einem bestimmten gesundheitlichen Risiko verbunden ist. Dieses normale Risiko könnte auch dann nicht ins Gewicht fallen, wenn sich ergeben sollte, dass bestimmte Methoden der Abtreibung im statistischen Durchschnitt eine geringere Komplikationsrate aufweisen als die Fortsetzung der Schwangerschaft einschließlich der Geburt.

Was unter einer solchen „erheblich gesteigerter Wahrscheinlichkeit“ zu verstehen ist, ist nicht geklärt. Sicher ist nur, dass eine nur ganz entfernte Möglichkeit nicht ausreicht, ebenso wenig wie die nur gedankliche Möglichkeit, aber nicht auf tatsächliche Umstände gegründete Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses.⁹⁵² Andererseits liegt die Gefahrenlage auch nicht erst dann vor, wenn der Schaden mit Sicherheit zu erwarten ist; des Weiteren muss ebenso der Eintritt des Schadens nicht wahrscheinlicher sein als sein Ausbleiben.⁹⁵³ Dies zeigt, dass weder eine präzise begriffliche Fixierung, noch eine Bestimmung mit Hilfe von Prozentsätzen möglich ist und gesucht werden sollte. Letzteres – die Bestimmung mit Hilfe von Prozentsätzen – wurde in der Literatur i.R.d. Konkretheitserfordernisses nicht als Lösungsweg angesehen.⁹⁵⁴ Vielmehr wurde und wird der Wahrscheinlichkeitsgrad in ganz wesentlicher

⁹⁴⁸ BT-Drs.6/3434, S.21; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.29; Lackner, § 218 a, Rz.12

⁹⁴⁹ Dies ist Ausfluß der Interessenabwägungsklausel, die angelehnt an § 34 StGB dem § 218 a II StGB zugrunde liegt.

⁹⁵⁰ BT-Drs.6/3434, S.19 (20); Eser/Hirsch, Sterilisation, S.156; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.208; ähnlich auch Lackner, § 218 a, Rz.12; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.29

⁹⁵¹ BT-Drs.6/3434, S.21; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.29

⁹⁵² Sch/Sch-Lenckner, § 34, Rz.15; RGSt 68, 433; BGH St 18, 272

⁹⁵³ Sch/Sch-Lenckner, a.a.O.

⁹⁵⁴ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.12; Lackner, 20.Aufl., § 218 a, Rz.6; SK-Rudolphi, 4. u. 5.Aufl., § 218 a, Rz.19; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.208; für die ehemalige eugenische Indikation das gleiche vertretend : Pluisch, S.32 ff

Abhängigkeit von der objektiven und von einem Arzt festgestellten Größe der Gefahr gesehen.⁹⁵⁵

Im übrigen ist die „Konkretheit der Gefahr“ als nur eine, wenn auch nicht ausdrücklich genannte Voraussetzung für den Schwangerschaftsabbruch mit Blick auf die Zielsetzung von § 218 a II StGB – Rücksichtnahme auf die Schwangere, insbesondere ihre gesundheitlichen Belange – und im Zusammenhang mit dem Gesamtgefüge des § 218 a II StGB nach einem individuellen, auf die jeweilige Schwangere zugeschnittenen Maßstab von einem Arzt zu beurteilen.

Für die (mögliche) Schädigung des Kindes als Auslöser für eine „konkrete Gefahrenlage“ bedeutet dies, dass die Mitteilung dieser Tatsache stichhaltige, greifbare Anhaltspunkte für eine Lebens- bzw. schwerwiegende Gesundheitsgefahr liefern muss. Und diese Lebens- oder Gesundheitsgefahr müsste über bloße Vermutungen hinaus auch eintreten können.

Die „Konkretheit“ in Form eines mindestens vorliegenden Wahrscheinlichkeitswertes in % ist mit Blick auf die fehlende Praxisnähe zu verneinen, denn zum einen wirken bei der Gefahrenlage für die Mutter verschiedene Faktoren – Zukunftsaussichten, aktuelle physische und psychische Verfassung, positives oder negatives Umfeld – zusammen. Daraus resultieren Schwierigkeiten schon bei der Definition des Schädigungsrisikos. Wie kann eine exakte Grenzziehung möglich werden und ein rechnerischer Wert maßgebliche Bedeutung erlangen? Soll bspw. ein Wahrscheinlichkeitswert von 24 % noch ertragbar sein, so dass in die Prüfung der Indikationsvoraussetzungen nicht weiter eingestiegen wird, ein Wert von 25 % aber gewichtig genug? Zu bedenken ist hier, dass die betreffende Frau allein zu 100% das Risiko bei Verwirklichung zu tragen hat, ungeachtet eines vorher nur gering prozentig angegebenen Wahrscheinlichkeitsgrades. Damit ist die in der medizinisch-sozialen Indikation verbürgte Rücksichtnahme auf die Schwangere der maßgebliche Gesichtspunkt gegen einen festgelegten prozentualen Wahrscheinlichkeitswert. Denn ihrer individuellen Lage, ihrer eigenen Bewertung des Risikos, letztlich dem die gesetzlich niedergelegten Ausnahmelagen tragenden Prinzip der Unzumutbarkeit, welches sich auch in der jeweiligen Gefahr und deren Schwere widerspiegelt, würde zuwenig Beachtung geschenkt. Gerade ein gering anzusetzendes Risiko für einen allerdings schwerwiegenden gesundheitlichen Schaden müsste i.R. eines vorgegebenen Grades vernachlässigt werden. Z.B. müsste somit die „nur“ 1% -ige Wahrscheinlichkeit für eine Lebensgefahr auf den Schultern der Schwangeren ausgetragen werden. Doch welcher

⁹⁵⁵ Siehe schon oben, wo von der Abhängigkeit zur Schwere des drohenden Schadens die Rede ist.

Arzt möchte die zwar äußerst unwahrscheinliche, aber doch mögliche Verwirklichung des Todes der Schwangeren verantworten?⁹⁵⁶

Durch das Korrelativ der Abwägung mit der Schwere der drohenden Gefahr kann sichergestellt werden, dass ein angemessener Wert hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit berücksichtigt wird. Der bloße Hinweis auf die Schädigung des Kindes wird hingegen nicht eine konkrete Gefahrenlage auszulösen können.⁹⁵⁷

bb) Eugenische Fälle als Auslöser der Gefahrenlage --- die Berücksichtigung der „Kindesvoraussetzungen“ gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG

Die in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. fallenden Konstellationen, welche ehemals der eugenischen Ausnahmelage zugeordnet waren, müssten demnach tatsächlich eine konkrete, wenn auch nicht gegenwärtige, Lebensgefahr oder eine eben solche Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren (in Form einer Krankheit im medizinischen Sinne) auslösen⁹⁵⁸. Denn wie der Gesetzgeber verschiedentlich klargestellt hat, stand und steht die bloße Feststellung einer vorgeburtlichen Schädigung oder Behinderung nicht in einem zwingenden Zusammenhang mit einer medizinischen Indikation.⁹⁵⁹

Dass die Prognose eines zu erwartenden behinderten Kindes jedoch grds. die in § 218 a II StGB vorausgesetzte Gefahrenlage auslösen kann, war und ist allgemein anerkannt.⁹⁶⁰

Inwieweit allerdings neben den Tatbestandsvoraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation gleichfalls solche der nun nicht mehr im Gesetz ausdrücklich geregelten eugenischen Indikation weiterhin gegeben sein müssen, ist nicht abschließend geklärt.

Fraglich ist zunächst das „OB“ der weiteren Prüfung und bei Bejahung dessen „WIE“ die Schädigung/Behinderung des ungeborenen Kindes beschaffen sein muss. Welche Anforderungen sind an sie zu stellen, um die Gefahrenlage für die Mutter als gegeben anzunehmen?

Mit anderen Worten: wann genügen die Fälle der ehemaligen Indikation gem. § 218 a II Nr.1

⁹⁵⁶ Diese Frage stellt bspw. Hiersche, Tröndle-FS, S.675; Das Ärzte jede Selbstmordgefahr ernst nehmen müssen, stellen auch Däubler-Gmelin, Magazin Der Spiegel, Nr.27/ 1999, S.35 und Böhme/Marr, DMW 1975, S.871 f, klar.

⁹⁵⁷ BT-Drs.13/5364, S.17

⁹⁵⁸ Das dies grds. möglich ist, wurde schon unter Pkt. Teil2.B.III.3.b.aa) erläutert

⁹⁵⁹ BT-Drs.13/5364, S.17; BT-Plenarprot.13/47, S.3782; dies auch noch einmal hervorhebend: BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. A-3015

⁹⁶⁰ Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.498 f; Hanack, Noll-GS, S. 203 mit Fn.22 u. 13; Helmke, ZRP 1995, 441; BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. A-3014; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.37

StGB i.d.F. des 15.StÄG den vorgeschriebenen Bedingungen des § 218 a II StGB n.F. ? Müssen dafür die früheren „Voraussetzungen auf Seiten des Kindes“ vorliegen?

Der Gesetzeswortlaut in § 218 a II StGB stellt einzig und allein das Erfordernis einer Gefahr für das Leben oder einer Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren bei ärztlicher Anzeige und Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse auf, wobei diese Gefahr nicht auf andere zumutbare Weise abgewendet werden können muss. Die Rücksichtnahme auf die Schwangere steht im Beurteilungsmittelpunkt der medizinisch-sozialen Indikation. Dagegen gibt es keinerlei begriffliche Umschreibung für die Konstellation der Schädigung bzw. Behinderung des Fötus innerhalb des § 218 a II StGB n.F. Damit könnte der Anschein erweckt werden, dass neben den sich an der Mutter orientierenden Tatbestandsmerkmalen von § 218 a II keine weiteren Bedingungen an das Ungeborene gestellt werden können und dürfen.

(1) Meinungsstand

In der juristischen Literatur gibt es dazu sehr kontroverse Meinungen.

Wie Eser⁹⁶¹ könnte man davon ausgehen, dass die noch in § 218 a II Nr.1 StGB a.F. geforderte spezielle Schädigung auf Seiten des Kindes nunmehr nicht mehr entscheidend sein soll, sondern allein das Austragen des (jeweiligen, wie auch immer behinderten) Kindes für die Schwangere eine körperliche oder seelische Gesundheitsgefährdung i.S.d.medizinisch-sozialen Indikation darstellen muss. An das Ungeborene und seinen Zustand werden keine Bedingungen für die Erfüllung des Tatbestandes geknüpft. Vielmehr ist nach Eser die Schwangere, ihre körperliche und seelische Verfassung, ihr gesamtes gesundheitliches Wohlergehen alleiniges Beurteilungskriterium zur Bejahung bzw. Verneinung des Schwangerschaftsabbruches.

Zwar scheinen auch Tröndle/Fischer⁹⁶² auf Ausformungen der Behinderung/Schädigung auf Seiten des Kindes verzichten zu wollen, wenn sie als zuverlässigen Grund für eine gerechtfertigte Abtreibung gem. § 218 a II StGB den alleinigen auffälligen Befund – „(...)allein wegen seiner(unzumutbaren) Behinderung (...)“ – kritisieren. Allerdings erlangt auch das Erfordernis

⁹⁶¹ Sch/Sch-Eser, § 218 a,Rz.39; Wie Eser scheint auch Beckmann (MedR 1998, S.156 f) davon auszugehen, daß keinerlei Anforderungen an die Behinderung des Ungeborenen i.R.d. § 218 a II StGB gestellt werden können, wenn er schreibt: „Mangels eines Spezialtatbestandes kann und soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Formulierung der medizinischen Indikation auch auf Abtreibungen angewendet werden, bei denen die Unzumutbarkeit des Austragens auf der Belastung durch ein behindertes Kind nach der Geburt beruht..... Die Aussicht auf die Betreuung eines behinderten Kindes kann somit nach der neuen Gesetzesfassung zum Vorliegen einer ‚medizinischen Indikation‘ führen.“

der durch die Erkrankung, Entwicklungsstörung oder Anlagetragerschaft einer Erkrankung ausgelösten Lebens- oder Gesundheitsgefahr in ihrer Betrachtung keine Beachtung. Damit gehen Tröndle/Fischer i.R.v. § 218 a II StGB davon aus, dass es nur wegen eines nicht näher in seiner Ausgestaltung definierten Befundes beim Ungeborenen zur Beendigung der Schwangerschaft in zulässiger Weise kommen dürfe.

Demgegenüber geht Lackner⁹⁶³ trotz Wegfalles der gesetzlich geregelten eugenischen Indikation von Anforderungen auf Seiten des Embryos/Fötus aus. Eine Indikation nach § 218 a II StGB soll seiner Ansicht nach bejaht werden, wenn es sich um eine „zu erwartende, nicht behebbare Schädigung der Leibesfrucht (handelt, die) nach Art und Schwere so erheblich ist, dass die Pflege und Erziehung des kranken Kindes auch bei voller Anerkennung seines Lebensrechtes eine zeitlich, kräftemäßig oder wirtschaftlich unzumutbare Überforderung der Schwangeren bedeuten würde“.

Ebenso sehen Schumann/Schmidt-Recla⁹⁶⁴ eine schwerwiegende Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren und eine Suizidgefahr nur als gegeben an, wenn es sich im Einzelfall um das Austragen und die Geburt eines „schwerstgeschädigten“ Kindes bzw. eines Kindes „(...) mit einer Lebenserwartung von nur wenigen Jahren handelt“.

Da einige juristische Autoren davon ausgehen, dass trotz so nicht im Gesetzeswortlaut von § 218 a II StGB n.F. vorhandener, merkmalspezifischer Umschreibung bestimmte Anforderungen an die die Gefahrenlage bei der Schwangeren auslösende Schädigung des Kindes – wie in § 218 a II Nr.1 StGB a.F. – zu stellen sind, soll nun geprüft werden, wo⁹⁶⁵ die ehemaligen Voraussetzungen auf Seiten des Kindes⁹⁶⁶ untergebracht werden können und inwieweit sie sich dann innerhalb der ausdrücklich geregelten Bedingungen auswirken würden. Da eine klare Beantwortung der Frage des „OB“ vom „WIE“ abhängt, kann diese erst nach Beantwortung letzterer eindeutig vorgenommen werden.

⁹⁶² Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.9a

⁹⁶³ Lackner, § 218 a, Rz.14 – Ähnlich fordern auch Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.498, „...die Geburt eines schwerstgeschädigten Kindes oder eines Kindes mit einer Lebenserwartung von nur wenigen Jahren.“

⁹⁶⁴ MedR 1998, S.498

⁹⁶⁵ D.h. innerhalb welcher in § 218 a II StGB n.F. aufgeführter Tatbestandsmerkmale

⁹⁶⁶ Von „Voraussetzungen auf Seiten des Kindes“ wurde gesprochen, da diese Bedingungen an das Kind selbst, seinen Zustand geknüpft wurden. Sie bildeten die Grundlage für die eugenische Indikation, wenn auch nicht den eigentlichen Eingriffsgrund. Letzterer lag in der erwachsenden Belastung der Mutter (=Voraussetzungen auf Seiten der Schwangeren)

(2) Merkmal der „Nichtbehebbarkeit“ der Kindeschädigung

Als Voraussetzung, die „auf Seiten des Kindes“ zur Erfüllung der ehemaligen eugenischen Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB a.F. gegeben sein musste, zählt die Nichtbehebbarkeit der Schädigung beim Kind.

(2.1.) Allgemeines

Die Nichtbehebbarkeit, welche ausgeschlossen war, wenn der Beseitigung keine ernsthaften Hindernisse im Weg standen⁹⁶⁷, sollte sicher stellen, dass ein Schwangerschaftsabbruch im Sinne seines Ausnahmecharakters nur bei solchen, die Frau auf Dauer belastenden Behinderungen des Kindes möglich war. Der den Vorschriften immanente Schutz des Ungeborenen wäre ansonsten der Aushöhlung preisgegeben worden, weil das auch dem ungeborenen Menschen ohne Rücksicht auf seine „Beschaffenheit“ zukommende Recht aus Art.2 II S.1, Art. 1 I GG bei einer anderen Handhabung der Regelung leer gelaufen wäre.

Schon im alten Recht fraglich und nicht endgültig geklärt⁹⁶⁸ war allerdings, was unter Behebbarkeit i.S.v. Heilbarkeit und daraus schlussfolgernd unter Nichtbehebbarkeit zu verstehen war.⁹⁶⁹

Einerseits konnte und hat man die Heilbarkeit i.S.e. endgültigen Beseitigung der Krankheit/Schädigung interpretieren/interpretiert.⁹⁷⁰ Bei einer solchen Forderung nach vollständiger Genesung wären aber all jene Schädigungen des Ungeborenen als nicht behebbar einzustufen gewesen, die lediglich symptomatisch, nicht aber kausal therapiert werden konnten. Dies wiederum hätte zur Folge gehabt, dass zwangsläufig mehr Schädigungen nicht behebbar gewesen wären und der Anwendungsbereich der ehemaligen eugenischen Indikation erweitert worden wäre.⁹⁷¹

⁹⁶⁷ Pluisch, S.22

⁹⁶⁸ Pluisch, S.22 ff, der sich um eine Klärung bemüht hat, spricht davon, daß die maßgebliche Grenze zwischen behebbaeren und nicht behebbaeren Schädigungen in der Rechtslehre nicht präzisiert wurde.

⁹⁶⁹ Zu dieser Problematik ausführlich Pluisch, S.22 ff

⁹⁷⁰ Für dieses Verständnis spricht, dass der Regierungsentwurf (BT-Drs.6/3434, S.24 rechte Spalte) davon ausgeht, dass sie (die befürchtete Schädigung) „...in vollem Umfang ausgeheilt wird“. Dafür spricht zusätzlich die allgemeine Wortbedeutung von *behebbar* i.S.v. reparierbar, instandsetzbar.

⁹⁷¹ Pluisch, S.25

Dagegen plädierte Pluisch selbst in Fällen, in denen nicht wirksam die Ursachen bekämpft, sondern nur so vorgegangen werden konnte, dass die Symptome getroffen und lediglich eine Milderung hervorgerufen wurde,⁹⁷² für eine Nichterfüllung des Merkmals Nichtbehebbarkeit. Der Schutz des Ungeborenen wäre ansonsten auf ein Minimalmaß eingeschränkt worden.⁹⁷³ Mit einer derartigen restriktiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals „nicht behebbar“ konnten von der schwangeren Mutter größere Inanspruchnahmen gefordert werden, bevor eine Abtreibung zugelassen wurde. Z.B. wollte Pluisch die Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruches an eine Einwilligung der Schwangeren zu einer ihr zumutbaren intrauterinen Therapie knüpfen. Bei Verweigerung der erfolgversprechenden Behandlung sollte die Nichtbehebbarkeit verneint werden.

Letztlich überzeugt(e) diejenige Deutung des Begriffes Behebbarkeit, die die vollständige Heilung oder die wirksame Therapierbarkeit beinhaltet(e). Zwar legt der naturalistische Sinn nur das Verständnis als endgültige Beseitigung der Schädigung⁹⁷⁴ nahe; dem Charakter als Ausnahmevorschrift vom Verbot des Schwangerschaftsabbruches könnte die Indikation damit nicht gerecht werden. Somit gehör(t)en zu nicht behebbaren Schädigungen des Ungeborenen auch solche, bei denen selbst die Symptome nicht wirksam bekämpft werden konnten/können. Fraglich ist, ob die so gedeutete ehemalige Tatbestandsbedingung auch ohne gesetzliche Regelung jetzt innerhalb der medizinisch-sozialen Indikation Bedeutung erlangt.

(2.2.) im Rahmen von „Gefahr für das Leben“

Im Rahmen des Merkmals „Gefahr für das Leben“ unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren kann die Nichtbehebbarkeit der Schädigung beim Ungeborenen keine Berücksichtigung finden.

Die Unterschiedlichkeit der Personen, bei denen jeweils eine Bedingung eintreten muss – die Nichtbehebbarkeit der Behinderung beim Kind und die Lebensgefahr bei der Mutter – bringt mit sich, dass sich die „Behebbarkeit“ zwar sicherlich auf das Vorhandensein der Gefahr auswirken kann, aber nicht notwendig deren Fehlen auslösen muss. Der Schluss, nur eine nicht behebbare Schädigung des Ungeborenen könnte eine lebensbedrohende Gefahr bei der Frau bewirken, ist nicht zwingend.

⁹⁷² Pluisch a.a.O.

⁹⁷³ Diese Einschränkung des Schutzes beruht auf der Erweiterung des Ausnahmetatbestandes.

⁹⁷⁴ Nichtbehebbarkeit müßte demnach die Unmöglichkeit der endgültigen Beseitigung sein

Gefordert wird von § 218 a II StGB n.F. ausdrücklich das bloße, tatsächliche Vorliegen einer solchen Gefahr, ohne Blick auf die Ursache.

Die Beurteilung darüber obliegt aber einem sachkundigen Arzt.⁹⁷⁵ Wenn dieser ggf. unter Hinzuziehung eines Facharztes⁹⁷⁶, eine dementsprechende Diagnose stellt, kann die Behebbarkeit/ Nichtbehebbarkeit beim Kind keinen weiteren Einfluss darauf haben. Insbesondere kann nicht verlangt werden, dass bei einer völlig heilbaren Schädigung, wie bspw. einer durch Operation korrigierbaren Lippen-Kiefer-Gaumen-Spalte, die festgestellte Lebensgefahr bei der Schwangeren wieder abgelehnt wird. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass die in § 218 a II StGB n.F. vorausgesetzte Lebensgefahr nicht nur durch eine Erkrankung, Anlageträgerschaft oder Entwicklungsstörung des Ungeborenen hervorgerufen werden kann. Wenn diese durch die mangelnde körperliche oder seelische Stabilität bzw. bereits vorhandener Leiden der Schwangeren ausgelöst wird, können selbst „gesunde“ Kinder i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation abgetrieben werden.

(2.3.) im Rahmen von „Gesundheitsgefahr“

Zu prüfen ist, ob die „frühere“ Anforderung der Nichtbehebbarkeit beim ungeborenen Kind i.R.d. „schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes“ weiterhin Geltung erlangen könnte. Insbesondere das Tatbestandsmerkmal „schwerwiegend“ könnte dahingehend ausgelegt werden, dass dies nur bei „nicht behebbarer“ Schädigungen angenommen wird.

Alle dem nicht genügenden Behinderungen des Ungeborenen wären dann als „nicht schwerwiegend“, also als Belastungen für die Mutter, die über die Normalbelastungen während einer Schwangerschaft und /oder nach der Geburt des Kindes nicht hinausgehen und wo zudem der Genesungsverlauf nach Beurteilung des Arztes sich nicht negativ (im Vergleich zu anderen Krankheiten) herausheben würde, einzustufen.

Ob die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Mutter tatsächlich nur in Betracht kommt, wenn auf der Kindes-Seite weder mit vorübergehend gutem Ergebnis Therapierbarkeit oder die Möglichkeit zur Milderung, noch eine Möglichkeit zur vollständigen Beseitigung gegeben ist, ist nicht eindeutig. Die Nichtbehebbarkeit der Schädigung beim Kind müss-

⁹⁷⁵ Zur ärztlichen Erkenntnis und ihren Anforderungen siehe unten genauer

⁹⁷⁶ Das Abstellen auf die Arzteigenschaft bringt das Erfordernis der Sachkunde, und damit bei eigenem Fehlen das der Hinzuziehung eines kompetenten Partners mit sich, BGH St 3, 11; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.36

te damit unmittelbaren Einfluss auf die Qualität der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes haben.

Auch hier ist (wie schon oben) zu beachten, dass die Anforderungen an zwei verschiedene Personen gestellt werden, zum einen an das ungeborene Kind – Behebbarkeit/Heilbarkeit dessen Schädigung – und zum anderen an die Mutter – eine Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung. In dem Fall, dass sich die Ursachen-Wirkung-Kette nicht auf zwei verteilen würde, wäre zu bejahen, dass über Normalbelastungen hinausgehend bzw. im Genesungsverlauf sich negativ hervorhebend nur das ist, was weder vollständig genesungsfähig, oder nicht einmal zu mildern oder mit einer Therapie zumindest teilweise zu kurieren ist.

Trotzdem spricht auch für die These der Kopplung zwischen Nichtbehebbarkeit der Behinderung beim Kind und der schwerwiegenden Beeinträchtigung i.S.v. § 218 a II StGB, dass ein weder mit vorübergehendem Erfolg therapierbares, noch ganz „heilbares“ Kind und seine Behinderung sicherlich eher für die Mutter über das normale Maß hinausgehende Belastungen sowohl während der Schwangerschaft, wie v.a. danach bereithält. Gerade durch die nicht änderbare Intensität der Schädigung kann die Gesundheitsbeeinträchtigung bei der Mutter konstant fortbestehen. Hingegen würde im umkehrten Fall bei kompletter Behebbarkeit der Schädigung des Kindes, d.h. diese ist entweder intrauterin oder postnatal vollkommen zu beseitigen, wie die durch Operation korrigierbare Lippen-Kiefer-Gaumen-Spalte, der Auslöser für die Gefahrenlage entfallen. Da dann ein gesundes, normales Kind vorläge, könnten auch nur „normale“ Belastungen bei der Mutter angenommen werden.

Ob mit dem Entfallen der (alleinigen) Ursache grds. auch die sich darauf gründende Gefahrenlage für die Mutter selbst entfällt, ist allerdings problematisch. Zwingend kann ein solcher Zusammenhang jedenfalls nicht angenommen werden.

Bejaht werden könnte dies im Zweifel nur dann, wenn die Schädigung des Kindes einziger Auslöser für eine in § 218 a II StGB n.F. vorgeschriebene Gefahr war. Gerade die Unterschiedlichkeit in der Konstitution, der umgebenden Situation, lässt keinen einheitlichen Schluss bei allen Schwangeren zu. Eine Mutter verkräftet diese behebbaren Behinderungen soweit, dass es bei ihr nicht zur Gefahr einer „schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes“ kommt. Hingegen kann eine andere Schwangere über den v.a. in der Zukunft auf sie zukommenden Belastungen zusammenbrechen, obwohl die Schädigung des Kindes gegenüber erst genannter sogar „besser“ therapierbar ist. Einheitliche Aussagen lassen sich wegen der Verschiedenheit der Personen, bei denen die jeweiligen Bedingungen eintreten müssen, nicht treffen.

Festzuhalten ist, dass eine Gefahr der „schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes“ für die Schwangere nicht notwendig eine nicht behebbare Behinderung beim Kind voraussetzt. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen trotz „Behebbarkeit“ eine in § 218 a II StGB näher spezifizierte Gesundheitsgefahr ausgelöst wird. Dies festzustellen obliegt wiederum dem Arzt.⁹⁷⁷ Sein durch Kompetenz geprägtes Urteil hinsichtlich einer Gefahrenlage für die Mutter kann nicht mit dem Hinweis ausgehebelt werden, dass die festgestellte Gesundheitsbeeinträchtigung wegen fehlender „Nichtbehebbarkeit“ der Schädigung beim Kind gar nicht vorliegen könne. Schließlich können auch völlig „gesunde“ Ungeborene i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation abgetrieben werden. Hier wie dort fallen mehrere Auslöserfaktoren für die Gefahr zusammen. Schon wenn die Behinderung des Ungeborenen /späteren Kindes „nur“ therapierbar ist und weitere Behandlungen eine bloße „Milderung“ mit sich bringen (würden), gerät die Befürwortung der Beeinträchtigung bei der Mutter unter der Voraussetzung einer gegebenen „nichtbehebaren“ Schädigung beim Kind ins Wanken. Wie erläutert⁹⁷⁸, unterfielen lt. Pluisch solche Kindeskrankheiten nicht dem Begriffsverständnis der Nichtbehebbarkeit. Das dann bspw. Phenylketonurie⁹⁷⁹ oder familiäre Hypercholesterinämie⁹⁸⁰ beim Kind, welche von Pluisch mit ihrer Therapierbarkeit als behebbar eingeordnet werden, mit Sicherheit auch die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes bei der Mutter ausschließen, ist zweifelhaft. In solchen Fällen kann die Belastung für die Frau nicht vollständig aus dem Weg geräumt werden. Sie währt höchstwahrscheinlich vielmehr zumindest während der Therapiepausen fort. Auch in diesen Fällen kann das über Normalbelastungen hinausgehende Maß während der Schwangerschaft und insbesondere danach erreicht werden. Es besteht die Möglichkeit, dass sich dadurch der Verlauf der Genesung einer bei der Mutter manifestierten Krankheit wesentlich negativer entwickelt.

Nach eben Gesagtem kann also nicht davon ausgegangen werden, dass die Nichtbehebbarkeit der Schädigung des Kindes unumgänglich gegeben sein muss, um eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes ebenfalls zu bejahen.

⁹⁷⁷ Zur ärztlichen Erkenntnis und ihren Folgen siehe weiter unten; Aufgrund dieser kann an dieser Stelle keine abschließende Stellungnahme zum Problem erfolgen.

⁹⁷⁸ S.o.

⁹⁷⁹ = PKU=Stoffwechselanomalie (Enzymdefekt), die unbehandelt, d.h. ohne Diät in den ersten Lebensjahren, zu schwerer, geistiger Behinderung führt. Durch phenylalaninfreie Kost entwickeln sich die Kinder normal.

⁹⁸⁰ Fettstoffwechselstörung, die durch erhöhte Lipoprotein- und Cholesterinkonzentration im Serum charakterisiert ist.

(2.4.) im Rahmen von „Konkretheit der Gefahrenlage“

Das Merkmal der Nichtbehebbarkeit der Schädigung des Kindes der ehemaligen eugenischen Indikation kann auch nicht im Rahmen der, zwar nicht ausdrücklich aufgeführten, aber aus dem ultima-ratio-Prinzip abgeleiteten „Konkretheit“ der Gefahrenlage Berücksichtigung finden.

Gewiss könnte bei einer vollkommen korrigierbaren, also heilbaren Behinderung, wie der Lippen-Kiefer-Gaumen-Spalte, die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines gesundheitlichen Schadens bei der Mutter sinken. Dass dies jedoch bei jeder Schwangeren eintritt, kann mit Blick auf die obigen Gründe bezweifelt werden. Schwierigkeiten tauchen v.a. dann auf, wenn keine komplette Behebbarkeit beim Kind angenommen werden kann. Schon Krankheiten, die unter Zuhilfenahme orthopädischer Mittel wie Krücken und einem Rollstuhl Erleichterungen bieten, können weiterhin wahrscheinlich Auslöser für eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr sein. Die letztlich entscheidende Beurteilung aber nimmt der Arzt vor.

(2.5.) im Rahmen des Merkmals der „Zumutbarkeit“

Ob die Nichtbehebbarkeit der Schädigung des ungeborenen Kindes weiterhin Anwendung über die Tatbestandsbedingung der „Zumutbarkeit“ der Gefahrenlage für die Mutter finden kann, soll erst nach näherer Erläuterung letzterer geprüft werden.⁹⁸¹

(3) Merkmal der „dringenden Gründe“ der Kindesschädigung

„Auf Seiten des Kindes“ wurde i.R.d. alten eugenischen Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB gefordert, dass dringende Gründe für die Annahme einer (nicht behebbaren) Schädigung beim Kind sprechen.⁹⁸²

Diese gesetzliche Formulierung wies daraufhin, dass nicht ohne eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Erkrankung, Entwicklungsstörung oder Anlageträgerschaft für eine

⁹⁸¹ Zumutbarkeit i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation unter Pkt. 3.b.(dd)

⁹⁸² Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.24

Erkrankung beim Ungeborenen der Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG zugelassen werden konnte.

(3.1.) Allgemeines

Ob ein Grad dafür vorausgesetzt werden musste, war umstritten. Bei Bejahung dessen war weiterhin unklar, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad dann zu fordern war.

Eine Generalisierung mittels bestimmter (statistischer) Wahrscheinlichkeitswerte schien der Wortlaut des Gesetzes anzumehmen. Unabhängig davon war man sich über die Tatsache im Klaren, dass nicht in jedem Einzelfall eindeutige Aussagen über den Schweregrad und die Ausprägung der diagnostizierten Schädigung möglich waren, so dass in prognostisch schwer einzuschätzenden Fällen es bei einem Unsicherheitsfaktor verblieb. Die medizinische Hauptursache lag darin, dass nur für einige Krankheitsbilder exakt diagnostiziertes und statisch ausgewertetes Material über den Einfluss des schädigenden Grundes auf die Entwicklung und Langzeitprognose der Krankheit vorlag.⁹⁸³

Darüber hinaus aber versuchte man Prozentzahlen für die dringenden Gründe festzulegen. Die Bandbreite der Meinungen in der Literatur reichte von 50%⁹⁸⁴ über 25 %⁹⁸⁵ bis zu Forderungen von bloßen 8-10 %⁹⁸⁶, 5 %⁹⁸⁷ oder 4 %⁹⁸⁸. Eser⁹⁸⁹ dagegen sprach sich gegen jede zahlenmäßige Begrenzung aus.

Einig war man sich nur darüber, dass auf der einen Seite kein sicherer Beweis (100%-ige Diagnose) für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals vorliegen musste; andererseits sollten nur vage Vermutungen ebenso nicht ausreichen.⁹⁹⁰

Eine Entscheidung dahingehend, ob die Lösung in „starren“ Prozentsätzen zu suchen gewesen wäre oder aber von der individuellen Entscheidung der einzelnen Frau mit Blick auf das Gesamtgefüge der ehemaligen eugenischen Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB a.F. hätte ab-

⁹⁸³ Pluisch, S.28 f

⁹⁸⁴ D/T, 47.Aufl., § 218 a, Rz.16

⁹⁸⁵ Lackner, 20.Aufl., § 218 a, Rz.8; Laufhütte/Wilkitzki, JZ 1976, S.332; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, Bnd. 1, Rz.21; in der amtlichen Begründung (BT-Drs.6/3434, S.24) geht man eindeutig davon aus, daß „...es ausreichte, wenn die Schädigung nur mit etwa 25%-iger Sicherheit vorausgesagt werden kann.“

⁹⁸⁶ Hiersche, Gynäkologie 1982, S.77; LK-Jähne, § 218 a, Rz.56

⁹⁸⁷ Lau in Lau, S.99

⁹⁸⁸ Vogel in Lau, S.99

⁹⁸⁹ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a Rz. 24; Ähnlich wie er hält auch Rudolphi in SK, § 218 a, Rz.32 „generalisierende Aussagen nur (für) schwer möglich.“ „Welcher Wahrscheinlichkeitsgrad für die Prognose zu fordern ist, ist...(dahingehend) zu bestimmen, welcher Risikograd der Schwangeren noch zumutbar ist.“ „Zu berücksichtigen ...ist unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit auch ...der Schweregrad sowie die individuelle Situation und die physische und psychische Konstitution der Schwangeren selbst.“

⁹⁹⁰ Pluisch, S.31; so ebenfalls Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.24; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.32

hängig sein sollen⁹⁹¹, muss aufgrund einer möglichen Weitergeltung dieser früheren Tatbestandsvoraussetzung innerhalb der nunmehrigen medizinisch-sozialen Indikation getroffen werden.

Da Expressivität und Intensität einzelner Krankheiten und Symptome beim ungeborenen Kind von Fall zu Fall variieren, erschien und erscheint ein Spielraum schon deswegen bei den Prozentangaben geboten.⁹⁹² In die gleiche Richtung zielt auch die Erkenntnis, dass es nicht um die Ausschaltung missgebildeter Kinder als solcher⁹⁹³, sondern um die Rücksichtnahme auf die Schwangere ging.⁹⁹⁴ Dies wiederum führte dazu, die dringenden Gründe, den Grad der Wahrscheinlichkeit der Schädigung beim Kind im Zusammenhang mit dem Gesamtgefüge⁹⁹⁵ zu sehen. Denn mit einem im voraus bestimmten Prozentwert ließ sich der auf die einzelne Schwangere bezogene Maßstab für die Unzumutbarkeit nicht fassen, da das Risiko selten so gering war, dass Eltern es als tragbar akzeptierten.⁹⁹⁶ Ferner sprachen auch die Durchsetzungsschwierigkeiten in der Praxis⁹⁹⁷ gegen festgelegte Risikozahlen und Wahrscheinlichkeitswerte.⁹⁹⁸

(3.2.) im Rahmen der Konkretheit der Gefahrenlage

Diese, an keinen speziellen Grad der Wahrscheinlichkeit der Schädigung des Kindes gebundenen dringenden Gründe könnten trotz Nicht-Vorhandenseins im Gesetzeswortlaut § 218 a II StGB auch weiterhin Geltung erlangen.

Möglicherweise könnten sie i.R.d. Konkretheit der Gefahrenlage Berücksichtigung finden.

Denn ebenso wie eine Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bei dem Ungeborenen bzw.

Geborenen gefordert wurde, dürfen auch die gesundheitlichen Gefahren für die Mutter gem. §

⁹⁹¹ Zur detaillierten Auseinandersetzung, vgl. Pluisch, S.32 ff

⁹⁹² Pluisch, S.32

⁹⁹³ Wegen bevölkerungspolitischer oder „wohlverstandener“ Interessen

⁹⁹⁴ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.24; Pluisch, S.32; BT-Drs.6/3434, S.23

⁹⁹⁵ Den früheren Tatbestandsmerkmalen der eugenischen Indikation, speziell dort der Unzumutbarkeit

⁹⁹⁶ Pluisch a.a.O.; D/T, 46. Aufl., Rz.16 spricht davon, daß in fast allen Fällen (der p.D.), „...die Schwangere hier schon vorab zum SSA bereit (wäre), ...das Vorliegen eines krankhaften Befundes in nahezu allen Fällen den Tod (für das Ungeborene) bedeuten...“ würde. s.a. Hepp, Dimensionen, S.6: „Eine konsumbewusste Frau fordert heute eine 100 %-ige Sicherheit.“

⁹⁹⁷ Zu ähnlichen Schwierigkeiten bei der „Konkretheit“ der Gefahrenlage für die Mutter s.o.

⁹⁹⁸ Neben dem maßgeblichen Gesichtspunkt der Rücksichtnahme auf die schwangere Mutter sprach gegen eine prozentual festgeschriebene Wahrscheinlichkeit auch, daß es höchst fraglich war, „...ob der Gesetzgeber während der Schaffung des Gesetzes mit Blick auf die beschränkten technischen Möglichkeiten überhaupt willens und in der Lage war, Wahrscheinlichkeitswerte einzuführen.“ Negativ an solch einer Auslegung der dringenden Gründe war allerdings, daß ein überwiegender Teil von gesunden Föten bewußt getötet wurde, was die ethische Vertretbarkeit der Lösung erheblich erschwerte, Kritik bei D/T, 46.Aufl., § 218 a, Rz.16

218 a II StGB n.F. nicht „aus der Luft gegriffen sein“; konkrete Anhaltspunkte müssen dafür vorliegen.⁹⁹⁹ Sollen aber das Austragen und die Geburt eines behinderten Kindes anerkanntermaßen¹⁰⁰⁰ Auslöser für eine voraussichtlich unvermeidbare Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr der Mutter sein können, so muss auch diese ausschlaggebende Ursache zumindest nicht vollkommen unwahrscheinlich sein, sich nur auf vage Vermutungen stützen können. Das folgt aus der Tatsache, dass, wenn überhaupt keine Wahrscheinlichkeit für eine Schädigung des Ungeborenen nach dem Durchlauf verschiedener pränataldiagnostischer Untersuchungen besteht, sich die in § 218 a II StGB geforderte und von einem sachkompetenten Arzt diagnostizierte, reale Gefahrenlage für die Schwangere auch nicht auf die Möglichkeit eines geschädigten Kindes gründen kann. Abgetrieben werden kann dann zwar trotzdem; jedoch kommt es bei einem gesunden Fötus zum Schwangerschaftsabbruch.

Problematisch ist der Einfluss der Schädigungswahrscheinlichkeit beim Kind auf die Wahrscheinlichkeit i.S.d. geltenden medizinisch-sozialen Indikation hingegen, wenn erstere einen zumindest geringen Prozentwert ausmacht. Mit anderen Worten: kann selbst ein 1%-iges Risiko der Behinderung des Kindes eine konkrete Lebens- oder Gesundheitsgefahr der Schwangeren nach sich ziehen? Müsste nicht gefordert werden, dass erst ab einem bestimmten Risikowert auch die Gefahrenlage bei der Mutter die Schwelle der bloßen Vermutungen und nicht auf tatsächliche Umstände gegründeten Wahrscheinlichkeit überschreitet? Wie festgestellt wurde, lässt und ließ sich die Lösung hinsichtlich der dringenden Gründe nicht anhand starrer Prozentsätze festmachen.¹⁰⁰¹ Damit kann grds. nicht die Möglichkeit verneint werden, auch geringere Wahrscheinlichkeitsgrade beim Kind als ausschlaggebende Ursache für die greifbare Gefahrenlage bei der Frau anzusehen. Dass ein Wahrscheinlichkeitsgrad auch von unter 10% für eine Lebens-bzw. Gesundheitsgefahr ausreicht, lässt sich insoweit begründen, als dass das geringe Risiko für den Eintritt der Behinderung die jeweils bei der Frau vorliegende Angst nicht unbedingt kleiner erscheinen lässt. Schließlich hat sie in dem Fall, das sich das statistische Risiko verwirklicht, dieses allein zu 100 % zu tragen. Eine Mitteilung bestimmter Risikozahlen kann für die betroffene Schwangere zwar sicher eine Hilfe und Erleichterung sein; andererseits bestimmt sich die Bewertung des Risikos aufgrund des jeweiligen subjektiven Erlebens ganz unterschiedlich. So kann dann auch eine nur 4%-ige Verwirklichungschance, also eine objektiv gesehen geringe Chance, von der Schwangeren aber als zu hoch erachtet werden und eine Gefahrenlage aufbauen. Unter Beachtung der sich in der Gesellschaft ausbreitenden „neuen Ethik“, welche bewirkt, dass möglichst nur noch „perfekte“ Kinder in eine

⁹⁹⁹ Vgl. oben unter „Konkretheit“

¹⁰⁰⁰ Vgl. Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.498; BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3015

¹⁰⁰¹ S.o.

„perfekte Welt“ herein geboren werden, scheint es ausgeschlossen, eine individuelle Gewichtung und die sich daran anschließende Gefahrenlage abzulehnen.

Da wiederum zwei Personen bewertet werden, einmal der Fötus / das Kind und zum anderen die Frau, kann sich aufgrund der Subjektivität beider eine Unterschiedlichkeit zwischen den abstrakt ermittelten Wahrscheinlichkeitswerten bei dem einen und der Auswirkung beim anderen ergeben. In die Einschätzung des durch prozentuale Angaben vorliegenden Risikos fließen die verschiedensten Gründe der Mutter ein: vorhandene persönliche Erfahrungen, solche aus dem Verwandtschafts- und Freundeskreis, das soziale Umfeld und v.a. die Persönlichkeitsstruktur der Frau. Dies hat zur Folge, dass die Wahrscheinlichkeit der Schädigung des Kindes zwar in der Forderung von § 218 a II StGB – tatsächlich vorhandene, erheblich wahrscheinliche Gefahr für Leben oder Gesundheit der Mutter – Beachtung findet; letztlich entscheidend ist jedoch, und das unabhängig vom Wahrscheinlichkeitsgrad des Eintritts beim Kind, dass stichhaltige Anhaltspunkte für die Gefahr i.S.d. medizinisch-sozialen Indikation vorliegen. Ob letzteres gegeben ist, obliegt der Beurteilung des Arztes.

Festgehalten werden kann, dass auch eine 100% -ig sichere Diagnose beim Kind nicht zwingend die aufgeführte Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr bei einer „starken“ Mutter auslösen muss; eine geringere dies aber bspw. bei einer weniger stabilen Frau kann.

(4) Merkmal der Schädigung beim Kind

Weiter forderte die ehemalige eugenische Indikation auf Seiten des erwarteten Kindes, dass dessen Schädigung von einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt herrührte, und so schwer wog, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden konnte.

(4.1.) Art und Schwere der Kindeschädigung

Unter Schädigung war dabei jeder physische oder psychische Krankheitszustand zu verstehen, der, ebenso wie die Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation, einem spezifischen Krankheitsbild entsprechen musste.¹⁰⁰² Nicht hinzu zählten

¹⁰⁰² Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.22; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.211ff; Pluisch, S.22 umschreibt es so, daß „...diejenigen körperlichen, seelischen oder geistigen Beeinträchtigungen (darunter gefaßt werden), die

also anlage- oder umweltbedingte Störungen des allgemeinen Wohlbefindens oder einer normalen Persönlichkeitsentwicklung. Vielmehr setzte das Gesetz einen realen Befund bzw. eine Diagnose hinsichtlich der Gesundheit des Kindes voraus.¹⁰⁰³ Von daher war und ist es abzulehnen, der „Unerwünschtheit“ eines Kindes, auch aufgrund seines Geschlechts¹⁰⁰⁴, Krankheitswert zuzumessen und diese somit als „Schädigung“ zu interpretieren.

Die Schädigung unterfiel aber nur dann der eugenischen Indikation, wenn sie entweder auf einer Erbanlage oder schädlichen Einflüssen vor der Geburt, also pränatalen Schadensursachen beruhte.¹⁰⁰⁵ Die Art hingegen – körperlicher¹⁰⁰⁶, seelischer¹⁰⁰⁷ oder geistiger¹⁰⁰⁸ Natur – war gleichgültig.¹⁰⁰⁹

Problematisch gestaltete sich dagegen die Bestimmung, wann eine Schädigung auch so schwer wog, dass die Fortsetzung nicht von der Schwangeren verlangt werden konnte, also die des Schweregrades. Umstritten war hier insbesondere, ob die Beurteilung der Schwere der Fehlbildung beim Kind ausschließlich ausgerichtet an der Zumutbarkeit für die Mutter – „schwangerenorientierte“ Sicht - erfolgen¹⁰¹⁰ oder sich unabhängig davon an einem nach objektiven Kriterien zu bestimmenden Mindestmaß an Schwere – „schadensorientierte“ Sicht¹⁰¹¹ – orientieren sollte.¹⁰¹² Obwohl der Gesetzestext auf den ersten Blick mit dem Gebrauch der Worte „schwer wiegt“ scheinbar allein auf die Schwangere abhob und somit als Beurteilungsmaßstab der Schwere den Grad der durch die Schädigung auf die Frau zukommenden

auf einen diagnostizierbaren, organischen Befund zurückführbar sind und außerhalb des Normbereichs des Gesunden liegen. Demgegenüber verneint Jähnke in LK, § 218 a, Rz.52 das Erfordernis eines bestimmten Krankheitsbildes“.

¹⁰⁰³ So ausdrücklich Pluisch, S. 22 --- Damit kam es schon mangels Schädigung nicht zum Abbruch aus eugenischer Indikation, wenn bspw. der Fötus (heterozygoter) Überträger einer erblichen Krankheit war, z.B. bei x-chromosomal rezessiven Erblichen, d.h. selbst gesund war und ein Leben ohne „eigenes“ Leiden und ohne Verkürzung seiner Lebenserwartung führen konnte.

¹⁰⁰⁴ Solchen Tendenzen, das „falsche Geschlecht“ als Grund für die Schwangerschaftsunterbrechung zu nehmen, wollte offenbar das BVerfG in seinem 2.Urteil zum Recht des SSA vorbauen, indem es ein Verbot, den Eltern das Geschlecht des ungeborenen Kindes mitzuteilen, forderte. (E 88, 293) Nachgekommen ist der Gesetzgeber des SFHÄndG dieser Aufforderung nicht. Ob damit, wie Beckmann (MedR 1998, S.157) es befürchtet, Abtreibungen zur selektiven Auswahl nach dem Geschlecht genutzt werden könnten, indem der Anwendungsbereich der medizinisch-sozialen Indikation eröffnet wäre, bleibt fraglich. Zwar erscheint eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr für die Mutter wegen des „unerwünschten“ Geschlechtes des Kindes unwahrscheinlich; völlig auszuschließen sind diese – v.a. bei ausländischen Frauen und Mädchengeburten – jedoch nicht.

¹⁰⁰⁵ Vgl. genauer Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.212; Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.23

¹⁰⁰⁶ Wie Mißbildungen, Verkrüppelungen von Gliedmaßen, Stoffwechselkrankheiten, Defekten bei Sinnesorganen

¹⁰⁰⁷ Wie Psychosen, Epilepsie

¹⁰⁰⁸ Wie Schwachsinn, Schizophrenie

¹⁰⁰⁹ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.22; LK-Jähnke, § 218 a, Rz.52

¹⁰¹⁰ Individuelle Belastungsgrenze und –bereitschaft mit Abstellen auf den Einzelfall, so z.B. Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz. 27; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.34; Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.126

¹⁰¹¹ LK-Jähnke, § 218 a, Rz.53; ähnlich auch Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.216; D/T, 46.Aufl., § 218 a, Rz.15

¹⁰¹² Zur Streitdarstellung zwischen den beiden Ansichten ausführlich Pluisch, S. 38 ff

Belastungen favorisierte, musste die einen gewissen objektiven Schweregrad der Miss-/ Fehlbildung fordernde Meinung vorgezogen werden. Denn mittels Auslegung ließ sich die von Anhängern der schwangerenorientierten Sicht und der gängigen Praxis¹⁰¹³ vertretene ausschließlich subjektive Interpretation des Tatbestandsmerkmals „schwer wiegt“ nicht halten. Vielmehr sprachen weder der Wortlaut, noch die systematische Stellung im Gesetz¹⁰¹⁴, noch die Entstehungsgeschichte noch teleologische Gesichtspunkte für eine derartige Deutung.¹⁰¹⁵ Auf die genauen Argumente hierzu soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden; nur so viel: gerade diese, einen gewissen Schweregrad der kindlichen Schädigung fordernde und damit leichtere, geringfügigere Krankheiten vom Schwangerschaftsabbruch ausschließende Ansicht fand als objektive, den Lebensschutz des Ungeborenen betonende ihre Verankerung im Gesetz. Eine solche bildete eine hinreichend fassbare Wertungsrichtlinie und vermied „Schwangerschaften nach Maß“¹⁰¹⁶, was zuvorderst auch im Interesse des Gesetzgebers gestanden hatte.

Ob diese Anforderung einer in der Art beliebigen und der Schwere an ein Mindestmaß gebundenen Fehl- bzw. Missbildung des Ungeborenen i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation weiterhin zur Geltung gelangen kann, soll nunmehr untersucht werden.

(4.2.) Berücksichtigung im Rahmen der „Lebensgefahr“ für die Schwangere

Einig ist man sich darüber, dass Auslösfaktor für die in § 218 a II StGB geforderte Gefahrenlage die Schädigung ist; bestimmte Ausformungen dieser sind dem ersten Anschein nach nicht notwendig.¹⁰¹⁷ Demzufolge könnte die früher an ein nach objektiven Kriterien zu bestimmendes Maß gebundene Schwere der Kindeschädigung nunmehr nicht mehr an Geltung erfahren. Unabhängig von den Schwierigkeiten, eine solche Mindestschwere zu bestimmen, ist fraglich, ob eine solche i.R.d. von § 218 a II StGB vorausgesetzten Lebensgefahr Berücksichtigung finden kann.

Es könnte bspw. behauptet werden, dass nur eine den bestimmten Schweregrad überschreitende Schädigung des Ungeborenen überhaupt in der Lage wäre, eine so bedrohliche Gefahr

¹⁰¹³ Die sich so darstellte, daß die Schwangere mehr oder weniger selbst die Indikation zum SSA aus eugenischen Gründen stellte und der Arzt diese mit seiner Unterschrift formal „absegnete“

¹⁰¹⁴ Ausnahmegesetz vom grds. Abtreibungsverbot

¹⁰¹⁵ Genauer mit Argumenten hierzu: Pluisch, S.44 ff

¹⁰¹⁶ Bei solchen besitzen die Eltern die Bestimmungsgewalt darüber, bei welchen „Störungen“ des Kindes ein SSA durchzuführen ist.

für die schwangere Mutter auszulösen wie die Lebensgefahr. Insoweit würde die kindliche Schädigungsschwere von entscheidender Bedeutung für die medizinisch-soziale Indikation bleiben.

Obige Frage muss deshalb verneint werden, weil, wie schon mehrfach erwähnt, es sich um zwei verschiedene, wenn auch notwendig vereinte¹⁰¹⁸ Personen handelt, bei denen die jeweiligen Voraussetzungen eintreten müsst(t)en. Einerseits ist es das ungeborene Kind, welches eine „schwere“, weil über ein Mindestmaß hinausgehende, Schädigung aufweisen müsste, andererseits muss bei der Mutter eine Lebensgefahr auftreten. Da ein wahrscheinlicher Schädenseintritt am Leben der Mutter einen Schaden von gewissem Schweregrad erfordert, könnte angenommen werden, dass diese Gefahr auch einen ihr entsprechenden Auslöser haben müsste.

Zwar ist die Möglichkeit der ursächlichen Verbindung zwischen tatsächlich schwerer Schädigung beim Kind und Lebensgefahr der Frau nicht auszuschließen, eine Notwendigkeit der Folge besteht jedoch nicht.

Demnach könnte auch eine unter dem „nötigen Schweregrad“ liegende kindliche Schädigung die das Leben bedrohende Gefahr für die Frau auslösen, je nach deren Konstitution und weiteren individuell bestimmten Faktoren abhängig. Gestützt wird dies dadurch, dass § 218 a II StGB n.F. seinem Wortlaut nach nur auf die Schwangere abhebt; allein ihr gesundheitliches Wohlergehen ist entscheidend.

Das Ungeborene und seine körperliche, seelische oder geistige Verfassung erhalten vom Gesetzestext keinen Rückhalt.

Damit kann eine bestimmte Schädigungsschwere über das Merkmal der Lebensgefahr keine Anwendung finden.

(4.3.) Berücksichtigung im Rahmen der „schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“

Zum gleichen Ergebnis der Nichtberücksichtigung eines „Mindestschweregrades“ beim Kind gelangt man bei der Tatbestandsbedingung der schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren.

¹⁰¹⁷ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.39; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.8; Hennies, ArztR 1998, S.128; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.500

¹⁰¹⁸ Das BVerfG (E 88, 203 ff) spricht von der „Zweiheit in Einheit“ zwischen Schwangerer und Ungeborenem.

Auch dort könnte geltend gemacht werden, dass eine dem entsprechende gesundheitliche Beeinträchtigung bei der Mutter nur vorliegt, wenn auch das Ungeborene eine nicht nur geringe physische bzw. psychische Krankheit mit spezifischem Bild aufweist. Anders ausgedrückt würde dann eine über das „Normale“ hinausgehende, Spuren bei der Frau hinterlassende körperliche bzw. seelische Krankheit im medizinischen Sinne¹⁰¹⁹ entfallen, soweit es sich nicht um eine das Mindestmaß erreichende Schädigung handelte. Mit Verweis auf den schon oben aufgeführten Grund der „Zweiheit in Einheit“ und daher einer nur möglichen Verbindungskette des Auftretens beim einen und zusätzlich beim anderen, muss dies verneint werden. Es kann deshalb nicht gesagt werden, dass „geringe“ Schädigungen beim Kind¹⁰²⁰ keine über das Normalmaß hinausgehende Belastung der Gesundheit bei der Mutter auslösen können. Denn sonst müsste geschlussfolgert werden, dass ebengenannte kindliche Fehl-/Missbildungen auch keinesfalls eine Lebensgefahr verursachen könnten.¹⁰²¹ Dagegen ist aber einzuwenden, dass die medizinisch-soziale Indikation lediglich eine Gefahr für die Mutter vorausgesetzt und deren Eintreten insbesondere von der Schwangeren eigenen Konstitution – körperlicher, geistiger wie seelischer Art –, von ihrem Umfeld und deren Reaktion auf ein behindertes Kind, eigenen Einstellungen/Ansichten und, nicht zu vergessen, ihrer Reife abhängt. Dabei kann festgehalten werden, dass bspw. eine Frau eine tatsächliche, schwere Behinderung ihres Fötus¹⁰²² ohne größere Probleme verkraften kann und eine andere selbst über einer „leichten“¹⁰²³ Schädigung zusammenbricht.¹⁰²⁴ Die gesundheitliche Reaktion variiert von Schwangerer zu Schwangerer und kann daher nicht auf einen bestimmten Grad der Schwere beim Ungeborenen festgelegt werden.

Zu beachten ist weiterhin, dass im Rahmen der „reinen“¹⁰²⁵ medizinisch-sozialen Indikation selbst – wie bereits mehrfach erwähnt – völlig gesunde Kinder die geforderte Gefahrenlage auslösen und damit zum Schwangerschaftsabbruch führen können.

Im Ergebnis kann somit die nach objektiven Kriterien zu bestimmende „Mindestschwere“ der kindlichen Schädigung auch über die Gefahr der „schwerwiegenden Beeinträchtigung des

¹⁰¹⁹ S.o. Interpretation der „Beeinträchtigung des .. Gesundheitszustandes“ als Krankheit im medizinischen Sinne

¹⁰²⁰ Welche Schädigungen beim Kind als „gering“ und welche als „schwer“ und somit über dem Mindestmaß liegend einzuordnen sind, war und ist umstritten. Vgl. zum „alten“ Recht Pluisch, S.53 ff – Als zweifellos „gering“ kann jedoch nach Ansicht der Verfasserin die Lippen-Kiefer-Gaumen-Spalte angesehen werden.

¹⁰²¹ Gerade dieser Fall ist in der Bonner Uniklinik eingetreten. Ein Kind mit „Hasenscharte“ wurde dort abgetrieben, weil die Mutter suizidgefährdet war, vgl. Spiegel Nr.27/1999, S.35

¹⁰²² Da es die Trisomie 21 in verschiedenen Ausformungen gibt, soll in diesem Beispielfall von einer mit erheblichen Miß- und Fehlbildungen ausgegangen werden.

¹⁰²³ Z.B. ein Klumpfuß und die Hüftgelenkluxation

¹⁰²⁴ Vgl. Spiegel-Magazin, Nr.27/1999, S.34

¹⁰²⁵ Dieser Begriff wird von Tröndle(NJW 1995, S.3015) zur Beschreibung der soziale Elemente nicht berücksichtigenden „medizinischen Indikation“ verwandt.

körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren“ keine weitere Anwendung finden.

(4.4.) Berücksichtigung im Rahmen der „Zumutbarkeit“ für die Mutter

Ob dies möglicherweise über das in § 218 a II StGB n.F. enthaltene Tatbestandsmerkmal der Un-/Zumutbarkeit geschehen kann, soll erst an weiter unten folgender Stelle der Arbeit untersucht werden.

cc) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass nach ärztlicher Erfahrung zwar der Nachweis wie auch der „bloße“ Verdacht eines Kindes mit Schädigung(en) zu erheblichen psychischen, u.U. somatischen, Belastungen für die Schwangere und damit zu den in § 218 a II StGB vorgeschriebenen gesundheitlichen Gefahrenlagen führen kann¹⁰²⁶, spezielle Anforderungen an die Fehl- bzw. Missbildung des Ungeborenen zur Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Gefahrensituationen jedoch nicht gestellt werden können. Insbesondere ist es nicht möglich, die früheren „Voraussetzungen auf Seiten des Kindes“ i.R.d. tatbestandlichen Bedingungen der Lebens- oder Gesundheitsgefahr „unterzubringen“.

Dies entspricht auch den Vorgaben durch den Gesetzeswortlaut. Ob allerdings eine Berücksichtigung über das Merkmal der „Zumutbarkeit“ noch in Frage kommt, ist erst an späterer Stelle zu prüfen.

dd) Ärztliche Erkenntnis

Maßstab für das Urteil über das Vorliegen der in § 218 a II StGB n.F. vorausgesetzten konkreten Gefahr für das Leben bzw. der Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des

¹⁰²⁶ So Hepp, Dimensionen, S.5

Gesundheitszustandes und darüber hinaus auch für die Unausweichlichkeit des Schwangerschaftsabbruches ist die ärztliche Erkenntnis.¹⁰²⁷

(1) Allgemeines

Da die ärztliche Erkenntnis sich gemäß dem Wortlaut des § 218 a II auf alle Tatbestandsmerkmale erstreckt, ist damit den Medizinern die Kompetenz zugewiesen worden, über die Bejahung oder Verneinung der medizinisch-sozialen Indikation und ihrer Voraussetzungen zu entscheiden.¹⁰²⁸ Diese hervorgehobene Rolle bringt jedoch nicht nur „Macht“ mit sich, sondern ebenfalls die gesamte Verantwortung und wurde dementsprechend von einigen Seiten¹⁰²⁹ als „Zumutung“ an die Ärzteschaft kritisiert, weil diese der zugewiesenen Aufgabe weitgehend nicht gewachsen wäre.

Zu beachten ist gleichfalls eine weitere Komponente: die Machtfülle birgt ebenso die Gefahr des Machtmissbrauchs¹⁰³⁰, welche durch die Rspr. zur ärztlichen Erkenntnis und deren Einräumung eines „Beurteilungsspielraumes“¹⁰³¹ noch verstärkt wird. Zwar ist die Einschätzung der Gefährdung für die Mutter durch den Arzt richterlicher Erkenntnis nicht gänzlich entzogen, da auch sie objektiven Grundsätzen folgen muss.¹⁰³² Doch ist die Weite der Überprüfbarkeit zugunsten des Beurteilungsspielraumes mit der Erwägung eingeschränkt, dass nicht dem Arzt zugemutet werden könne, das volle strafrechtliche Risiko einer (aus der späteren Sicht anderer Personen) objektiv falschen Entscheidung zu tragen – dies um so weniger, als die Fassung des Gesetzes wertende Entscheidungen¹⁰³³ verlangt, die zwangsläufig in erheblichem Umfang nicht oder jedenfalls nicht voll objektivierbar sind.¹⁰³⁴

Vorliegend obliegt es also dem Arzt, Art und Schwere der Gefahr des § 218 a II StGB n.F. sachverständig zu beurteilen.¹⁰³⁵ Hinsichtlich der Art der Gefahrenlage muss der Arzt, welcher lediglich „als Arzt“ approbiert sein und nicht unbedingt auch die Facharztqualifikati-

¹⁰²⁷ Zur Deutung dieses Begriffes siehe unter Pkt. Teil 2.B.III.2.a.aa)

¹⁰²⁸ Siehe Koch, Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.7

¹⁰²⁹ Z.B. Beulke, FamRZ 1976, S.602; ebenso Pluisch, S. 83 spricht – allerdings für die Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation – von einer „...Überbürdung der Entscheidungskompetenz.“; ähnlich Lackner, NJW 1976, S.1237; Hepp, Gynäkologie 1996, S. 410

¹⁰³⁰ Beulke, FamRZ 1976, S.602

¹⁰³¹ Zur Auseinandersetzung dazu ausführlich Eser, Baumann-FS, S.155 ff; auch Hülsmann, NJW 1992, S.2337

¹⁰³² So BGHSt 38, 144 ff (152); Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.498; Im Gegensatz zur ärztlichen Erkenntnis war der eindeutig objektive Charakter der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft anerkannt.

¹⁰³³ Bspw. „schwerwiegend“; „zumutbare Weise“

¹⁰³⁴ BGH St 38, 144 ff (153)

¹⁰³⁵ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.36

on¹⁰³⁶ innehaben muss, zwischen einer konkreten Gefahr für das Leben oder einer konkreten Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren unterscheiden. Von der Schwere wird die „Ernsthaftigkeit“ bei der Lebensgefahr bzw. das „Schwerwiegen“ bei der Gesundheitsgefahr umfasst. Der Arzt ist nun verpflichtet, gewissenhaft und den ärztlichen Standards¹⁰³⁷ entsprechend den jeweils zugrunde liegenden Sachverhalt aufzuklären und unter Einbeziehung aller erkennbaren und bekannten Umstände festzustellen, ob die Schwangere den Belastungen von Schwangerschaft, Geburt und Mutterschaft gesundheitlich gewachsen ist.¹⁰³⁸ Die Grenzen der Belastbarkeit können entsprechend der Gesetzesforderung von ihm nicht ohne Rücksicht auf die gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse bestimmt werden. Mit Blick auf die eugenischen Fallkonstellationen, die keine tatbestandliche Ausformung erhalten haben, muss der Arzt demzufolge auch nur deren gesundheitliche Auswirkungen auf die Mutter diagnostizieren. Er kann somit zum einen keine (Gefälligkeits)Indikation lediglich aus dem Grund annehmen, weil die Schwangere kein behindertes Kind möchte, also allein ein auffälliger Befund beim Ungeborenen gegeben ist. Vielmehr sind, wie bei „gesunden“ Ungeborenen, konkrete Anhaltspunkte für eine tatsächliche Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr i.S.d. § 218 a II StGB n.F. zu fordern.¹⁰³⁹

Die sorgfältige Aufklärung der dazu für die Schwangere führenden Ursachen stößt hingegen an die Grenzen der Kompetenz des einzelnen Arztes. Die genaue Diagnostizierung der Behinderung des Kindes hinsichtlich Art, Schwere und Auswirkungen fällt in den Bereich des Genetikers¹⁰⁴⁰, wohingegen die medizinisch-soziale Indikation zumeist vom Gynäkologen gestellt wird.¹⁰⁴¹ Eine umfassende Beratung und Betreuung der Frau durch diesen könnte wahrscheinlich in vielen Fällen deren Angst vor einer bedrohlichen Miss-/Fehlbildung des Embryos/Fötus nehmen, so eine den § 218 a II StGB erfüllende Gefahrenlage vermieden und der Wunsch nach einem (wenn „auch behinderten“) Kind realisiert werden.¹⁰⁴²

¹⁰³⁶ Eine Beschränkung auf die Qualifikation ist nicht vorgeschrieben, standesrechtlich ist es jedoch nicht statthaft, sich auf einem Fachgebiet zu betätigen, in dem die jeweilige Kompetenz nicht nachgewiesen ist, vgl. BT-Sonderausschußprot., 7. WP, 76. Sitzg., S. 2431

¹⁰³⁷ Der BGH (St 38, 144 (152)) spricht davon, daß die „...ärztliche Erkenntnis“ ihre Bezeichnung aus der Tatsache verdient, daß der Arzt die Regeln seines Berufes beachtet.

¹⁰³⁸ Er ist jedoch nicht gehalten, sich gleichsam als Ermittlungsbehörde zu betätigen und umfassend aufzuklären, vgl. Hülsmann, NJW 1992, 2336; BT-Drs. 7/4696, S. 7 f

¹⁰³⁹ BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3015; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S. 500

¹⁰⁴⁰ So für die ehemalige eugenische Indikation von Schmitt, JZ 1975, S. 359 gefordert

¹⁰⁴¹ Das überhaupt eine Indikationsstellung erfolgen muß, läßt sich § 218 b Abs. 1 StGB entnehmen.

¹⁰⁴² So auch die Ministerin der Justiz, Däubler-Gmelin in einem „Spiegel“ Interview, Nr. 27/1999, S. 35. Sie hält „viel von dem Vorschlag, bei der Indikationsstellung eine zweite Meinung, möglichst die eines Kinderarztes, einzuholen.“

(2) Berücksichtigung der „Kindesvoraussetzungen“ gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG

Schwierigkeiten bereitet auch die Frage nach der Beachtung der Tatbestandsvoraussetzungen der ehemaligen eugenischen Indikation.

Zwar unterliegen der ärztlichen Erkenntnis nur die gem. § 218 a II StGB n.F aufgestellten Anforderungen an die Mutter, allerdings können die früher der anderen Ausnahmegesetz zugeordneten eugenischen Bedingungen anerkanntermaßen Auslöser für die medizinisch-soziale Indikation sein.

Nun könnte man annehmen, dass gerade die „ärztliche Erkenntnis“ mit ihrer Einbeziehung über rein medizinische Aspekte hinaus von „allen ärztlich bedeutsamen Faktoren“ die Interessen des Ungeborenen und die ihn schützenden früheren Voraussetzungen der eugenischen Indikation in besonderer Weise mitberücksichtigen kann. Denn mit den ärztlich Bedeutsamen werden all diejenigen Umstände erfasst, die durch das Berufsbild des Arztes berührt werden. Als einige von diesen gehören seit dem Altertum unabhängig von weltanschaulichen Richtungen der Schutz, die Erhaltung und Förderung des menschlichen Lebens, auch des keimenden¹⁰⁴³, dazu. Diese Ausrichtung des ärztlichen Denkens und Handelns ist im hippokratischen Eid verankert, und wurde im Genfer Gelöbnis des Weltärztebundes von 1948 und der Deklaration von Oslo 1970 bestätigt und als Bestandteil der Berufsordnung mit Gültigkeit ausgestattet.¹⁰⁴⁴

Mit der Einbeziehung der „ärztlich bedeutsamen Faktoren“ und der Bewertung, was „bedeutsam“ ist, gewinnt aber auch die subjektive Einschätzung des im Entscheidungsgeschehen stehenden Arztes an Bedeutung.¹⁰⁴⁵ Diese schließt gerade ein, dass gleichfalls die subjektiven Vorstellungen und Empfindungen der Schwangeren mitberücksichtigt und der unterschiedlichen Belastungsfähigkeit und Belastungsbereitschaft verschiedener Frauen bei objektiv gleichen Konfliktsituationen Rechnung durch den Arzt getragen wird.¹⁰⁴⁶ Damit aber besteht bei den „eugenischen“ Fallkonstellationen innerhalb des § 218 a II StGB n.F. die Gefahr, dass die schützenswerten Belange des ungeborenen, vielleicht behinderten, Kindes – wie ein unbedingter, von Abwertung und Diskriminierung freier Lebensschutz – zu kurz geraten. Gleich-

¹⁰⁴³ Hepp, Dimensionen, S.3

¹⁰⁴⁴ Vgl. vorige Fußnote – Im Gelöbnis der Berufsordnung (BO) heißt es: „...ich werde jedem Menschenleben von der Empfängnis an Ehrfurcht entgegenbringen.“ Und in § 5 BO: „...Der Arzt ist grds. verpflichtet, das keimende Leben zu erhalten.“

¹⁰⁴⁵ Eser, Baumann-FS, S.174, geht davon aus, daß der Gesetzgeber „...nicht nur die Erhebung aller relevanten Faktoren, sondern auch die auf dieser Basis zu treffende Diagnose und Prognose...der ärztlichen Erkenntnis überantwortet hat.“; Ähnlich Hülsmann, NJW 1992, S.2336 f

¹⁰⁴⁶ Siehe Eser, Baumann-FS, S.175

zeitig könnten die Interessen und Wünsche der Schwangeren, bspw. nach einem „perfekten“ Kind, überhand nehmen und dominierend auf den Arzt einwirken. Dieser könnte zum bloßen Dienstleistenden im Auftrag der Schwangeren degradiert werden.¹⁰⁴⁷ V.a. führt die persönliche Beurteilung durch den Arzt dazu, dass die den Schutz des ungeborenen Kindes bezweckenden ehemaligen Voraussetzungen, wie die Nichtbehebbarkeit der Schädigung, Anforderungen an den Wahrscheinlichkeits- und Schweregrad dieser, nicht an Bedeutung innerhalb der durch die medizinisch-soziale Indikation geforderten Gefahrenlage gewinnen. Diese lassen der unterschiedlichen Belastungsfähigkeit und –bereitschaft verschiedener Frauen keinen Platz. Die Tatsache, dass bei einem objektiv „gleich schwer behinderten“ Kind einmal die Schwangere diese Problemsituation ohne gesundheitliche Komplikationen meistern kann; eine andere Mutter hingegen darüber zusammenbricht, würde bei der weiteren Prüfung der nicht mehr im Tatbestand aufgeführten Bedingungen unberücksichtigt bleiben.

Generalisierende Angaben über die Auswirkungen von Schädigungen des Embryos/Fötus auf die Schwangere sind in der ärztlichen Praxis daher nicht möglich. Schwierig gestaltet sich i.R. der ärztlichen Erkenntnis auch die Beantwortung der Frage, wie konkret die Gefahrensituation für die Mutter ist, wenn die Belastung mit dem ebenfalls nur mit 25 %-iger Sicherheit geschädigten Kind erst nach der Geburt eintritt und sich auf die Gesundheit auszuwirken beginnt? Prognoseentscheidungen genügen zwar¹⁰⁴⁸, doch verlieren diese schon aufgrund der Länge des zu beurteilenden Zeitraumes an Genauigkeit. Die ärztliche Erkenntnis kann hier nicht leicht fallen.

Festzuhalten bleibt, dass sich die „ärztliche Erkenntnis“ nur auf die in § 218 a II StGB explizit aufgeführten Voraussetzungen erstreckt.

Als positiv erweist sich diese Nichtbeachtung der Anforderungen an das Ungeborene v.a. darin, dass dem Arzt eine leichtere, weil eindeutig im Gesetz vorgeschriebene, Handhabe zur Verfügung steht. Er braucht nur eine konkrete Gefahr für das Leben bzw. eine konkrete Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes zu diagnostizieren, wozu er aufgrund seiner Fähigkeiten auch als kompetent gelten dürfte.

Die mit der möglichen Einbeziehung von Tatbestandsbedingungen der ehemaligen eugenischen Indikation über die Gefahrenlagen der medizinisch-sozialen Indikation verbundenen Schwierigkeiten bleiben ihm erspart. Durch das individuelle, ärztliche Urteil zu den Voraussetzungen der Ausnahmelage gem. § 218 a II StGB und der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles kann eine abstrakte, abschließende Stellungnahme zu den speziellen Bedin-

¹⁰⁴⁷ Hepp, Gynäkologie 1996, S.408

¹⁰⁴⁸ Denn das Gesetz läßt mit der Berücksichtigung künftiger Lebensverhältnisse eine Gleichsetzung von der geforderten Konkretheit mit Gegenwärtigkeit nicht zu., Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.31

gungen der konkreten Gefahr für das Leben oder der einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren an dieser Stelle nicht stattfinden.

ee) Zumutbarkeitskriterium i.R.d. § 218 a II StGB n.F.

Die durch das Austragen eines wahrscheinlich¹⁰⁴⁹ behinderten Kindes ausgelöste konkrete Lebensgefahr bzw. konkrete Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren dürfte, um zu einem gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch führen zu können, nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abwendbar sein.

Dieses ultima-ratio-Erfordernis¹⁰⁵⁰ in § 218 a II StGB n.F. teilt sich, wie schon an der Wortformulierung ablesbar – andere Weise abwendbar und zumutbar(e) – in zwei Prüfungsschritte; zum einen in einen medizinischen („andere ...Weise abwendbar“) und zum anderen in einen normativ wertenden („zumutbar“). Vor allem letzterer bezeichnet das Un-/ Zumutbarkeitskriterium im eigentlichen Sinne. Dieses vom BVerfG als letztlich entscheidend über eine Abtreibung anerkannte Kriterium, behandelt die Frage, ob der Staat in allen Fällen mit dem Mittel des Strafrechts die Austragung der Schwangerschaft erzwingen darf.¹⁰⁵¹ Zwar besteht einerseits das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die daraus für die Schwangere folgende Rechtspflicht zum Austragen des Kindes; allerdings kann letztere in manchen Konfliktsituationen so erhebliche Änderungen der gesamten Lebensführung und Einschränkungen der persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten der schwangeren Mutter nach sich ziehen, dass die Belastungen durch die Erfüllung i.R.d. Aufgabe als Mutter und durch den Anspruch der Mutter auf Beistand der Gemeinschaft nicht ausgeglichen werden. Gerade weil sich das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs angesichts der einzigartigen Verbindung von Mutter und Kind nicht in einer Pflicht der Frau erschöpft, den Rechtskreis eines anderen nicht zu verletzen, sondern zugleich eine intensive, die Frau existentiell betreffende Pflicht zum Austragen, Gebären und darüber hinaus reichende Handlungs-, Sorge- und Einstands-

¹⁰⁴⁹ Siehe dazu unter Pkt. 3.b)bb.(3)

¹⁰⁵⁰ Als solch entscheidender Grund wird es u.a. von Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.208; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.32 angesehen.

¹⁰⁵¹ Siehe BVerfG E 39, 1 ff(48f); BVerfG E 88, 256 f

pflicht nach der Geburt über viele Jahre enthält, ist der Gesetzgeber in bestimmten Lagen zur besonderen Zurückhaltung verpflichtet.¹⁰⁵²

Wann nun der Gesetzgeber i.R.d. § 218 a II StGB n.F. verlangen kann, die Frau müsse dem Lebensrecht des Ungeborenen (unter allen Umständen) den Vorrang geben, und wann nicht, also die Frage nach der Zumutbarkeit, hängt von der inhaltlichen Ausfüllung dieses Kriteriums ab.

Wie angesprochen, kommt es dabei zunächst auf die „faktische Nichtabwendbarkeit“ des Schwangerschaftsabbruches an. Mit anderen Worten: wenn die mit der Belastung durch ein wahrscheinlich geschädigtes Kind verursachte Gefahrenlage für die Schwangere bereits durch eine medizinische Behandlung zu beheben wäre, ist der Abbruch schon medizinisch nicht erforderlich.¹⁰⁵³ Fraglich ist, was unter „Behebbarkeit“ bzw. „Abwendbarkeit“ in diesem Sinnzusammenhang zu verstehen ist. Einerseits reichen dafür weder eine auf medizinischem Wege erreichte Scheinberuhigung¹⁰⁵⁴ noch eine vorübergehende¹⁰⁵⁵ Entlastung von der Gefahr aus.¹⁰⁵⁶ Unter Abwendung ist vielmehr der (endgültige und komplette) Ausschluss von weiteren Möglichkeiten drohender Gefahren für die schwangere Mutter zu verstehen. Andererseits ist die bestehende Gefahr neben der völligen Entfernung auf andere Weise auch dann abwendbar, wenn sie so weit herabgemindert werden kann, dass sie den Abbruch der Schwangerschaft nicht mehr zu rechtfertigen vermag.¹⁰⁵⁷ Dies kann durch Senkung des Gefahrengrades wie ebenso dadurch geschehen, dass die Gefahr schwerwiegender Gesundheitsschäden ausgeschlossen wird.¹⁰⁵⁸

Neben dem Vorliegen der faktischen Nichtabwendbarkeit muss die Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten gegeben sein. Selbst wenn es einen anderen Ausweg gäbe, müsste dieser für die Schwangere eine „gangbare Alternative“ zum Schwangerschaftsabbruch darstellen.¹⁰⁵⁹

Unter Beachtung der bei der Auslegung des Un-/Zumutbarkeitsbegriffes gefundenen Deutung¹⁰⁶⁰ beschreibt die Unzumutbarkeit i.e.S. Umstände, die ein derartig erhebliches Gewicht haben, dass sie dem Betroffenen die Erfüllung seiner Pflicht außergewöhnlich erschweren und

¹⁰⁵² Schon, weil solche Konflikte im allgemeinen keine eindeutige moralische Beurteilung zulassen und in der Entscheidung zum Abbruch einer Schwangerschaft den Rang einer achtenswerten Gewissensentscheidung haben können, vgl. BVerfG E 39, 1 ff (48); BVerfG E 88, 256

¹⁰⁵³ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.33; Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.16; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.32

¹⁰⁵⁴ Eigentlich liegt nur eine Täuschung vor.

¹⁰⁵⁵ Nicht von Dauer

¹⁰⁵⁶ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.33

¹⁰⁵⁷ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.33; LK-Jähne, § 218 a, Rz.47 sieht auch „...die Herabsetzung der Gefahr unter die einen Abbruch indizierende Relevanzschwelle als Abwendung“ an.

¹⁰⁵⁸ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.33

¹⁰⁵⁹ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.34; D/T, 46.Aufl., § 218 a, Rz.17; ähnlich Lackner, 20.Aufl., § 218 a, Rz.7 jedoch mit strengem Maßstab.

dementsprechend von ihm billigerweise nicht erwartet werden kann. Gekennzeichnet wird dadurch also eine Ausnahmesituation für einen Einzelnen/ eine Einzelne, hier speziell für die Schwangere.

Die Frage, ob und wann eine solche Situation anzunehmen ist, kann (nur) mittels Orientierung anhand der individuellen Lage einer Betroffenen beantwortet werden; dem Kriterium ist eine subjektive Komponente immanent. Demzufolge kommt es darauf an, was der jeweiligen Schwangeren konkret zugemutet werden kann; eine abstrakte Festlegung von unzumutbaren Konfliktzuständen im Vorhinein kann aufgrund der Unterschiedlichkeit der Persönlichkeiten und Begleitumstände und der damit verbundenen großen Variationsbreite nicht erfolgen. Die eigene „Belastbarkeit“ bzw. „Ertragsfähigkeit“ können dabei nur herausgefunden werden, indem die sich gegenüberstehenden Interessen auf Seiten der Mutter und auf Seiten des Ungeborenen abgewogen werden. Wie jede Interessenabwägung ist die Zumutbarkeitsfrage dabei unter Berücksichtigung aller (gegenwärtigen und zukünftigen) Lebensumstände zu beurteilen.¹⁰⁶¹

Dies und die Tatsache, dass mit der ärztlichen Erkenntnis dem Arzt die Bestimmung der medizinischen Unausweichlichkeit des Abbruchs im konkreten Fall zukommt, lässt eine abschließende Stellungnahme an dieser Stelle nicht zu. Angesprochen seien deshalb hier einige mit der Abtreibung von behinderten Embryonen/Föten in Zusammenhang stehende medizinisch-juristische Aspekte.

(1) Medizinische (Nicht-)Abwendbarkeit unter Berücksichtigung der „Kindesvoraussetzungen“ gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG

Zunächst soll näher auf die Frage eingegangen werden, ob es ein milderes Mittel als den Schwangerschaftsabbruch gibt, um die sich aus der Belastung mit einem geschädigten Kind ergebende konkrete Gefahr für das Leben bzw. die konkrete Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes für die Schwangere

¹⁰⁶⁰ Siehe genauer dazu unter Pkt. Teil 2.B.II.2.b. – Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

¹⁰⁶¹ § 218 a II StGB n.F. setzt seinem Wortlaut nach ausdrücklich die „Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren“ voraus. Dies ist lt. Wilkitzki/Lauritzen, SSA in der BRD, S.50, die Folge daraus, daß „ohne Kenntnis der konkreten Lebensumstände...die Belastbarkeit eines Menschen nicht festgestellt werden“ kann.

sofort, optimal und ohne Risiko „abzuwenden“. ¹⁰⁶² Dass nach einem möglichen und Erfolg versprechenden „Ersatz“ zum Schwangerschaftsabbruch gesucht und bei dessen Einsatz gerade nicht von einer „Zwangsbehandlung“ ausgegangen werden kann, erklärt sich daraus, dass die Schwangere ein Rechtsgut – das ungeborene Leben – vernichten will, über das sie anerkanntermaßen nicht frei verfügen kann. ¹⁰⁶³ Demzufolge darf und muss die Rechtsordnung die Bedingungen festlegen, unter denen sie dies (ausnahmsweise) gestattet. ¹⁰⁶⁴

Eine Alternative aus dem medizinischen Bereich, die die Gefahrenlage, verursacht durch die vorgeburtliche Schädigung des Kindes, abwenden könnte, wäre bspw. die intensive Betreuung der Schwangeren während ihrer Schwangerschaft. Da die aus dem Wissen um die Behinderung resultierende, sich gesundheitlich auswirkende Belastung v.a. psychischer Art sein wird ¹⁰⁶⁵, käme unterstützend auch eine medikamentöse Behandlung (Psychopharmaka) in Betracht.

Zu beachten ist aber zunächst einmal, dass mit dem Verabreichen von Medikamenten für die Mutter zumeist nur eine vorübergehende Besserung bzw. Scheinberuhigung eintritt. Genau diese zählt aber nicht zu den Abwendungsmöglichkeiten, die einen Schwangerschaftsabbruch versagen. ¹⁰⁶⁶ Zum zweiten liegt die gesundheitliche Überforderung der Schwangeren bei der Aussicht auf ein (wahrscheinlich) behindertes Kind nicht nur im Austragen dieses Kindes, sondern auch und vielmehr gerade in der nach der Geburt fortwirkenden Dauerbelastung. ¹⁰⁶⁷ Während der Schwangerschaft mit dem geschädigten Ungeborenen treten die konkrete Lebens- bzw. Gesundheitsgefahr bei der Mutter zumeist nur dann auf, wenn die Aussichten auf die Zeit nach der Geburt von der Schwangeren negativ reflektiert werden. Demzufolge werden eine Betreuung und die medikamentöse Behandlung nur während der Schwangerschafts-

¹⁰⁶² Im obigen Sinne

¹⁰⁶³ Schon in seinem 1. Schwangerschaftsabbruchsurteil stellte das BVerfG fest, dass der Nasciturus ein selbständiges, menschliches Wesen ist, das unter dem Schutz der Verfassung steht. Die ihm zukommenden Rechte gem. der Verfassung enthalten auch objektive Wertentscheidungen, woraus sich wiederum eine Schutzpflicht des Staates für das ungeborene Leben ableiten läßt. Diese Schutzpflicht ist bezogen auf das einzelne Leben und gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen, grundsätzlich auch vor (rechtswidrigen Eingriffen) der Mutter. Zwar begründet die natürliche Verbindung des ungeborenen Lebens mit der Mutter eine besonders geartete Beziehung, für die es in anderen Lebenssachverhalten keine Parallele gibt. Allerdings kommt dem SSA eine soziale Dimension zu, die ihn der Regelung durch den Staat zugänglich und bedürftig macht. (BVerfG E 39, 1 ff(42 f)) Auch in seinem 2.Urteil stellte das BVerfG klar, daß dem Ungeborenen schon aufgrund seiner Existenz und nicht erst mit Annahme seitens der Mutter das Lebensrecht zusteht. Dieses Recht zu schützen, auch gegenüber der Mutter des Ungeborenen, obliegt dem Staat; der dementsprechend Verhaltensanforderungen in Form von Geboten und Verboten aufstellen kann. (BVerfG E 88, 251 ff)

¹⁰⁶⁴ Gemäß dem 2.Urteil des BVerfG (E 88, 254 ff) ist es Aufgabe des Gesetzgebers, „Art und Umfang des Schutzes (des ungeborenen Lebens) im einzelnen zu bestimmen“. Auch das Fassen von Ausnahmelagen, die durch die Rechte der schwangeren Frau entstehen können, zu Ausnahmetatbeständen ist Sache des Gesetzgebers.

¹⁰⁶⁵ Hepp, Dimensionen, S.5, spricht z.B. nur von der „...erheblichen psychischen Belastung...“ bei Verdacht oder Nachweis einer schweren intrauterinen Schädigung des Kindes. Ähnlich sieht Helmke, ZRP 1995, S.441, die Schädigung des Kindes in der „...schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes...“ aufgehen.

¹⁰⁶⁶ S.o.

zeit keine anderen, Erfolg versprechenden Mittel im Gegensatz zur Abtreibung darstellen. Die Beurteilung über den Einsatz und den nach sich ziehenden Erfolg obliegt jedoch dem Arzt. Dabei erlangt auch die frühere Kindesvoraussetzung der „Schwere der Schädigung des Kindes“ keine Bedeutung.¹⁰⁶⁸

Wie „schwer“ die Behinderung des Kindes ist, ist auch bei einer Betreuung der Mutter nach der Geburt zunächst einmal unerheblich. Selbst wenn es sich um eine intensive Betreuung handelt und durch personelle und/oder materieller Hilfen eine faktische Abwendbarkeit (auch i.S.e. Senkung unter die einen Abbruch indizierenden Relevanzschwelle) anzunehmen sein kann/ ist, ist wiederum die Schwangere und Mutter, ihre Konstitution und ihre Absicherung durch das soziale Umfeld ausschlaggebend. Denn je stärker, je nicht-anfälliger die Mutter gegenüber sich gesundheitlich auswirkenden Überforderungen ist, desto weniger können die aus der Behinderung des Kindes resultierenden Belastungen wirken.

Fraglich ist jedoch, ob das Ausmaß der Schädigung des Ungeborenen Einfluss auf die faktische Behebbarkeit der auf dem Auslösfaktor der Behinderung basierenden Gefahrenlage für die Mutter hat. Könnte also bspw. die Belastung mit einem „leicht“ behinderten Kind mittels sozialhelferischer Maßnahmen behoben bzw. so herab gesenkt werden, dass die gesundheitsgefährdende Überforderung der Schwangeren ebenfalls vollständig abgewendet bzw. unter die einen Abbruch indizierende Relevanzschwelle reduziert werden kann? Würden dann die Betreuung und Anbietetung von ärztlichen, finanziellen und / oder personellen Hilfen bei einem „schwerstgeschädigten“ Kind versagen? Eine generelle Aussage dahingehend, dass die faktische Abwendbarkeit bei „Leicht“ behinderten gegeben und bei „schwer(st)“behinderten Kindern nicht gegeben ist, kann nicht aufgestellt werden.

Denn wie schon erwähnt, hängt die Behebbarkeit von der Gefahr für die Mutter und nicht unmittelbar von der Schädigung des Ungeborenen ab. Auch eine „leichte“ Schädigung kann u.U. zu einer Lebensgefahr führen, wohingegen auch eine „schwere“ Schädigung „nur“ eine Gesundheitsgefahr auszulösen braucht. Dementsprechend können personelle und/oder materielle Hilfen die Gesundheitsgefahr beseitigen, die Lebensgefahr aber möglicherweise nicht. Ob tatsächlich eine Abwendbarkeit bei den diskutierten Möglichkeiten anzunehmen ist, obliegt letztlich der Beurteilung des Arztes und kann daher nicht abschließend geklärt werden.

¹⁰⁶⁷ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.34

¹⁰⁶⁸ Für die Erstreckung der „ärztlichen Erkenntnis“ auf die medizinische Unausweichlichkeit des SSA: Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.36; Jähne, LK, § 218 a, Rz.49; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.35; Hülsmann, S.182

(1.1.)Frühgeburt

Keinen „anderen Weg“ als den des Schwangerschaftsabbruches stellt bei Aussicht auf ein (wahrscheinlich) geschädigtes Kind im Zweifel auch die Einleitung einer Frühgeburt dar. Wie schon erwähnt, liegt in solch einem Fall die ausgelöste gesundheitliche Überforderung nicht (nur) im Austragen der Gravidität, sondern insbesondere auch in der nach der Geburt weiter andauernden Dauerbelastung durch intensive und z.T. lebenslange Pflege und Erziehung. Denn wie Hepp schon ausführte, liegt das Interesse der schwangeren Mutter bei einem geschädigten Kind in der Befreiung von diesem selbst, also der Tötung des Trägers der intrauterin diagnostizierten Krankheit.¹⁰⁶⁹ Mit der Frühgeburt würde diese, als Überstrapazierung für die Schwangere eingeschätzte, Konfliktsituation lediglich zeitlich nach vorn verlagert. Die eigentlich gewollte Vermeidung des Schadenseintritts bei der Schwangeren könnte womöglich in ihr Gegenteil umschlagen. Dementsprechend wird man die medizinisch-soziale Indikation im Falle eines behinderten Ungeborenen nicht allein mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Einleitung einer Frühgeburt verneinen können.¹⁰⁷⁰

(1.2.) Fetaltherapie oder –operation

Bei beiden bisher genannten Abwendungsmöglichkeiten wurde der Auslöser der drohenden Lebensgefahr bzw. Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren zu wenig berücksichtigt. Soweit die (voraussichtliche) Schädigung des Kindes, welche anerkanntermaßen zu einer gesundheits- sogar lebensgefährdenden Belastung bei der damit konfrontierten Mutter führen kann¹⁰⁷¹, als Ursache bestehen bleibt, ist eine separate medizinische Behebbarkeit der Gefahrenlage kaum erfolgversprechend. Zu diesem, (meist) notwendigen Schluss äußerte sich Jähne¹⁰⁷²: „Ebenso kann die Gewissheit, eine Missgeburt hervorzubringen, zu schweren Dauerschäden führen, die wegen des unabänderlichen Zustands der Frucht nur den Abbruch der Schwangerschaft offenlassen“.

Fraglich ist demnach, ob nicht der Anlass mittels medizinischer Behandlung behoben werden kann und somit auch die gesundheitliche Folge für die schwangere Mutter entfallen kann. Bei den in die medizinisch-soziale Indikation integrierbaren Fallkonstellationen der ehemaligen

¹⁰⁶⁹ Hepp, Gynäkologie 1996, S.408

¹⁰⁷⁰ Nach Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.33 kommt eine Frühgeburt statt eines SSA deshalb nur in Betracht, wenn das gesundheitliche Risiko für die Schwangere allein in der Schwangerschaftsdauer liegen würde.

¹⁰⁷¹ So bspw. Hepp, Dimensionen, S.5

¹⁰⁷² Jähne, LK, § 218 a, Rz.47

eugenischen Indikation ist ein solcher eben geschilderter Zusammenhang zwischen Ursprung und Konsequenz annehmbar, so dass grundsätzlich bei Behebbarkeit des einen auch die des darauf aufbauenden gegeben sein müsste.

Die Frage nach der Behebbarkeit der kindlichen Schädigung könnte die frühere Kindesvor- aussetzung der „Nichtbehebbarkeit der Schädigung des Kindes“ i.R.d. des ultima-ratio- Erfordernisses innerhalb der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. wei- terhin zur Geltung bringen. Wenn also die Nichtbehebbarkeit beim Ungeborenen verneint würde, dürfte es auch an der faktischen Nichtabwendbarkeit bei der Mutter fehlen.

Als Möglichkeiten kommen, um dies zu verwirklichen, Fetalthherapie oder –operation in Be- tracht.

Unter intrauteriner Therapie ist die innerhalb der Gebärmutter durchgeführte Behandlung von Krankheiten zu verstehen.

Zu beachten ist dabei, dass die Therapie – sei sie nun medikamentös oder chirurgisch – immer bei der Mutter, aber zugunsten des Embryos/Föten durchgeführt wird. Damit könnten zwar einerseits mittels einer Operation die im früheren Recht als „behebbar“ eingeordneten Schädigungen¹⁰⁷³ vollkommen entfernt oder doch zu „leichten“ Behinderungen, welche eine gewisse Mindestschwere nicht überschreiten, gemacht werden; andererseits bedarf die Behandlung und insbesondere der zu therapeutischen Zwecken durchgeführte chirurgische Eingriff in den Organismus der schwangeren Frau deren Einwilligung. Denn gemäß der ständigen Rspr. ist jede ärztliche, die Integrität des Körpers berührende Maßnahme tatbestandlich eine Körper- verletzung i.S.d. §§ 223 ff StGB.¹⁰⁷⁴

Folglich stellt sich die Frage, ob die Schwangere ihre Einwilligung in eine intrauterine Thera- pie zugunsten des Embryos/Föten erteilen muss, wenn die Schädigung des Ungeborenen be- hebbar sowohl i.S.e. völligen Heilbarkeit, aber auch i.S.e. wirksamen Therapierbarkeit¹⁰⁷⁵ ist, und sich mit dieser medizinischen Behandlung daher die Chance zur faktischen Behebbarkeit bei der Mutter eröffnen würde.

Hinzukommend ist zu beachten, dass die intrauterine Therapie mit ihren eigenen Risiken an die Grenzen des Erfordernisses stößt, dass der alternative Eingriff zum Schwangerschaftsab- bruch zum einen ebenso die Gefahr zu beseitigen vermag und zum anderen durch diesen selbst keine größeren Gefahren für die Schwangere geschaffen werden sollen. Da dies v.a. die Fragestellung betrifft, ob und wann es der Schwangeren zumutbar ist, die Therapie im Interes-

¹⁰⁷³ Was im Recht gem. dem 15. StÄG als „behebbarer Behinderung des Ungeborenen“ eingeordnet wurde, siehe genauer unter Pkt. Teil 2.B.III.3.

¹⁰⁷⁴ Sog. Rechtfertigungslösung

se des Ungeborenen hinzunehmen, ob also ein Eingriffsrecht und eine dem korrespondierende Duldungspflicht zu bejahen ist, soll die Beantwortung erst im Rahmen der sich anschließenden Zumutbarkeitsprüfung erfolgen.

(1.3.) Adoption oder Heimunterbringung

Da sich, wie schon erwähnt, die gesundheits- bzw. lebensgefährdende Belastung der Schwangeren ausgelöst durch die Gewissheit um ein geschädigtes Kind, auch oder gerade in den Lebensverhältnissen der Phase nach der Geburt zu verwirklichen beginnt, ist der Schwangerschaftsabbruch rein tatsächlich in den meisten Fällen abwendbar. So könnten bspw. im Falle eines behinderten Kindes neben den oben aufgeführten finanziellen, wie die Bezahlung von Haushaltshilfen und / oder Pflegekräften, oder personellen Hilfen auch eine Heimunterbringung des Kindes bis hin zur einer Adoption in Betracht gezogen werden. Problematisch stellen sich diese Möglichkeiten im Hinblick auf die Zumutbarkeit i.e.S. dar und sollen deshalb erst nachfolgend behandelt werden.

(2) „Zumutbarkeits – Prüfung“ unter Berücksichtigung der „Kindesvoraussetzungen“ gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG

Ob die vorgeschlagenen faktischen Möglichkeiten der Schwangeren zumutbar sind, soll in diesem 2. Schritt untersucht werden. Dabei wird geprüft, inwieweit es tatsächlich nicht die Opfergrenzen der Schwangeren überschreitet, wenn die Alternativen zum Schwangerschaftsabbruch an dessen Stelle Anwendung finden.

(2.1.) Adoption oder Heimunterbringung

Umstritten ist bei der rein tatsächlich Erfolg versprechenden Methode „Adoption“, ob es sich um einen zumutbaren Ausweg handelt.

¹⁰⁷⁵ Zu dieser Deutung der „Behebbarkeit“ i.R.d. eugenischen Indikation gem. 15. StÄG, vgl. Pluisch, S.25

Unproblematisch an dieser Alternative ist die Schwere der voraussichtlichen Kindesbehinderung; egal, ob es sich um eine Schwerstschädigung, wie z.B. einen Anenzephalus, oder eine „geringe“ Schädigung, wie die Lippen-Kiefer-Gaumen-Spalte oder den Klumpfuß, handelt, das behinderte Kind kann jederzeit zur Adoption freigegeben werden. Mit der Weggabe und der von der anderen Seite erfolgten Annahme an Kindes statt ist die Verantwortung für das Kind vollständig der leiblichen Mutter abgenommen worden. Eigentlich müsste diese Möglichkeit neben dem Schwangerschaftsabbruch als das schonendere Mittel für alle betroffenen Rechtsgüter unbedingten Vorrang haben, denn das Lebensrecht des Behinderten wie auch die Lebens- bzw. Gesundheitsinteressen der Mutter blieben gewahrt. Wenn die Ursache entfällt, kommt es ebenfalls zu einem Wegfall der darauf aufbauenden Folge.

Allerdings wurde diese Möglichkeit der Adoption vom Gesetzgeber nicht als generelle Abwendungsart auf „andere Weise“ in Erwägung gezogen. Sonst könnte selbst die medizinisch-soziale Indikation weitgehend leer laufen, da die Schwangere, sofern nicht ihre physische Gesundheit gefährdet wäre, im Regelfall auf den Adoptionsweg verwiesen werden könnte. Andererseits wird dieses Alternativangebot auch nicht generell zu verwerfen sein. Es ist vielmehr i.R.d. Frage nach der Zumutbarkeit der Adoption auf die individuellen Umstände bei der Schwangeren abzuheben. Gerade weil, entgegen einer viel verbreiteten Meinung, das adoptierte Kind überdurchschnittlich günstige Lebensbedingungen erwarten, und die leibliche Mutter wegen der mit einer Volladoption verbundenen vollständigen Eingliederung des Kindes¹⁰⁷⁶ in die aufnehmende Familie keinerlei Unterhalts- oder Erbansprüche des Kindes zu befürchten hat¹⁰⁷⁷, dürfte eine Unzumutbarkeit nur in seltenen Ausnahmefällen bejaht werden. Denn die Abgabe des behinderten Kindes in eine andere, es in seiner Ganzheit mit Schädigung liebende Familie stellt ein milderes Mittel zum Abbruch dar.

Nur in dem Falle, dass trotz der verantwortungsvollen Weggabe und damit Rettung des Lebens des Ungeborenen die Interessen der Schwangeren dieses Recht aus Art.2 II S.1 GG überwiegen, kann die Zumutbarkeit der Adoption verneint und ein Schwangerschaftsabbruch bejaht werden. Ein solches Überwiegen der Interessen der Schwangeren könnte z.B. vorliegen, wenn neben den gesundheitlichen Interessen andere hinzukommen bzw. diese die gesundheitlichen verstärken würden. Anzunehmen wäre dies bspw., wenn die Schwangere selbst schlechte Adoptionserfahrungen hinter sich hat oder sie wegen der „herzlosen“ Weggabe des

¹⁰⁷⁶ Vgl. § 1754 BGB

¹⁰⁷⁷ Vgl. § 1755 BGB

Kindes in ständiger Sorge um das Schicksal sich dauernden psychischen Belastungen ausgesetzt sähe.¹⁰⁷⁸

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Zumutbarkeit einer Adoption nur unter eng gefassten Ausnahmelagen abgelehnt werden kann.

Ähnlich verhält es sich auch mit der Zumutbarkeit der Heimunterbringung. Auch hier spielen die früheren Voraussetzungen auf Seiten des Kindes keine Rolle, so dass unabhängig von der Schwere der Kindeschädigung und ebenso unabhängig von der „Behebbarkeit“ dieser eine Heimunterbringung als mildere Alternative zum Abbruch in Betracht kommt.

Denn bei der Interessenabwägung stehen sich zum einen das Lebensrecht des behinderten Ungeborenen, die physischen Gefahren eines Aborts für die Schwangere und dessen seelischen Folgen und zum anderen die Interessen der Schwangeren hinsichtlich ihres Lebens, oder ihrer körperlichen Unversehrtheit, Art.2 II S.1 GG, ihrer Persönlichkeitsentfaltung, Art.2 I S.1 GG, und des Weiteren die seelischen Folgen der Heimunterbringung gegenüber. V.a. in der Situation, wo für die Schwangere keine Lebensgefahr besteht und somit das Lebensrecht ihr nicht zur Seite steht, dürfte ein Überwiegen der Interessen des Kindes angenommen und damit die Zumutbarkeit der Heimunterbringung bejaht werden. Dementsprechend müssten die zugunsten der Schwangeren vorgebrachten Argumente, wie eigene schlechte Heimerfahrungen und/oder eine unerträgliche Angst vor der Weggabe nach der langen Zeit der Schwangerschaft eine solche Intensität besitzen, dass das Austragen und die spätere Unterbringung in einem behindertengerechten Heim für sie ein derartig erhebliches Gewicht haben, welches die Grenze des „Ertragbaren“ überschreitet und das Erzwingen mittels strafrechtlicher Konsequenzen billigerweise nicht zulässt.

(2.2.) Frühgeburt

Die bloße Einleitung einer Frühgeburt ist bei dem Austragen eines (wie auch immer) geschädigten Kindes aus den oben schon aufgeführten Gründen nicht zumutbar.

¹⁰⁷⁸ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.35; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, S.210; Jähne, LK, § 218 a, Rz.76; etwas anders sehen das Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.23: Sie gehen davon aus, daß die Adoption des Kindes grundsätzlich eine zumutbare Abwendungsmöglichkeit ist. Denn nach ihrer Ansicht sind die seelischen Folgen einer Freigabe in einer Therapie besser behandelbar als die psychischen Folgen eines Schwangerschaftsabbruches. Sie

(2.3.) Betreuung und nachgeburtliche Hilfestellungen

Zumutbar, also die Pflichterfüllung noch nicht außergewöhnlich erschwerend, könnte aber die Betreuung der Schwangeren während und nach der Geburt des behinderten Kindes unter gleichzeitiger Anbietetung von personellen oder finanziellen Hilfen, v.a. nach der Schwangerschaft, sein und damit einen Schwangerschaftsabbruch als nicht zulässig erscheinen lassen. Wiederum ist keine generalisierende Antwort möglich.

Grundsätzlich ist die Zumutbarkeit aber zu bejahen und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein „Leicht“ behindertes oder ein „Schwer(st)“ behindertes Kind handelt. Denn sollte die sich durch die Mehrbelastung mit einem geschädigten Kind ausgelöste, sich als Lebens- oder Gesundheitsgefahr verwirklichte, Überforderung der Schwangeren mittels medizinischen und sozialhelferischen Maßnahmen (Betreuung der Mutter und des Kindes, zur Verfügung Stellung von pflegerischen Maßnahmen etc.) völlig beheben bzw. herunter senken lassen, wäre dies wegen des Höchstwertes des ungeborenen Lebens auch für die Mutter ertragbar. Da das Recht keine Differenzierungen zwischen Leben zulässt, also auch keine zwischen „leicht“ und „schwer“ geschädigtem, sondern in die Abwägung mit den Interessen der Schwangeren beide Male nur das Lebensrecht eingebracht werden kann, darf es keinen Unterschied zwischen zumutbaren Unterstützungen für ein „leicht“ geschädigtes Kind und unzumutbaren Hilfen für ein „schwer(st)“ geschädigtes Kind geben.

(2.4.) Intrauterine Therapie und Operation

Nunmehr ist die Frage zu beantworten, wie sich die Abwendungsmöglichkeit der intrauterinen Therapie zugunsten des Embryos/Föten auf die Un-/Zumutbarkeit des Schwangerschaftsabbruches auswirkt.¹⁰⁷⁹ Könnte in einem zweiten Schritt von der Schwangeren sogar verlangt werden, in eine medikamentöse oder auch chirurgische Behandlung einzuwilligen, wenn mit solch einem Eingriff zunächst einmal die Schädigung des Ungeborenen behebbar¹⁰⁸⁰ und damit auch die für die Schwangere bestehende Gefahrenlage faktisch abwendbar ist?

erkennen somit zwar die aus einer Adoption entstehenden Folgen an, muten sie aber der jeweiligen Schwangeren zu.

¹⁰⁷⁹ Gestellt werden kann diese Frage deshalb, weil es nahe liegt, die Zumutbarkeit auf die Vorbeugung zu erstrecken, wenn sich durch pränatale Maßnahmen die spätere Situation – postnatales Befinden des Kindes löst Belastung der Mutter aus – erleichtern läßt. Deswegen: Kann sich auf die spätere Unzumutbarkeit nur berufen, wer früher alles Zumutbare getan hat, um sie zu verhindern? (Eberbach, JR 1989, S.269)

¹⁰⁸⁰ Zur Deutung dieses Begriffes i.R.d. eugenischen Indikation gem. dem 15. StÄG vgl. Pluisch, S.25

Hinsichtlich ersterer Frage gilt folgendes:

Da das Zumutbarkeitskriterium eine Interessenabwägung i.S.v. § 34 StGB beinhaltet, müssen bei der Beantwortung der Frage der Zumutbarkeit der Erfolg versprechenden intrauterinen Therapie in die Abwägung auf Seiten des Ungeborenen zum einen dessen Rechte aus Art.2 II S.1, Art.1 I GG, die Aussichten der Therapie und die Risiken eines Aborts und auf Seiten der Mutter ihre Rechte aus Art.2 II S.1, I; Art.1 I GG und Art.2 I GG sowie die mit dem jeweiligen Eingriff verbundenen Gefahren eingebracht werden. Je gefährlicher demgemäß die Alternative der Behandlung innerhalb der Gebärmutter für die Frau selbst ist, desto weniger zumutbar ist dieser Weg statt eines Schwangerschaftsabbruches. Zu beachten ist folglich, dass eine nebenwirkungsarme, bspw. medikamentöse Therapie eher Anwendung finden dürfte, als eine intrauterine Operation.

Festzuhalten bleibt, dass je nach den individuellen Umständen auch eine intrauterine Therapie für die Schwangere zumutbar sein kann und demnach eine solche Behandlung die Alternative des Schwangerschaftsabbruches ausschließt. Diese Umstände werden vor allem durch die Höhe der Erfolgsaussichten für Kind und Mutter und die demgegenüber bestehenden Risiken der Therapie bestimmt.¹⁰⁸¹ Die Zumutbarkeit hinsichtlich der Methode „intrauterine Therapie bzw. Operation“ besagt jedoch nichts darüber, ob damit die Schwangere auch zur Duldung eines Zwangseingriffes verpflichtet ist.

Zurückzugreifen ist für die Beantwortung dieser, letzterer Frage, da es sich um einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Frau handelt, auf die allgemeinen Regeln bei ärztlichen Heileingriffen:

Um eine Strafbarkeit des Arztes wegen Körperverletzung zu vermeiden, muss eine besondere Rechtfertigung in Form einer Einwilligung vorliegen.

Verweigert die Schwangere diese, darf der Arzt grundsätzlich keinen Eingriff an ihr vornehmen, selbst wenn dieser zugunsten des Kindes und auch zugunsten der Schwangeren wäre. Denn ein zwangsweiser Eingriff ist grundsätzlich nicht zulässig, auch unter Notstandsgesichtspunkten nicht. Grund dafür ist die Jedem zukommende Menschenwürde, die es gebietet, niemanden zum Objekt für einen anderen zu degradieren; hier also z.B. die Mutter nicht als bloßen „Brutkasten“ für das Ungeborene zu benutzen.

Allerdings bringt gerade die Schwangerschaft eine besondere Beziehung zwischen Mutter und Kind mit sich, die das BVerfG als „Zweiheit in Einheit“¹⁰⁸² bezeichnet. Diese könnte aus-

¹⁰⁸¹ So schon Pluisch, S.26 (dort FN 88) für die Bejahung einer intrauterinen Therapie bei der Möglichkeit der „Behebbarkeit“ der kindlichen Schädigung i.R.d. eugenischen Indikation gem. dem 15.StÄG

¹⁰⁸² Siehe BVerfG E 88, 253

nahmsweise eine Duldungspflicht der Frau hinsichtlich einer durchführbaren und Erfolg versprechenden intrauterinen Therapie und somit ein Eingriffsrecht nach sich ziehen. Wenn mit Hilfe dieser Therapie neben der Schädigung des Ungeborenen gleichzeitig die Gefahrenlage für die Mutter behoben werden kann, könnte diese Pflicht bejaht werden. Ob aber die intrauterine Therapie beide Ziele verwirklichen kann, obliegt der Beurteilung des Arztes. Er müsste entscheiden, inwieweit der mitunter risikoreiche Eingriff Erfolg in Hinblick auf das Ziel der faktischen Abwendbarkeit hat.

Als Argumente für die Bejahung einer derartig weitgehenden Duldungspflicht könnten, und darin ist Eberbach¹⁰⁸³ zuzustimmen, herangezogen werden, dass zum einen dem Recht der Schwangeren zur Datenerhebung über das Ungeborene die Pflicht gegenübersteht, die erhaltenen Ergebnisse nicht nur zum eigenen Nutzen, sondern ebenso zum Vorteil des ungeborenen Kindes¹⁰⁸⁴ zu verwenden. Wenn die Mutter mittels pränataler Diagnostik umfassende Informationen über ihr Ungeborenes erhalten kann und folglich eine „Datenbelastung“ des Embryonen/Föten in Kauf nimmt, wird bspw. durch sie das „Recht auf Nichtwissen“ des Kindes untergraben und die Gewährleistung des ein ganzes Leben lang notwendigen Datenschutzes in Frage gestellt.¹⁰⁸⁵

Des Weiteren hat gerade die Mutter durch die „Zweiheit in Einheit“ –Beziehung eine besondere körperliche Verfügungsgewalt inne.

Zum anderen würde ohne die Bejahung der Zumutbarkeit der dem Kind bereits im Mutterleib zukommende Schutz gem. Art.2 II S.1, Art.11 GG vollkommen leer laufen. Eine Verwirklichung des Schutzes würde unmöglich, wenn keine Chance für therapeutische Hilfen bestände. Trotz des ebengenannten besteht keine generelle „gesellschaftliche Inpflichtnahme“¹⁰⁸⁶ der Schwangeren. Die Schwangere trifft keine Verpflichtung, vor allem zum Wohle des Embryonen/Föten Maßnahmen über sich ergehen zu lassen und Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit zu dulden.

Wenn konkrete Anhaltspunkte gegeben sind, dass aus der Pränataltherapie nicht nur das Ungeborene profitiert, sondern ebenso die schwangere Frau, kann allenfalls die Zumutbarkeit der Therapie angenommen werden, die dann den Schwangerschaftsabbruch als ein unverhältnismäßiges Mittel erscheinen lässt.

Zusammenfassend kann die Behauptung aufgestellt werden, dass der Abbruch gemäß der medizinisch-sozialen Indikation i.S.v. § 218 a II StGB n.F. sicher dann und nur dann in Betracht gezogen werden kann, wenn es sich um ein nicht-behebbar geschädigtes Kind handelt; eine

¹⁰⁸³ Eberbach, JR 1989, S.265 ff (268)

¹⁰⁸⁴ Von dem sie gewonnen wurden

¹⁰⁸⁵ Eberbach, JR 1989, S.266

intrauterine Therapie also von vornherein ausscheidet. Sobald aber Behebbarkeit der Kindeschädigung gegeben ist und sich die Möglichkeit für die Abwendbarkeit der Gefahrenlage für die Mutter ergibt, muss in eine eingehende Prüfung des Zumutbarkeitskriteriums eingestiegen werden.

(2.5.) Besondere Problemkonstellationen

Abschließend sollen noch einige i.R.d. Zumutbarkeitskriteriums diskutierte Probleme, die insbesondere durch die Integration von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in § 218 a II StGB n.F. auftreten, geklärt werden.

(2.5.1.) Geringfügige Missbildungen

Beispielsweise wird immer wieder die Forderung erhoben, „geringfügige“¹⁰⁸⁷ Missbildungen als zumutbar einzustufen, demzufolge also Abtreibungen gem. § 218 a II StGB n.F. in solchen Fällen nicht zuzulassen.¹⁰⁸⁸

Verständlich ist dies, fraglich ist nur, ob ein derartiger Standpunkt im geltenden Gesetzestext zu verankern und sachlich begründbar ist.

Der nunmehrige Wortlaut des § 218 a II StGB n.F. beinhaltet keine Anforderungen an die Schwere der Kindeschädigung. Vielmehr knüpft er daran an, ob unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren, die nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann, gegeben ist. Dementsprechend können „(...)die Art und Schwere der zu befürchtenden Schädigung des Kindes keinesfalls abstrakt oder generell festgelegt werden, sondern sind immer nur in Relation zu den damit verbundenen Belastungen für die Schwangere zu bemessen“.¹⁰⁸⁹ Der Forderung, nur bestimmte Behinderungen des Ungeborenen könnten eine Unzumutbarkeit trotz ausgelöster Lebens- oder Gesundheitsgefahr für die Schwangere begründen, kann entgegengehalten werden, dass

¹⁰⁸⁶ So Pluisch, S.26

¹⁰⁸⁷ Was darunter verstanden wird, legen diejenigen, die es fordern, nicht dar.

¹⁰⁸⁸ Das Magazin „Der Spiegel“ fragte z.B. in seiner Ausgabe 27/ 1999, S.35: „Wieviel Mißbildung ist zumutbar?“

das BVerfG immer wieder betont und davon ausgeht, dass es keine Wertigkeit zwischen Leben gibt. Jedes einzelne Leben stellt für das Recht einen absoluten Höchstwert dar, quantitative und qualitative Betrachtungsgesichtspunkte scheiden von vornherein aus.¹⁰⁹⁰ Ausdrücklich sagt das BVerfG¹⁰⁹¹: „Menschenwürde kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu, nicht erst dem menschlichen Leben nach der Geburt oder bei ausgebildeter Persönlichkeit (.....)Wie immer die verschiedenen Phasen des vorgeburtlichen Lebensprozesses unter biologischen, philosophischen (...)Gesichtspunkten gedeutet werden mögen (....)es handelt sich jedenfalls um unabdingbare Stufen der Entwicklung eines individuellen Menschseins“.

Zwar trifft das BVerfG diese Entscheidung, keine Wertdifferenzierungen zwischen einzelnen Leben vorzunehmen, vor allem im Hinblick auf das zeitliche Moment der Entwicklung „als“ Mensch. Die Aussage: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewusst ist und sie selbst zu wahren weiß“¹⁰⁹² lässt jedoch den Schluss zu, auch anderweitige Unterscheidungen beim Leben als verboten anzusehen. Damit kann es also keine Differenzierung zwischen „schwer“ und „leicht“ behindertem menschlichen Leben geben. Mit der Forderung, „geringe“ Schädigungen als zumutbar, „schwere“ hingegen als unzumutbar einzustufen, würde jedoch eine Wertentscheidung dahingehend getroffen, dass erstere werthaltiger als zweite und somit nicht „abtreibungswürdig“ seien. Bei schwer bis schwerstgeschädigten Leben handele es sich um solches, was ohne Bedenken mittels Abbruch „aus der Welt geschaffen werden“ könnte. Das eine solche Ansicht nicht überzeugen kann, zeigt sich auch anhand des Gleichbehandlungsgrundsatzes, wo alle, unabhängig vom Alter, Aussehen, Behinderungen etc., gleich behandelt werden müssen (Art. 3 I GG). Auch der spezielle Art.3 III S.2 GG stellt klar, dass zwischen behindertem Leben selbst nicht noch einmal unterschieden werden darf. Es wäre eine verbotene Anknüpfung an die schwere Behinderung als solche, denn das jeweilige Ungeborene würde gerade „wegen“ seiner schweren Schädigung benachteiligt.

Die Maßgabe des BVerfG im Blick, keine Wertabgrenzungen zwischen Leben vorzunehmen, ebenso wenig zwischen gering und schwer(st) behindertem Leben, hat der Gesetzgeber die Abschaffung der eugenischen Indikation gem. § 218 a II Nr.1 i.d.F. des 15.StÄG beschlossen. Dies zeigen die amtliche Begründung zum SFHÄndG und der Vergleich zur alten Rechtslage; der dort zum Teil verfolgten Ansicht¹⁰⁹³, die eine gewisse Mindestschwere der Kindeschädigung forderte und nur die davon betroffenen Ungeborenen einer Abtreibung zuführen wollte,

¹⁰⁸⁹ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.39

¹⁰⁹⁰ Sch/Sch-Lenckner, § 34, Rz.23

¹⁰⁹¹ BVerfG E 88, 252 f

¹⁰⁹² BVerfG E 39, 1 ff (S.41)

¹⁰⁹³ So z.B. Pluisch, S.51 ff

die also bei einer ausreichend schweren Schädigung gleichsam von der Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft ausging, sollte kein Raum mehr geboten werden. Nunmehr entscheidet nur noch das Vorliegen der medizinisch-sozialen Voraussetzungen über einen Abbruch.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Forderung, nur schwer(st)e Behinderungen des Ungeborenen als für die Mutter unzumutbar anzusehen, keine Stütze im Gesetz findet und zudem der Auffassung des BVerfG von der gleichen Werthaltigkeit jedweden menschlichen Lebens widersprechen würde.

(2.5.2.) Zunehmendes Schwangerschaftsalter – mögliche Lebensfähigkeit

Des Weiteren wird z.T. verlangt, dass der Maßstab für die Zumutbarkeit umso strenger werden müsse, je mehr sich die Schwangerschaft ihrer Endphase nähert.¹⁰⁹⁴

Damit sollen vor allem sog. Spätabtreibungen eingeschränkt werden, zu welchen es insbesondere seit dem Wegfall der eugenischen Indikation und ihrer 22-Wochen-Frist bei den in die medizinisch-soziale Indikation integrierten eugenischen Fallkonstellationen kommen kann. Aktuelle Fälle, wie der aus dem Kreiskrankenhaus Zittau,¹⁰⁹⁵ zeigen, dass aufgrund verspäteter Durchführung oder Ergebnisbekanntgabe der pränatalen Diagnostik es häufiger zu einem Abbruch der Schwangerschaft kommen kann, bei dem das Ungeborene bereits die Grenze der Lebens(un)fähigkeit überschritten hat.¹⁰⁹⁶

Einer solchen „Verschärfung der Zumutbarkeitsanforderung“ bei einem Abbruch kann zum einen entgegengehalten werden, dass der Lebensschutz des ungeborenen Kindes grundsätzlich während der gesamten Dauer der Schwangerschaft zu gewährleisten ist. Wie das BVerfG ausdrücklich herausstellte, entwickelt sich der Embryo/Fötus „als“ Mensch und nicht „zum“ Menschen. Dabei ist das menschliche Leben zeitlich gestuften Werturteilen nicht zugänglich; von der Konjugation bis zum Tod ist es gleich hoch zu achten.¹⁰⁹⁷ Warum aber sollten dann mit zunehmendem Schwangerschaftsalter die Anforderungen an die Zumutbarkeit steigen? Das Leben eines Ungeborenen ist zu einem späteren Zeitpunkt nicht werthaltiger, es handelt sich sowohl bei einem frühen wie späten Schwangerschaftsabbruch um die Tötung menschlichen Lebens. Die Lebensfähigkeit ändert daran nichts. Aus dem gleichen Grunde wurde im

¹⁰⁹⁴ So ist bspw. die Bundesregierung (BT-Drs.13/5364, S.8 f) der Ansicht, „...dass die medizinische Indikation zu einem Schwangerschaftsabbruch insbesondere in einem späten Stadium (nach der 24. Schwangerschaftswoche) äußerst streng gestellt und auf Fälle beschränkt werden soll, in denen das Leben der Mutter in Gefahr ist.“

¹⁰⁹⁵ Der Spiegel, Nr.27 / 1999, S.34

¹⁰⁹⁶ Zu den sich bei einer Spätabtreibung stellenden Problemen siehe unten genauer, Pkt.Teil 2.C.I.2.a.

„alten“ Recht schon die Aufgabe der Fristbindung von 22-Wochen p.c. für den Abbruch aus eugenischer Indikation angestrebt.

Zum anderen kann von der Mutter, wenn schwerwiegende Gefahren für ihr Leben oder ihre Gesundheit drohen und nicht anders abgewendet werden können, ebenfalls während der gesamten Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich nicht verlangt werden, dass sie ihre eigenen existentiellen Belange und Rechtspositionen denen ihres Kindes aufopfert. Bestätigung gefunden haben diese Gründe auch in der neueren Entscheidung des BHG zum Ersatz des Unterhaltsaufwandes wegen Vereitelung eines möglichen Schwangerschaftsabbruches, der eine generelle Unzulässigkeit des Schwangerschaftsabbruches wegen fortgeschrittenem Entwicklungsstand des Ungeborenen verneinte.¹⁰⁹⁸ Die Meinung, dass die Gründe für die Annahme einer medizinischen Indikation gegen Ende der Schwangerschaft gravierender sein müssen als in einem weniger fortgeschrittenen Schwangerschaftsstadium, lässt sich über das Merkmal der Zumutbarkeit deshalb nicht stützen.

Dies widerspräche dem aktuellen Gesetzeswortlaut und der gesetzgeberischen Intention; auch der Rechtsprechung des BVerfG sind keine Anhaltspunkte in diese Richtung zu entnehmen. Nicht ausgeschlossen ist damit, dass i.R.d. Güter-/Interessenabwägung – ob im Einzelfall die zu ziehende Opfergrenze für den Ausnahmezustand der Rechtfertigung des mit dem Tod des Embryos/Föten verbundenen Schwangerschaftsabbruchs überschritten ist – die Dauer der Schwangerschaft und auch die Ergebnisse des medizinischen Fortschritts i.S.e. weiteren Vorverlegung der extrauterinen Lebensfähigkeit Bedeutung erlangen können.

(2.5.3.) Verantwortung Mutter – Kind

Schließlich soll die Frage beantwortet werden, ob aufgrund der Pflichtenstellung (Garantenstellung) der Mutter gegenüber dem Kind die Zumutbarkeitsanforderungen generell sehr hoch angesetzt werden sollten, so dass auch die medizinisch-soziale Indikation nur in wenigen Einzelfällen Anwendung finden würde.

Ist eine solche Forderung an das Zumutbarkeitskriterium überhaupt notwendig?

Dies kann verneint werden. Schließlich sind dem Zumutbarkeitskriterium außergewöhnliche Umstände und Konflikte derartigen Gewichts immanent, dass das Maß der Ertragbarkeit überschritten wird. Das Merkmal setzt also schon nach der bekannten Deutung hohe Anforderungen.

¹⁰⁹⁷ Cramer, ZRP 1992, S.139; Beckmann, MedR 1998, S.157

¹⁰⁹⁸ BGH in NJW 2002, S.2636 ff (S.2638)

rungen voraus, welche vom BVerfG aus der besonderen Stellung der Mutter zu ihrem Kind resultieren. Gerade zur Verdeutlichung dieser Zweiheit in Einheit wurde dieser, die Ausnahmesituation nahe legende, Begriff vom BVerfG gewählt. Eine zusätzliche Verschärfung des Zumutbarkeitsmaßstabes ist somit abzulehnen.

(3) Ergebnis zur Zumutbarkeit

Das in § 218 a II StGB n.F. enthaltene Kriterium der „nicht auf eine andere für die Schwangere zumutbaren Weise Abwendbarkeit“ teilt sich in die faktische Abwendbarkeit und die Zumutbarkeit an sich. Festgehalten werden kann, dass bei den Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation innerhalb des § 218 a II StGB n.F. tatsächlich die Behebbarkeit in vielen Fällen bejaht werden könnte. Eine Ausnahme macht hierbei die Möglichkeit der Einleitung einer Frühgeburt (s.o.). Die präzise Beurteilung obliegt jedoch dem Arzt, so dass eine abschließende Stellungnahme hier nicht vorgenommen werden kann.

Ob die aufgeführten Alternativen sich dann als unzumutbar für die schwangere Mutter herausstellen, kann nur mittels einer am Einzelfall erfolgenden Abwägung der individuellen Umstände geprüft werden. Richtmaß dafür ist die Gesamtschau aller Umstände, so dass letztlich ein Problem der individuellen Zumutbarkeit bei § 218 a II StGB n.F. zu lösen ist. Damit ist hier nur ein Aufriss der Problematik möglich. Hervorzuheben ist noch, dass die früheren Voraussetzungen auf Seiten des Kindes (i.R.d. ehemaligen eugenischen Indikation gem. dem 15.StÄG), wenn überhaupt, dann nur vereinzelt i.R.d. Zumutbarkeitskriteriums Berücksichtigung finden können, wie bspw. die Nichtbehebbarkeit der Schädigung.

ff) Sonstige allgemeine Voraussetzungen für einen straffreien medizinisch-sozial indizierten Abbruch

Um einen Schwangerschaftsabbruch gerechtfertigt durchführen zu können, müssen auch noch folgende, hier nur kurz aufgeführte, Voraussetzungen neben dem eigentlichen Abbruchsgrund gem. § 218 a II StGB n.F. gegeben sein.

Dazu zählt zunächst, dass der Abbruch durch einen Arzt erfolgen muss. Dahinter stehendes Ziel ist, „Kurpfuschern“ entgegenzuwirken und der Schwangeren zu gewährleisten, dass sowohl die Diagnose richtig gestellt als auch der Eingriff in einer möglichst wenig gefährlichen und schonenden Weise vollzogen wird.¹⁰⁹⁹ Gerade aber für letzteres bürgt die Qualifikation als Arzt. Zu beachten ist, dass bei einem Schwangerschaftsabbruch durch Einnahme von Medikamenten der Arzt das Medikament verordnen sowie die ordnungsgemäße Einnahme überwachen muss.¹¹⁰⁰ Mit dem Hinzukommen neuer medizinischer Präparate, wie z.B. der Abtreibungspille RU 486, und deren Risiken während des weiteren Verlaufs, muss nun ebenso der bewirkte Fruchtabgang in die Überwachung durch den Arzt einbezogen werden.¹¹⁰¹

Weitere allgemeine Voraussetzung ist – nach nicht unumstrittener Meinung¹¹⁰² – die kunstgerechte Ausführung des Schwangerschaftsabbruchs.

Zwar ergibt sich die Pflicht zur Beachtung der Regeln der ärztlichen Kunst nicht aus dem Wortlaut des § 218 a StGB n.F., wohl aber aus der mitgeschützten Gesundheit der Schwangeren¹¹⁰³ und dem allgemeinen Grundsatz des rechtfertigenden Notstandes, dass zur Rettung eines bedrohten Rechtsgutes stets nur das relativ mildeste Mittel eingesetzt werden darf.¹¹⁰⁴ Zudem erscheint es unwahrscheinlich, dass die Schwangere zu einem anderem als dem nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführten Eingriff ihre Einwilligung erteilen würde und wollte.¹¹⁰⁵ Dem Gegenargument, der Bedingung der kunstgerechten Ausführung sei bereits mit den Tötungs- und Körperverletzungstatbeständen ausreichend Genüge getan, muss entgegengehalten werden, dass die §§ 223 ff StGB bei bloßer Gefährdung und bei einer Einwilligung der Schwangeren in das fehlerhafte Vorgehen des Arztes keinen ausreichenden Schutz bieten.¹¹⁰⁶

Gemäß § 218 a II StGB n.F. muss der Schwangerschaftsabbruch auch mit Einwilligung der Schwangeren erfolgen. Dies folgt schon aus der Tatsache, dass sich beim Fehlen dieser der Abbruch nicht nur als ein rechtswidriger Eingriff in ihre körperliche Integrität darstellt, sondern zugleich eine Missachtung ihres Rechtes auf die Mutterschaft, d.h. des Rechts der Mut-

¹⁰⁹⁹ So ausdrücklich das BVerfG in seiner 2. Entscheidung zum SSA –Recht, vgl. BVerfG E 88, 314

¹¹⁰⁰ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.21; Lackner, § 218 a, Rz.2; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.58

¹¹⁰¹ SK-Rudolphi a.a.O.; Lackner a.a.O.; Sch/Sch-Eser a.a.O.; Jähnke, LK, § 218 a, Rz.16 ff

¹¹⁰² Diese Anforderung stellt z.B. Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.59; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.22; Jähnke, LK, § 218 a, Rz.21

¹¹⁰³ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.59

¹¹⁰⁴ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.22

¹¹⁰⁵ So Jähnke, LK, § 218a, Rz.21

¹¹⁰⁶ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.22

ter, auch außergewöhnliche Belastungen auf sich zu nehmen oder gar ihre Gesundheit oder ihr Leben zu riskieren, um ihrem Kind das Leben zu schenken, bedeuten würde.¹¹⁰⁷

Für die Wirksamkeit dieser Einwilligung der Schwangeren sind die allgemeinen Einwilligungsgrundsätze maßgebend.¹¹⁰⁸

Als letztes muss subjektiv, wie bei jeder Rechtfertigung, der handelnde Arzt in Kenntnis der objektiven Indikationsvoraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. und damit mit Rettungswillen zugunsten der schwangeren Frau den Schwangerschaftsabbruch vorgenommen haben.¹¹⁰⁹

4. Gesamtergebnis zur Integration von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in § 218 a II StGB n.F.

Vorstehendes hat gezeigt, dass die vom Gesetzgeber angestrebte und mögliche Integration von Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in die geltende medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. nur, aber dann vorgenommen werden kann, wenn die durch den Wortlaut vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind.

Letztlich liegen dann ebenfalls nur „medizinische Fälle“ vor. Damit besteht durchaus die von Rudolphi¹¹¹⁰ angesprochene Gefahr, dass tatsächlich nicht alle Fälle der eugenischen Indikation von der medizinisch-sozialen Indikation erfasst werden. Denn es ist keineswegs sicher, dass immer, wenn der Schwangeren die mit der Geburt eines geschädigten Kindes verbundene Belastung nicht mehr zumutbar ist (war), gleichfalls eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren i.S. des Abs.2 vorliegt.¹¹¹¹

Die die im Tatbestand des § 218 a II StGB n.F. vorausgesetzte Gefahrenlage letztlich auslösende Schädigung des Ungeborenen kann nicht von vornherein abstrakt und generell bestimmt werden. Der Versuch, die nicht im geltenden Gesetzestext vorgesehenen früheren Bedingungen auf Seiten des Kindes, die die ehemalige eugenische Indikation in ihrem Wesen

¹¹⁰⁷ Vgl. SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.17; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.61, betont, dass es mit der Einwilligung nicht um die (für eine Rechtfertigung ungenügende) Einwilligung in die Tötung ihrer Leibesfrucht geht.

¹¹⁰⁸ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.61; Lackner, § 218 a, Rz.7; Eser/Hirsch, Sterilisation, S.175 ff

¹¹⁰⁹ Jähne, LK, § 218 a, Rz.23 ff; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.63 f

¹¹¹⁰ SK-Rudolphi, Vor § 218, Rz.47, § 218 a, Rz.8

¹¹¹¹ SK-Rudolphi a.a.O.

ausmachen und Anforderungen an die Behinderung des Kindes beschrieben, weiterhin berücksichtigen zu können, ist, von vereinzelt Ausnahmen abgesehen¹¹¹², fehlgeschlagen. Die Frage des „OB“ des weiteren Einflusses muss daher weitestgehend verneint werden.

Für den die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. beurteilenden Arzt bedeutet dies, dass er sich am Gesetzeswortlaut und nur daran zu orientieren hat; allerdings bietet das gleichzeitig eine sichere, weil in seinen Fachbereich fallende Beurteilungsgrundlage für ihn.

Da es von Einzelfall zu Einzelfall von den individuellen Umständen der Schwangeren abhängt, ob die in § 218 a II StGB n.F. geforderte unzumutbare Gefahrenlage für die Schwangere durch die Mehrbelastung mit einem geschädigten Kind gegeben ist, kann die gesamte Problematik der konkreten Integration nur angerissen werden.

C. DIE KONSEQUENZEN AUS DER BESTEHENDEN GESETZESLAGE FÜR DIE „EUGENISCHEN“ FALLKONSTELLATIONEN

Im Rahmen dieses Gliederungspunktes sollen die Folgen der Integration von Fällen, die nach dem Recht des 15.StÄG unter die separat aufgeführte eugenische Indikation fielen und nunmehr unter die medizinisch-soziale Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. fallen, näher erläutert werden. Dabei wird an dieser Stelle noch nicht eine Bewertung der aktuellen Gesetzesituation hinsichtlich der „eugenischen“ Fallkonstellationen innerhalb des § 218 a II StGB vorgenommen.

I. Der spezielle Aspekt des Fortfalls der 22-Wochen-(Begrenzungs-)Frist

Als erstes wird der mit dem Wegfall der eugenischen Indikation verbundene „Wegfall“¹¹¹³ der 22-Wochen-Frist als Grenze für die zeitliche Zulässigkeit einer Abtreibung der Betrachtung unterzogen.¹¹¹⁴

¹¹¹² Siehe als Ausnahme z.B. : die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts beim Kind; die Nichtbehebbarkeit der Schädigung, vgl. Teil 2. Pkt. B.III.3.b)

¹¹¹³ Teilweise wird statt von einem Wegfall der 22-Wochen-Frist von der „versteckten Fristverlängerung“ für die Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation gesprochen, so Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.43 gegen den sich Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.9a vehement wendet.

¹¹¹⁴ Hochreuter, KritV 1996, S.176 – FN.38, sieht die „Abschaffung“ der ehemaligen Befristung von 22 Wochen als Folge des Wegfalls der embryopathischen Indikation: „Indem die embryopathische Indikation weggefallen ist, hat der Gesetzgeberdiese Frage bereits beantwortet: Da jetzt auf die medizinische Indikation zurückgegriffen werden muß, die ihrerseits unbefristet ist, ist die Frist entfallen.“

1. Vergleich der Gesetzeslagen nach dem 15.StÄG, dem SFHG und nach dem SFHÄndG hinsichtlich der Abtreibungsfristen bei Fällen mit behinderten Kindern

Die eugenische Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG hatte folgenden Wortlaut: „Die Voraussetzungen des Abs.1 Nr.2 (=medizinisch-soziale Indikation) 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,(...)“ . Hinzukommend fand Abs.3 des § 218 a StGB i.d.F. des 15.StÄG auf die eugenische Indikation Anwendung. Dieser lautete: „In den Fällen des Abs.2 Nr.1 dürfen seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen.....verstrichen sein.“ Damit wurde eine zeitliche Grenze für die straffreie Abtreibung aufgrund dieser Indikation gesetzt. Mit dieser Bindung des Schwangerschaftsabbruchs an eine bestimmte Frist sollten nach Vorstellung des Gesetzgebers vordergründig zwei Ziele verfolgt werden:

Zum einen sollten Lebendgeburten¹¹¹⁵ vermieden werden.

Denn nach dem Stand der damaligen medizinischen Wissenschaft ging man davon aus, dass das Gewicht des Fötus mit etwa 600 g in der 22. Schwangerschaftswoche p.c. gerade noch unterhalb derjenigen Gewichtsgrenze liegen würde, die ihm aufgrund bereits vorhandener Reife¹¹¹⁶ ein Leben außerhalb des Uterus ermöglichen würde.¹¹¹⁷ Eine Lebensfähigkeit des Kindes außerhalb des Mutterleibes als Ausgang der Abtreibung, welche die Ärzte in tiefe berufsrechtliche und ethische Konflikte stürzen würde, sollte zu umgehen versucht werden. Dementsprechend war eine Fristverlängerung über die 22-Wochen hinaus aus Sicht des Gesetzgebers nicht möglich.

¹¹¹⁵ Unter einer Lebendgeburt sind Neugeborene zu verstehen, bei denen die Atmung, der Herzschlag, deutlich erkennbare Bewegungen oder die Pulsation der Nabelschnur festgestellt worden ist, vgl. Forster/Ropohl, Rechtsmedizin, S.120

¹¹¹⁶ Bemessen wird die Reife eines Neugeborenen an seiner Körperlänge (48-52 cm), seinem Gewicht (etwa 3000 g), seinem Kopfumfang (fronto-okzipital, 34-35 cm), der Schulterbreite (12,5 cm), der Hüftbreite (9,5 cm), der Länge der Nabelschnur (50 cm), dem Gewicht der Plazenta (500 g) und dem sagittalen Durchmesser des Kalkaneuskernes (9,5 – 13 mm) Die intrauterine Reifebestimmung erfolgt durch pränatale Lungenreifediagnostik und Bestimmung der Fetalgröße mittels Ultraschall. Die Lungen(un)reife gilt dabei als limitierender Faktor für ein Leben außerhalb des Uterus. Von der Reife zu unterscheiden ist die Lebensfähigkeit des Kindes, welche mit einer Körperlänge von etwa 35 cm angenommen wird. Die Lebensunfähigkeit kann jedoch wegen Unreife, geburtsbedingten Faktoren, konnatalen Erkrankungen oder Mißbildungen vorliegen.

Zum anderen sollten die vorhandenen Techniken der pränatalen Diagnostik¹¹¹⁸ auch in vollem Umfang ausgeschöpft werden können.¹¹¹⁹

Deshalb konnte nach Ansicht des Gesetzgebers ebenso keine Verkürzung der 22-Wochen – Frist in Betracht kommen.

Trotz dieser beiden Argumente war die Fristbindung von 22 Wochen sowohl bei ihrer Einführung mit dem 15.StÄG, wie auch danach sehr umstritten.

Allerdings stellt sie keine biologische Zäsur dar.¹¹²⁰

Sie ist auch nicht aus Rücksichtnahme gegenüber dem jeweiligen Arzt, der mit der Tötung der Leibesfrucht befasst ist, eingeführt worden. Seine Hemmungen, den Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen je näher der Zeitpunkt der Geburt herankommt, sind unberücksichtigt gelassen worden.¹¹²¹

Sie wurde genauso wenig gewählt, um Rücksicht auf die Schwangere zu nehmen, deren Empfindungen besonders durch die Wahrnehmung der ersten Kindesbewegungen beeinflusst werden.¹¹²² Auch die zu einem späten Zeitpunkt gegebene erhöhte gesundheitliche Gefahr für die Schwangere durch den Eingriff war nicht ausschlaggebend für diese Zeitpunktfestlegung; denn eine strafbewehrte Pflicht, Gefahren der eigenen Gesundheit vorzubeugen und sich entsprechend gesund zu verhalten, ist unserer Rechtsordnung nicht bekannt.¹¹²³

Übernommen wurde diese Begrenzungsfrist von 22 Wochen für Schwangerschaftsabbrüche dann auch in § 218 a III StGB i.d.F. des SFHG. Dort heißt es: „Die Voraussetzungen des Abs.2 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 seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind“.

¹¹¹⁷ Helmke, ZRP 1995, S.442; Cramer, ZRP 1992, S.138; BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3015

¹¹¹⁸ Dazu unten unter Pkt.Teil 2.C.2.a. noch genauer

¹¹¹⁹ Wilkitzki/Lauritzen, SSA in der BRD, S.53; Hanack, Noll-GS, S.200; Lt. Hochreuter, KritV 1996, S. 177 war zudem eine Untersuchung der genetischen Disposition des Embryos zunächst nur durch Amniozentese möglich.

¹¹²⁰ So insbesondere Hiersche in Tröndle-FS, S.671 f; ausführlich auch Beller, Medwelt 1985, 693 ff

¹¹²¹ Dass solche Hemmungen existieren zeigt der „Zittauer Fall“, wo die Schwangere in der 25. Woche von mehreren Ärzten und Krankenhäusern mit ihrem Abtreibungswunsch abgelehnt worden ist.

¹¹²² Schroeder-Kurth, MSchr. Kheilk.130 (1982), S.72 geht davon aus, dass insbesondere die ersten Kindesbewegungen sich auf die Einstellung der Schwangeren zur pränatalen Diagnostik und dem Schwangerschaftsabbruch auswirken, u.a. eine Abwehrhaltung dagegen aufbauen können.

¹¹²³ Siehe Pluisch, S.67

Dagegen ist mit der durch das SFHÄndG vorgenommenen Integration der Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a II StGB n.F. nach einhelliger Meinung¹¹²⁴ eine Frist für die Abtreibung behinderter Föten nicht mehr gegeben. Denn § 218 a II StGB n.F. ist – entnehmbar dem Gesetzestext – zeitlich nicht befristet. Ob es damit „nur“ zu einer „versteckten Fristverlängerung“¹¹²⁵ oder aber zu einer „Beseitigung jeder zeitlichen Begrenzung“¹¹²⁶ gekommen ist, ist letztlich unerheblich. Fest steht – und zu diesem Ergebnis gelangen beide Ansichten –, dass nunmehr auch geschädigte Föten in aller Regel über die frühere 22 Wochen-Frist hinaus bis kurz vor ihrer Geburt abgetrieben werden können.

Mit dieser Regelung könnte der Gesetzgeber den früher gegen die Frist vorgebrachten Argumenten, welche im Folgenden kurz vorgestellt werden, entgegengekommen sein. Denn allzu oft ist es im „alten“ Recht zum Versäumen der 22 Wochen-Frist gekommen, entweder durch Probleme bei der Feststellbarkeit der Schädigung¹¹²⁷, oder durch Unzulänglichkeiten beim Arzt¹¹²⁸ oder bei der Schwangeren.¹¹²⁹

Vorgebracht wurde bspw. gegen die als zu starr empfundene Fristbegrenzung i.R.d. ehemaligen eugenischen Indikation, dass diese im Widerspruch zum Leitgedanken der eugenischen Indikation stehe. Mit dem Abstellen auf die Zumutbarkeit für die Schwangere und nicht die Schädigung des Kindes an sich verliert das Alter der Leibesfrucht an Bedeutung. Die Frist verhindert ja nicht die Geburt des behinderten Kindes und für die Frau ist und bleibt das Leben mit dem Kind nicht erträglich. Kurz gesagt: die Schädigung wurde i.d.R. durch die Frau nach Fristablauf nicht anders beurteilt als früher. Bei Rücksichtnahme auf die Frau war das Alter des Ungeborenen unerheblich.¹¹³⁰

Gegen die Frist sprach auch die Tatsache, dass es gerade deshalb oft zu Panikabbrüchen¹¹³¹ kam. Teilweise ohne ein genaues Untersuchungsergebnis der p.D. abzuwarten und nur um die 22 Wochen zu wahren, wurden Abbrüche i.R.d. eugenischen Indikation bei Vermutung eines

¹¹²⁴ BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S.A-3014 f; Hennies, *Arztrecht* 1998, S.129; Helmke, *ZRP* 1995, S.441 f; Tröndle, *NJW* 1995, 3015; Hepp, *Gynäkologie* 1996, 407, 409; Beckmann, *MedR* 1998, S.157

¹¹²⁵ diesen Ausdruck verwendend: Sch/Sch-Eser, § 218 a, RZ.43

¹¹²⁶ So Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.9a

¹¹²⁷ Vgl.Pluisch, S.68

¹¹²⁸ Wenn dieser z.B. nur mangelhaft technisch ausgerüstet war, oder zu wenig Erfahrung bei der Beurteilung der sonographisch ermittelten Behinderung hatte, vgl. Hiersche/Jähnke, *MDR* 1986, S.1 ff (4)

¹¹²⁹ Bspw. konnte die Schwangere den Arzt zu spät konsultieren oder anamnestisch „falsche“ Angaben machen, vgl. Hiersche/Jähnke, *MDR* 1986, 1 ff (4)

¹¹³⁰ Vgl.Pluisch, S.89; auch Hiersche/Jähnke, *MDR* 1986, S.1 ff

¹¹³¹ Hiersche/Jähnke, *MDR* 1986, S.1; so auch Wilkitzki/Lauritzen, *SSA in der BRD*, S.53

behinderten Kindes durchgeführt.¹¹³² Damit wurde der befürchtete „Abortautomatismus“¹¹³³, der eigentlich vermieden werden sollte, eher noch gefördert.

Weiterhin wurde verschiedentlich die Diskrepanz zur anerkannten „Früheuthanasie“ gegen die zeitliche Begrenzung angeführt.¹¹³⁴ Wenn schwer(st)behinderte Embryonen/Föten bis zur 22. Woche und auch nach der Geburt getötet werden durften, erschien die Zeitspanne dazwischen ohne Möglichkeit des Abbruchs nicht verständlich und wurde als unzumutbar für die Schwangere angesehen. Warum sollte das Kind ausgetragen werden, wenn es kurz nach Geburt sterben gelassen werden müsste? Hier wäre das Argument des Gesetzgebers, die Geburt lebensfähiger Kinder durch die Begrenzung verhindern zu müssen, in den meisten Fällen ins Leere gegangen.

Wenn man die ehemalige eugenische Indikation als Begründung der Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruches grundsätzlich anerkannte, war weiterhin unergründlich, warum der indizierte Abort an eine Frist gebunden werden sollte. Das menschliche Leben war und ist zeitlich gestuften Werturteilen nicht zugänglich; von der Konjugation bis zum Tod war und ist es gleich hoch zu achten. Lag also eine Indikation vor, war der Abbruch im 1. oder 2. Trimenon ebenso zu beurteilen, wie derjenige im 3. Trimenon.¹¹³⁵

Für eine weitere Miss-Stimmigkeit sorgte die Tatsache, dass die rigide Fristgrenze lediglich für aktives Tun galt. Ein Umgehen der zeitlichen Begrenzung durch Unterlassen hingegen, z.B. durch den Nichteinsatz einer Tokolyse, sollte auch nach dem Fristablauf straflos bleiben.¹¹³⁶

Nicht nachzuvollziehen war auch folgendes:

Bei Fristversäumnis und einer gleichwohl durchgeführten Abtreibung hätte sich die Frau der Gefahr einer Bestrafung – Freiheitsstrafe bis zu einem 1 Jahr – ausgesetzt. Bestraft worden wäre aber lediglich das Überschreiten der Frist. Mit welcher Berechtigung sollte ein Eingriff, der z.B. eine Woche vorher noch straflos für die Schwangere ausgegangen wäre, nun eine

¹¹³² Pluisch, S.91 ging davon aus, dass die Frist eine Frau womöglich in den „vorsorglichen“ Abbruch der vielleicht gesunden Schwangerschaft trieb, „.....weil sie im unklaren über die Entwicklung oder Ausprägung des Defekts ist, dessen Vorhandensein und Ausmaß etwa aus zeitlichen Gründen nicht ausreichend abgeklärt wurde bzw. werden konnte.“

¹¹³³ Darunter ist der Vorgang zu verstehen, wenn die Diagnose „behindertetes Kind“ unweigerlich zu der Konsequenz „Abtreibung“ führt.

¹¹³⁴ So Hiersche/Jähnke, MDR 1986, S.1 f; Hochreuter, KritV 1996, S.177; Hanack, Noll-GS, S.205

¹¹³⁵ Siehe Cramer, ZRP 1992, S.139

Woche später durchgeführt, kriminelles Unrecht werden?¹¹³⁷ Hiergegen spricht schon die oben angesprochene Tatsache, dass menschliches Leben keine Wertungsstufen enthält.

Zu guter Letzt sprach gegen die zeitliche Begrenzung der eugenischen Indikation auch ein gesetzessystematisches Argument. Die vom Gesetz angelegte Konstruktion, dass es sich bei der ehemaligen eugenischen Indikation nicht um eine selbstständige Indikation, sondern nur um eine besondere Ausformung der medizinisch-sozialen Oberindikation handelte, ließ die starre Frist der eugenischen Ausnahmelage gegenüber der unbegrenzten medizinischen etwas unglaublich erscheinen.¹¹³⁸

Die genannten Argumente gegen eine zeitliche Begrenzung des Schwangerschaftsabbruchs von geschädigten Kindern sprachen für eine gesetzliche Regelung, wie sie jetzt für die „eugenischen“ Fallkonstellationen gilt.

Aber auch diese Abtreibung ohne zeitliche Befristung ist nicht folgenlos und soll daher eingehender untersucht werden.

2. Auswirkungen des Fristfortfalles von 22 Wochen

Als Folgen, v.a. negativer Art, die die Möglichkeit der Abtreibung von behinderten Föten nach der 22. Schwangerschaftswoche nach sich zieht, sind die Spätabtreibungen, die Vermehrung von Fällen der „Früheuthanasie“, die (eventuelle) Narkosepflicht für Spätabtreibungen und die Zwangslage der Schwangeren zu nennen.

(a) Spätabtreibungen

Durch die nach der geltenden Gesetzeslage nicht (mehr) bestehende zeitliche Begrenzung des Schwangerschaftsabbruches im Falle einer durch die Schädigung des Kindes und ihrer Belastung für die Schwangere ausgelösten medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB

¹¹³⁶ So Pluisch, S.93

¹¹³⁷ Diese Frage stellt Pluisch, S.93

¹¹³⁸ So Pluisch, S.93

könnte es zu vermehrten „Spätabtreibungen“ v.a. bei Fallkonstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation kommen.¹¹³⁹

Unter einer „späten“ Abtreibung ist dabei eine solche in einem „späten Schwangerschaftsstadium“ zu verstehen. Wann man davon sprechen kann, ist nicht eindeutig geklärt. Mit Blick auf die gleich zweimal zu findende Fristgrenze, 12 Wochen p.c. bei den „beratenen“ Abbrüchen (§ 218 a I) und ebenfalls 12 Wochen p.c. bei denen aufgrund „kriminologischer“ Indikation (§ 218 a III) könnte die 12. SSW p.c. die Schranke zwischen „Frühabort“¹¹⁴⁰ und „Spätabort“ ausmachen.

Nach medizinischer Ansicht wird allerdings die 16. SSW als Grenze gewählt. Ein danach erfolgter Abort ist als „Spätabort“ einzuordnen.

Wieder anders scheint die Bundesregierung einen „Schwangerschaftsabbruch in spätem Stadium“ einzuordnen, wenn sie als solchen einen „...nach der 24. Woche...“ bezeichnet.¹¹⁴¹ Ab diesem Zeitpunkt ist regelmäßig die Lebensfähigkeit des Fötus zu bejahen und dementsprechend kann mit einer Lebendgeburt bei dem Abbruch nach der gewöhnlichen Methode¹¹⁴², Induktion einer Wehentätigkeit durch Prostaglandin oder Oxytoxin, gerechnet werden.

Bei Beachtung des Folgenden kann davon ausgegangen werden, dass es sich um eine konfliktbehaftete Spätabtreibung zumeist erst ab einer im Stadium nach der 24.SSW p.m. (22.SSW p.c.) handelt, auch wenn grundsätzlich schon vor dieser Zeit¹¹⁴³ nach medizinischer Ansicht von einer „späten abruptio“ die Rede ist. Denn auch die frühere Entscheidung des Gesetzgebers, die 22. SSW p.c. als Grenze für letztmögliche Abbrüche wegen eugenischer Indikation (§ 218 a II Nr.1 i.V.m. § 218 a III StGB a.F.) anzusehen, deutet mit der dafür gegebenen Begründung – zur Vermeidung von Schwangerschaftsabbrüchen lebensfähiger Kinder¹¹⁴⁴ – darauf hin, dass dieser Zeitpunkt als der für die Lebensfähigkeit entscheidende angesehen wurde. Daher soll als „Spätabort“ in den Erläuterungen derjenige Abbruch nach der 24.SSW p.m. (22. Woche p.c.) angesehen werden; unabhängig davon, dass nach ärztlichen

¹¹³⁹ Dies befürchten z.B. Beckmann, MedR 1998, S.157; Hepp, Gynäkologie 1996, S.409. In trauriger Weise bestätigt wurden diese Sorgen durch die seit der Gesetzesänderung immer wieder in die Schlagzeilen geratenen Fälle, wie bspw. dem „Oldenburger Fall“ oder dem im Kreiskrankenhaus Zittau. Bei beiden ging es um Abbrüche in einem Schwangerschaftsalter, in dem eine Lebendgeburt zumindest nicht unwahrscheinlich ist.

¹¹⁴⁰ Zu beachten ist, daß „Frühabort“ (=frühe, vorzeitige Beendigung der Schwangerschaft durch Ausstoßung des Fetus mit einem Gewicht von unter 500g bei Fehlen aller für eine Lebendgeburt maßgeblichen Lebenszeichen) i.d.R. nicht mit „Frühgeburt“ (Geburt nach der 28.SSW und vor Beendigung der 37.SSW; i.d.R. kommt der Fötus zu diesem Zeitpunkt schon als Lebendgeburt zur Welt) gleichgesetzt werden darf und kann.

¹¹⁴¹ BT-Drs.13/5364, S.8

¹¹⁴² Siehe Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.500; BT-Drs. 13/5364, S.13

¹¹⁴³ Aber erst nach der 12. SSW p.c.

¹¹⁴⁴ Siehe Cramer, ZRP 1992, S.138; Hepp, Gynäkologie 1996, S.409

Angaben¹¹⁴⁵ schon bei 30% der Abtreibungen nach der 22. SSW p.m. (20.SSW p.c.) der Fötus (mit gegebener Lebensfähigkeit) überlebt.

Dass der Fristwegfall gerade die Zunahme von Spätunterbrechungen bewirken könnte, liegt v.a. daran, dass ohne eine zeitliche Begrenzung im Falle der medizinisch-sozialen Indikation bei „eugenischen“ Fallkonstellationen nunmehr alle medizinisch-wissenschaftlichen Methoden der pränatalen Diagnostik ohne Zeitdruck angewandt, im Zweifel sogar noch einmal wiederholt werden können. „Verdachtsabbrüche“, nur um es nicht zu einem Überschreiten der Frist kommen zu lassen, sind damit nicht mehr notwendig. Zudem konnten und können einzelne Untersuchungen, wie bspw. die invasiven Techniken der Amniozentese oder auch die Cordozentese, erst in einer späteren Schwangerschaftswoche durchgeführt werden, woran sich zumeist eine längere Dauer bis zur Chromosomenanalyse anschloss/anschließt, so dass ein Abbruch aufgrund sicherer Erkenntnis über die Folgen und Risiken kaum vor der 22.SSW p.c. stattfinden konnte und kann. Mit der nun gegebenen Sicherheit, auch bei einer Abtreibung nach der 22. SSW p.c. im Gegensatz zum „alten“ Recht nicht strafrechtlich belangt werden zu können, wird die Schwangere in die Lage versetzt, in Ruhe eine verantwortungsvolle Entscheidung zu treffen, die wegen des genau kalkulierten Risikos auch gerade zugunsten des Lebensschutzes ausfallen kann.

Zu beobachten ist aber auch, dass Abtreibungen von geschädigten Kindern im Spätstadium der Schwangerschaft innerhalb der unbegrenzten medizinisch-sozialen Indikation des § 218 a II StGB n.F. deshalb vermehrt zunehmen, weil Schwangere von einem vermeintlichen Recht auf Beendigung der Schwangerschaft zu jeder beliebigen Zeit ausgehen.

Welches Dilemma sich für alle Beteiligten mit einem späten Abort des behinderten Ungeborenen jedoch eröffnet, wird an folgendem besonders deutlich: „Eine späte Abtreibung ist manchmal eine Frühgeburt.“¹¹⁴⁶ Der vom Gesetzgeber als ausschlaggebend für die Einführung der früheren 22-Wochen-Frist angesehene Grund der möglichen, extra-korporalen Lebensfähigkeit hat mit den immer weiteren Fortschritten auf dem Gebiet der Neonatologie an Aktualität nichts eingebüßt, sondern mit der nun gegebenen, unbegrenzten Abtreibungsgelegenheit eher noch hinzu gewonnen.¹¹⁴⁷ Denn wie der Gesetzgeber betonte, erfolgt nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft auch der späte Schwangerschaftsabbruch durch die Induktion einer Wehentätigkeit.¹¹⁴⁸ Da diese Methode dem normalen Geburtsverlauf eines Frühgeborenen entspricht, wird die Geburt eines lebenden, wenn auch geschädigten Kindes wahrschein-

¹¹⁴⁵ Albring, zitiert bei Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57

¹¹⁴⁶ So titelte M. Behrens schon in der FAZ vom 16.07.1984

¹¹⁴⁷ Hepp, Gynäkologe 1996, S.407 ff (409)

¹¹⁴⁸ BT-Drs.13/5364, S. 13, 16

lich. In den wenigsten Fällen wird die Schädigung dabei aber solche Ausmaße annehmen, dass diese nicht mit dem Leben zu vereinbaren ist.¹¹⁴⁹

Wegen der grundsätzlichen Verpflichtung des Arztes, dass zur Erhaltung des Lebens Notwendige tun zu müssen,¹¹⁵⁰ kann der zuvor aktiv in Gang gesetzte Prozess des Tötens aber nicht mehr fortgeführt werden. Ab diesem Zeitpunkt muss das diametral entgegengesetzte Ziel verfolgt werden¹¹⁵¹, denn der Umstand, dass eine medizinisch-soziale Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. für einen Abbruch im Spätstadium gegeben war, vermag keinesfalls den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen für das Kind zu rechtfertigen.¹¹⁵² Ein solches „Abbruchkind“ unterliegt wie jedes andere Neugeborene dem Schutz der Rechtsordnung.¹¹⁵³ Damit bietet die Spätabtreibung neben den Vorteilen auch Nachteile für die Schwangere, über die sie vom Arzt umfassend aufgeklärt werden muss. Gesonderte gesetzliche und standesrechtliche Bestimmungen über eine Aufklärung bei einem späten Schwangerschaftsabbruch gibt es jedoch nicht.¹¹⁵⁴ Eine Hilfe in Form von Empfehlungen und Selbstverpflichtungen für die Ärzteschaft bei einem solchen Spätabort stellt die Erklärung der Bundesärztekammer von 1998 zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik¹¹⁵⁵ dar, der in aller Regel kranke bzw. behinderte Ungeborene trifft. Neben der genauen Analyse des Befundes und der Hervorhebung, dass Gegenstand der Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. nicht die Erkrankung, Entwicklungsstörung oder Anlageträgerschaft für eine Erkrankung des Embryonen/Fötus ist, sondern ausschließlich die unzumutbare, für die Schwangere entstehende Gefahr für das Leben bzw. der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes, wird empfohlen, v.a. die Folgen dieses gewünschten Abbruchs in der Beratung näher zu beleuchten, u.U. unter Hinzuziehung von Ärzten oder Beratern spezieller Fachgebiete.¹¹⁵⁶

Auf diese hier angeschnittenen, auf die Schwangere und den Arzt zukommenden Konsequenzen soll nun folgend eingegangen werden.

¹¹⁴⁹ In solch einem Falle könnte dann ein Behandlungsverzicht in Betracht kommen.

¹¹⁵⁰ So besteht auch gem. § 1 Abs.2 der Musterberufsordnung für die dt. Ärzte die Pflicht zur Lebenserhaltung, s.a. schon in der Eidesformel des Hippokrates.

¹¹⁵¹ Hepp, Gynäkologie 1996, S.409; BT-Drs. 13/5364, S.14; für das „alte“ Recht schon Hanack, Noll-GS, S. 203

¹¹⁵² So eindeutig BT-Drs. 13/5364, S.14

¹¹⁵³ Mit Geburtsbeginn greifen die gegenüber den Abtreibungsvorschriften in der Bestrafung „strengerer“ Vorschriften der §§ 211 ff StGB n.F. ein.

¹¹⁵⁴ Die Aufklärung ergibt sich vielmehr aus der allgemeinen ärztlichen Aufklärungspflicht, wie sie auch bei anderen Eingriffen besteht und durch die Rspr. bereits konkretisiert worden ist. vgl. Lenckner in Eser/Hirsch, Sterilisation, S.191, zu den Anforderungen der Aufklärung bei der Sterilisation; s.a. BT-Drs.13/5364, S.17

¹¹⁵⁵ BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S.A-3013 ff (A-3015)

¹¹⁵⁶ Vgl. dazu : Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3015 f

aa) Die Möglichkeit der Ausschöpfung der pränatalen Diagnostik

Die späte Abtreibung eines Ungeborenen könnte insoweit von Vorteil sein, als dass gerade in den früher der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Fällen, welche nunmehr innerhalb der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. weiterhin Geltung erlangen und zum Abbruch der Schwangerschaft führen können, zunächst eine gründlich klärende Pränataldiagnostik erfolgen und aufgrund dieser u.U. auch eine Entscheidung der Schwangeren zugunsten des Ungeborenen und seines Lebensinteresses getroffen werden kann. Denn es können sowohl „Verdachtsabbrüche“¹¹⁵⁷ ausgeschieden werden, als auch „Panikabbrüche“¹¹⁵⁸ aufgrund fehlender reiflicher Überlegungszeit.

Eine solche pränatale Diagnostik ist ein wichtiger Bestandteil der pränatalen Medizin, die der Betreuung der Rat suchenden Schwangeren und des Ungeborenen dient.¹¹⁵⁹ Die pränatale Diagnostik beinhaltet dabei alle die diagnostischen Maßnahmen, durch die morphologische, strukturelle, funktionelle, chromosomale und molekulare Störungen vor der Geburt erkannt oder ausgeschlossen werden können.¹¹⁶⁰ Während bei deren Einführung neben der Absicht, die perinatale Morbidität und Mortalität zu reduzieren, die Klärung des Risikos für spezifisch genetisch bedingte Erkrankungen im Einzelfall im Vordergrund stand, ist aufgrund der außergewöhnlich erfolgreichen medizinischen und medizin-technischen Entwicklung die Schwangerenberatung in das Zentrum der Pränataldiagnostik gerückt.¹¹⁶¹ Sie erfordert solide Sachkenntnis zu genetischen Fragen und therapeutischen Möglichkeiten und Risiken; daneben eine verständnisvolle Aussprache und eine Erörterung der elterlichen Entscheidungsoptionen.¹¹⁶² Grund für eine derartig angelegte Schwangerenvorsorge ist der verständliche und allgemein akzeptierte Wunsch von Eltern, schon vor der Geburt ihres Kindes wissen zu können, ob sie ein „gesundes Kind“ erwarten.¹¹⁶³ Dahinter steckt das Verlangen nach größtmöglicher Sicherheit in einer unsicheren Welt¹¹⁶⁴ und das Bedürfnis, wenn, dann Risiken frühzeitig zu erfahren und abzuwehren. Dementsprechend zielt die Pränataldiagnostik weiterhin darauf ab, durch Früherkennung von Fehlentwicklungen eine optimale Behandlung der Schwangeren und des

¹¹⁵⁷ Vgl. Wilkitzki/Lauritzen, SSA in der BRD, S.53

¹¹⁵⁸ Vgl. Helmke, ZRP 1995, S.442

¹¹⁵⁹ BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. C-2284; Gemeinsame Texte 11, S.7; Wisser in Keller, S.403 ff

¹¹⁶⁰ In Anlehnung an die Definition der „European Study Group on Prenatal Diagnosis“, vgl. Dt.Ärztebl.1998, S. C-2284

¹¹⁶¹ Dt.Ärztebl.1998, S.C-2284

¹¹⁶² Dt.Ärztebl.1998, S. C-2284

¹¹⁶³ Dies erkennen übereinstimmend auch die beiden großen Kirchen in Deutschland, die Katholische und die Evangelische Kirche, an, vgl. Gemeinsame Texte 11, S.5 u. S.13

¹¹⁶⁴ So auch Ehrlich, Denkverbot, S. 76, die das Sicherheitsbedürfnis aus der Verklärung des Umstandes Geburt zu einem bewußt geplanten und mit bestimmten Wünschen und Gefühlen besetzten Ereignis, welches die persönlichen Lebensverhältnisse verändert, schlußfolgert.

(ungeborenen) Kindes zu ermöglichen, Befürchtungen und Sorgen der Schwangeren zu objektivieren und abzubauen und der Schwangeren Hilfe bei der Entscheidung über die Fortsetzung oder den Abbruch der Schwangerschaft zu geben.¹¹⁶⁵

Bei jeder Schwangerschaft besteht ein Basisrisiko für Erkrankungen oder Fehlentwicklungen. Daneben gibt es zusätzlich auch Familien mit einem hohen Wiederholungsrisiko für eine schon einmal aufgetretene, erblich bedingte Erkrankung. In beiden Fällen bietet die pränatale Diagnostik die Möglichkeit, mit ihrer Hilfe die Angst vor einem (behinderten) Kind zu nehmen. Die Ansichten, dass

die „Schwangerschaft auf Probe“ ein Experimentieren mit dem eigenen Ungeborenen bedeutet,

die Annahme und Geborgenheit den betroffenen Föten im ersten Teil der Schwangerschaft vorenthalten werde,

im Falle einer Schädigung das in seiner Eigenart „ungewollte Kind“ „zu Tode geboren werde“, womit die Frauen zu Mittäterinnen an der aggressiven Verachtung Behinderter werden,

die Frauen sich der Technologie ausliefern würden, die ihnen die „Gebärpotenz“ nimmt und sich davon auch noch ein perfektes Kind erwarten,

lassen außer acht, dass gerade diese Untersuchungsmethoden in vielen Fällen den Lebens- und Gesundheitsinteressen des Ungeborenen dienen und dessen Chancen noch verbessern.¹¹⁶⁶

Mit der Bestätigung des Wunsches mittels gezielter Ausschlussdiagnostik wird die Unsicherheit von der Schwangeren genommen und v.a. für „Risikoschwangerschaften“ wird der Entschluss zu einem Kind erleichtert. Abbrüche aus bloßen Schädigungswahrscheinlichkeiten heraus können mit der Pränataldiagnostik stark vermindert werden. Damit bekommt die Schwangerschaft einen stabilisierenden Effekt.¹¹⁶⁷ Klar ist jedoch, dass auch bei einem unauffälligen Befund keine Garantie für ein gesundes Kind gegeben werden kann.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁵ So gemäß der Richtlinien zur pränatalen Diagnostik....., herausgegeben durch die BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S.C-2285

¹¹⁶⁶ Wilkitzki/Lauritzen, SSA in der BRD, S.53 sprachen sich schon beim „alten“ Recht dafür aus, dass weder „.....die kindliche Indikation als Anerkennung des Euthanasie-Gedankens mißverstanden werden (durfte), (noch) ...auf der pränatalen Diagnostik das Odium der Abtreibungsmedizin haften (sollte). Ihre (der p.D.) Aufgabe ist es nicht, beim Nachweis einer erwarteten Schädigung des Kindes zu raten oder gar zu drängen, sondern sie will, indem sie eine positive oder negative Prognose stellt,das Risiko kalkulierbarer machen.“

¹¹⁶⁷ Siehe Wisser in Keller, S.405

¹¹⁶⁸ Auch Wisser in Keller, S.415 geht davon aus, dass sich eine „...dem Lebensrecht verpflichtete Pränatalmedizin ...nicht als von der Gesellschaft oft geforderter Garantieschein für ein gesundes und perfektes Kind mißbrauchen“ läßt.

In den anderen Fällen können sich die Eltern mittels des Diagnostikergebnisses frühzeitig auf ein behindertes Kind einstellen.¹¹⁶⁹ Denn da – wie schon erläutert – die bloße Tatsache einer Behinderung des Ungeborenen auch nach geltendem Recht nicht für eine Abtreibung gem. § 218 a II StGB ausreicht, rechtfertigen allein die aus der Pränataldiagnostik gewonnenen Erkenntnisse und deren Bewertung nicht das Zuraten, Fordern oder Durchsetzen eines Schwangerschaftsabbruches.¹¹⁷⁰ Den betroffenen Beteiligten können konkrete Hilfsangebote durch eine gezielte Betreuung und Beratung unterbreitet werden; ihre Eigenkräfte können mobilisiert werden, auch zu diesem Kind vorbehaltlos JA zu sagen.¹¹⁷¹ Nicht immer, aber zumindest in einigen Fällen, kann sich an die pränatale Diagnostik auch eine intrauterine Behandlung oder eine postnatale Therapie anschließen. Damit dient sie dem Kampf der Medizin gegen fetale Krankheiten.¹¹⁷² Das Ungeborene soll als Patient Hilfe erfahren.¹¹⁷³ Doch haben sich trotz einiger Erfolge, bspw. bei Fehlbildungen des Harntraktes und dem angeborenen Wasserkopf¹¹⁷⁴, die großen Hoffnungen auf erfolgreiche prä- und postnatale Therapien und Operationen noch nicht erfüllt. Die Schere zwischen diagnostizierbarem und therapierbarem scheint sich weiter zu öffnen.¹¹⁷⁵ Doch mit dem weiteren Fortschritt auf medizinischem und medizinisch-technischem Gebiet ist ein Gleichschritt zukünftig nicht unwahrscheinlich. Selbst wenn eine Therapierbarkeit des behinderten Fötus ausscheidet, ermöglicht doch die pränatale Diagnostik mit der durch sie gegebenen, von umfassender Sachkenntnis getragenen Information der Schwangeren/ den Eltern eine tragfähige Entscheidung für oder gegen die Fortsetzung der Schwangerschaft.¹¹⁷⁶ Bei dem Entschluss für die Austragung des geschädigten Kindes¹¹⁷⁷ kann zudem u.U. die beste Geburtsmethode, der Geburtsort und die Geburtszeit abgestimmt und vorbereitet werden.

¹¹⁶⁹ Wilkitzki/Lauritzen, SSA in der BRD, S.53 gehen davon aus, „...je kalkulierbarer ein Risiko ist, um so größer ist auch die Chance, dass es in voller Kenntnis der Folgen akzeptiert und getragen wird.“

¹¹⁷⁰ Dt. Ärztebl. 1998, S. C-2285

¹¹⁷¹ Gemeinsame Texte 11, S. 6

¹¹⁷² Laufs, MedR 1990, S.231

¹¹⁷³ ... und als solchem muß ihm wie jedem anderen Patienten auch bei dem vorgeburtlichen Eingriff vom Arzt genügende Aufmerksamkeit entgegengebracht werden; ebenso müssen Nutzen und Gefahren für das Kind sorgsam gegeneinander abgewogen werden. Denn schon im Gelöbnis der Berufsordnung für die deutschen Ärzte ist folgender Passus enthalten: „Ich werde jedem Menschenleben von der Empfängnis an Ehrfurcht entgegenbringen und selbst unter Bedrohung meine ärztliche Kunst nicht in Widerspruch zu den Geboten der Menschlichkeit anwenden.“, siehe Laufs, MedR 1990, S.231 ff (231 f)

¹¹⁷⁴ Allerdings wird in der medizinischen Praxis von pränatalen Liquorableitungen beim Hydrozephalus wieder Abstand genommen, da die Prognose dieser intrauterin behandelten Kinder in der Regel weiterhin schlecht blieb und die Ventrikulomegalie häufig mit zusätzlichen Fehlbildungen vergesellschaftet war., vgl. Feige/Rempfen/Würfel u.a., Frauenheilkunde, S.281

¹¹⁷⁵ Laufs, MedR 1990, S.231; ähnlich auch Feige/Rempfen/Würfel u.a., Frauenheilkunde, S. 281, Eberbach, JR 1989, S.268 geht davon aus, dass zwar der Wunsch zu erkennen und zu heilen Hand in Hand gehen, die realen Möglichkeiten indes der pränatalen Diagnostik eindeutige Vorteile gewähren.

¹¹⁷⁶ Wisser, Keller, S.415

¹¹⁷⁷ Denn durch die Anerkennung der Möglichkeit, dass die durch behinderte Kinder ausgelöste Belastung sich gesundheitlich bei der Schwangeren niederschlagen könnte und somit die medizinisch-soziale Indikation ein-

Insoweit stellt sich die pränatale Diagnostik als vorteilhaft dar.

Die vorhandenen Techniken zur intrauterinen Diagnostik können aber z.T. erst zu einem recht späten Zeitpunkt, etwa ab der 20./22. SSW umfassend ausgeschöpft werden. Ursache dafür kann sein, dass zum einen einzelne Untersuchungsmethoden erst ab einer bestimmten Entwicklungsstufe des Embryos/Fötus angewandt werden und nur dann präzise Ergebnisse liefern können¹¹⁷⁸, zum anderen auch Wiederholungen der Untersuchungen durchgeführt werden müssen.¹¹⁷⁹

Die Verfahren unterteilen sich in invasive und nicht-invasive.

Dem gehen in Deutschland i.R. einer Schwangerenvorsorge regelmäßige Kontrollen beim Frauenarzt mit Messung von Blutdruck und Puls, die Bestimmung der Gewichtskurve, die Kontrolle von Blut- und Urinbefunden voraus.¹¹⁸⁰ Die Überprüfung der Blutgruppen beider Eltern und somit die Erfassung einer Blutgruppenunverträglichkeit und die Bestimmung des Röteln-Titers gehören dazu.¹¹⁸¹ Daneben wurden regelmäßige Ultraschalluntersuchungen¹¹⁸² eingeführt, mit denen die kindliche Größenentwicklung, die Menge des Fruchtwassers und im Einzelfall damit auch fetale Fehlbildungen erfassbar sind. Nach einer Indikation schließen sich an diese allen Schwangeren routinemäßig zur Verfügung stehenden Untersuchungen die Maßnahmen der Pränataldiagnostik an. Zu den nicht-invasiven Methoden, also solchen, bei denen die Fruchthöhle nicht eröffnet wird, zählen die Blutuntersuchungen der Schwangeren auf Alpha-1-Fetoprotein (AFP)¹¹⁸³ zwischen der 14. und 16. SSW, der sog. Triple – Test¹¹⁸⁴ etwa in der 17. bis 20. SSW sowie der spezielle Ultraschall zwischen der 18. bis 22. SSW. Der Triple-Test baut darauf, dass AFP im Blut der Frau mit fortschreitender Schwangerschaftsdauer abfällt, während die beiden schwangerschaftsspezifischen Hormone ein gegenläufiges Konzentrationsverhalten zeigen. Aus den Konzentrationen der beiden Parameter und dem Alter der Schwangeren wird ein Quotient errechnet, der mit dem sog. Altersrisiko für Down-Syndrom verglichen wird.¹¹⁸⁵ Übersteigt das so für die jeweilige Schwangerschaft er-

schlällig sein könnte, soll und darf den Eltern nicht die Chance genommen oder erschwert werden, das erwartete Kind zu akzeptieren und die Mühen und das lebenslange Engagement auf sich zu nehmen, die mit der Geburt eines behinderten Kindes verbunden sind, vgl. Wilkitzki/Lauritzen, SSA in der BRD, S.53.

¹¹⁷⁸ Weil die Schädigungen zu diesem Termin frühestmöglich feststellbar sind

¹¹⁷⁹ Vgl. Pluisch, S.67 f; Helmke, ZRP 1995, S.442; Cramer, ZRP 1992, S.137 f

¹¹⁸⁰ Jedes Kind ist liebenswert, Woche für das Leben 1997, S. 8

¹¹⁸¹ Jedes Kind ist liebenswert, Woche für das Leben 1997, S.8

¹¹⁸² Diese Ultraschalluntersuchungen, wie auch die zuvor genannten Vorsorgeuntersuchungen sind durch die Mutterschaftsrichtlinien, welche den gesetzlich niedergelegten Anspruch (vgl. § 196 RVO) der Schwangeren auf ärztliche Betreuung konkretisieren, vorgeschrieben

¹¹⁸³ Ist das AFP niedriger, besteht ein Verdacht auf Chromosomenstörung beim Kind, am ehesten das Down-Syndrom. Hinzukommt ein Verdacht auf eine diabetische Stoffwechsellage der Schwangeren. Ist das AFP hingegen erhöht, kommt u.U. ein Neuralrohrdefekt (z.B. offener Rücken) in Betracht., vgl. Murken, Kinderheilkunde, S.152

¹¹⁸⁴ Analyse von drei chemischen Stoffen im Blut der Schwangeren

¹¹⁸⁵ Jedes Kind ist liebenswert, Woche für das Leben 1997, S.8; Dt. Ärztebl. 1998, S.C-2286

mittelte Risiko deutlich das altersgemäß erwartete, so wird zur Klärung des Chromosomenbefundes eine Amniozentese empfohlen.

Mittels der neuen Ultraschallgeräte können Störungen in der somatischen Entwicklung des Kindes, einschließlich zahlreicher Fehlbildungen pränatal erkannt werden.¹¹⁸⁶ Leiden, die mittels einer Zellkultur nicht diagnostizierbar sind, lassen sich aufgrund der mit ihnen im Allgemeinen verknüpften äußeren Anomalien der Körperform durch den Ultraschall darstellen. Im Übrigen ist die Ultraschalldiagnostik zur Lokalisation der Plazenta und zur Überwachung des Punktionsweges bei allen invasiven Eingriffen unentbehrlich.¹¹⁸⁷

Als invasive Verfahren, welche sich wegen des mit ihnen verbundenen Fehlgeburtsrisikos und weiteren Schädigungen für Kind und Mutter zumeist erst nach einer bestimmten Indikation¹¹⁸⁸ an die nicht-invasiven anschließen, sind die Chorionzottenbiopsie in der 7. bis 12. SSW, die Amniozentese im Zeitpunkt der 13. – 18. SSW, die Plazentazentese ab der 20. SSW, die Cordozentese in der 21. – 23. SSW und die Fetoskopie ca. in der 22. SSW zu nennen. Mittels dieser invasiven Methoden ist eine genaue Analyse der Chromosomen des Fötus möglich; man kann eine direkte genetische Information über den Fötus erhalten.¹¹⁸⁹

Allerdings gelangen diese Untersuchungsmethoden – wie gezeigt – erst ab einem späteren Schwangerschaftsalter (mit Ausnahme der Chorionzottenbiopsie) zur Anwendung. Hinzu kommt, dass die Auswertung des konkreten Untersuchungsergebnisses weiterhin Zeit beansprucht, die u.U. wie bei der Amniozentese 2 – 3 Wochen ausmachen kann.¹¹⁹⁰

Dementsprechend kann von einer Ausschöpfung der vorhandenen Techniken der intrauterinen Diagnostik auch erst in einem späten Stadium der Schwangerschaft (um die 20./ 22. Woche herum) gesprochen werden. Dieses Argument war folglich auch Motiv für den Gesetzgeber, die Frist i.R.d. ehemaligen eugenischen Indikation gem. § 218 a II Nr.1 StGB i.d.F. des 15. StÄG auf die „späten“ 22 Wochen festzusetzen.

Mit der nunmehr sogar unbegrenzt gegebenen Möglichkeit, behinderte Ungeborene bei Erfüllung der medizinisch-sozialen Voraussetzungen gem. § 218 a II StGB n.F. (s.o.) abzutreiben, wird eine Ausschöpfung der pränatalen Diagnostik erreicht.

Ohne Eile können die vorhandenen Techniken ausgenutzt, u.U. wiederholt und ausreichend bedacht werden. Dem befürchteten Abortautomatismus, die Feststellung der Schädigung be-

¹¹⁸⁶ Bspw. lassen Besonderheiten der Gesichtsbildung auf bestimmte Krankheitsbilder schließen. Herzfehler, Nierenabnormalitäten, Fehlentwicklungen im Bereich von Gehirn, Rückenmark, Skelett, der Extremitäten und Bauchorgane sind feststellbar. vgl. Jedes Kind ist liebenswert, Woche für das Leben 1997, S.9

¹¹⁸⁷ Murken, Kinderheilkunde, S.152

¹¹⁸⁸ Vgl. Dt. Ärztebl. 1998, S. C-2286; Murken, Kinderheilkunde, S.154 f

¹¹⁸⁹ Murken, Kinderheilkunde, S.153

¹¹⁹⁰ Bei der Cordozentese dauert es bis zur Chromosomenanalyse etwa 1 Woche, bei der Chorionzottenbiopsie von einem Tag bis zu einer Woche, vgl. Murken, Kinderheilkunde, S.153.

deutete fast immer gleichzeitig die Entscheidung gegen das Kind, kann so besser entgegengetreten werden.

Neben den soeben aufgezeigten Vorteilen ist die pränatale Diagnostik natürlich auch nicht frei von Nachteilen. Mittels ihrer Methoden, insbesondere dem Ultraschall, wird die Leibesfrucht für die Schwangere immer weiter erfassbar. Die Zeiten, dass die Schwangerschaft durch Er tasten und später eintretende körperliche Veränderungen bekannt wurde und von einer Behinderung des zukünftigen Kindes erst mit dessen Geburt erfahren werden konnte, gehören längst der Vergangenheit an.¹¹⁹¹ Was von der Mehrzahl der Schwangeren selbst als wunderbar und ergreifend erlebt¹¹⁹² wird, die (bildliche) „Sichtbarmachung“ des Ungeborenen¹¹⁹³, kann nicht nur dazu führen, dass eine enge Beziehung zwischen Mutter und Kind schon während der Schwangerschaft aufgebaut wird. Mit den erlaubten Einblicken in die Gebärmutter der Frau und der Möglichkeit, Bilder von dem sich entwickelnden Kind zu entwerfen, können natürlich auch fetale Fehlbildungen, Abnormitäten erfasst werden.¹¹⁹⁴ Weitere Untersuchungen offenbaren chromosomal bedingte Entwicklungsstörungen und erblich bedingte Stoffwechselerkrankungen bzw. selbst Anlagen dazu, die noch keine Symptome zeigen und erst – nach einer Zeit unbehinderten Lebens – im Erwachsenenalter ausbrechen, können mittlerweile diagnostiziert werden.¹¹⁹⁵ Auch Aussagen über bestimmte Krankheitsdispositionen, bspw. ob jemand im Laufe seines Lebens Arteriosklerose¹¹⁹⁶ oder Neurodermitis¹¹⁹⁷ oder Allergien entwickeln wird, werden keine Seltenheit mehr sein. Der Kreis nachweisbarer Krankheiten hat sich erheblich erweitert und wird sich zukünftig noch erweitern.¹¹⁹⁸ Infolge der technischen Fortschritte können bereits jetzt zahlenmäßige Abweichungen und Verkürzungen einzelner Finger und Zehen, Ohrmuschelveränderungen und sogar ein Hautödem im Mutterleib aufgedeckt werden.¹¹⁹⁹ Wie man daran erkennen kann, lassen sich also durch die Erweiterung

¹¹⁹¹ Wie Eberbach, JR 1989, S.266 schreibt, ist „...Schwangerschaft...nicht länger geheimnisvolles Leben Schenken. Sie wird statt dessen zum wissenschaftlich hell ausgeleuchteten medizinisch-technischen Mechanismus – in der Entstehung (hormonell) stimuliert; im Fortgang (diagnostisch) kontrolliert; im Abschluß (medikamentös) programmiert.“

¹¹⁹² Eberbach, JR 1989, S.265; Beermann, Fadenkreuz, S.71 zitiert neben positiven Reaktionen auf die Möglichkeit des US-Verfahrens auch negative, wo Schwangere durch das Bild ihres Babys nervös geworden sind oder ihre Phantasievorstellungen zerstört worden sind.

¹¹⁹³ Gemeinsame Texte 11, S.5; Beermann, Fadenkreuz, S.65 f; Heersche, MedR 1989, S.304 f; BÄK, Dt. Ärz-tebl. 1998, S. C-2284

¹¹⁹⁴ Pluisch, S.4; Hiersche, MedR 1989, S.304

¹¹⁹⁵ Vgl. schon Pluisch, S.3f

¹¹⁹⁶ Wichtigste und häufigste krankhafte Veränderung der Arterien mit Verhärtung, Verdickung, Elastizitätsverlust und Lichtungseinengung

¹¹⁹⁷ Atopisches Ekzem, Beginn oft in der frühen Kindheit mit Juckreiz, Rötung, Schuppung, Nässen und Krustenbildung besonders an den Wangen und dem behaarten Schopf

¹¹⁹⁸ Lt. Pluisch, S.4 waren bereits 1988 165 Erbkrankheiten pränatal nachweisbar.

¹¹⁹⁹ Hansmann, DNÄ v.19.01.1989, S.5 zitiert nach Pluisch, S. 4 f

des Umfanges der vorgeburtlichen Ermittlungen auch kleinste Fehlentwicklungen des Ungeborenen diagnostisch festmachen.¹²⁰⁰

Gerade darin aber liegt die Gefahr der pränatalen Diagnostik: sie weckt mit ihren Möglichkeiten (weitere) Begehrlichkeiten.¹²⁰¹ Der verständliche Wunsch nach einem gesunden Kind¹²⁰² kann schnell in einen vermeintlichen „Anspruch“ auf ein solches umschlagen. Damit würde schließlich eugenischen Tendenzen Vorschub geleistet. Andererseits können Eltern bzw. die Schwangere durch das Ausgreifen der p.D. unter den forensisch erhöhten Druck geraten, von den neuen Erkenntnismöglichkeiten Gebrauch machen zu „müssen“; zur Inanspruchnahme dieser letztlich gedrängt zu werden.¹²⁰³

Wenn durch die vorgeburtlichen Untersuchungsmethoden dann aber „Mängel“ des Kindes festgestellt werden, könnte es schon frühzeitig zum Aufbau einer Abwehrhaltung der Frau oder der Eltern gegenüber ihrem Kind kommen. Insbesondere könnte die umfassende Pränataldiagnostik, mit bedingt durch die in der Gesellschaft schon verbreitete Ansicht „behinderte Kinder seien nicht nötig“, einen sog. „Abortautomatismus“¹²⁰⁴ nach sich ziehen. Die Pflicht zum unbehinderten Kind würde nach Feststellung des Gegenteils einen unheilvollen Zusammenhang zwischen der diagnostizierten Schädigung und der Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch herstellen.¹²⁰⁵ Schon geringe Schädigungen wären nicht nur diagnostizierbar, sondern v.a. abtreibbar.¹²⁰⁶ Zwar kann dem entgegengehalten werden, dass heute unter juristischen¹²⁰⁷ wie medizinischen¹²⁰⁸ Vertretern weithin anerkannt ist, dass die bloße Tatsache eines auffälligen Befundes beim Ungeborenen nicht zu einem gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch führen kann, sondern die Erkrankung, Entwicklungsstörung oder Anlage-trägerschaft eines Kindes für eine Krankheit die in § 218 a II StGB vorausgesetzten Bedingungen erfüllen¹²⁰⁹ muss. Trotzdem bedeutet die Diagnose einer Schädigung/Behinderung

¹²⁰⁰ Eberbach, JR 1989, S.266 läßt der p.D. eine „Vorreiterrolle“ zukommen. Sie „...gestatte nicht nur immer mehr und auch geringfügigere Mängel aufzudecken, sondern ebenso zum Beispiel pränatale Viruserkrankungen, die zu Folgeschäden führen können, sowie andere erworbene Schädigungen.

¹²⁰¹ Eberbach, JR 1989, S.266

¹²⁰² Ehrlich, Denkverbot, S.76; auch die beiden „großen“ Kirchen in Deutschland akzeptieren den Wunsch nach einem gesunden Kind als „natürlich“, vgl. Gemeinsame Texte 11, S.5

¹²⁰³ Laufs, MedR 1990, S.232; Gemeinsame Texte 11, S.14 sprechen von einem „Sog zur Anwendung“, obwohl einer solchen Entwicklung mit der Notwendigkeit von Indikationen zur über die i.R.d. Schwangerenvorsorge hinausgehenden Pränataldiagnostik vorgebeugt ist.

¹²⁰⁴ Die negative Diagnose bedeutet unweigerlich die Konsequenz: Abbruch.

¹²⁰⁵ Von einem „unheilvollen Zusammenhang“ gehen Cramer, ZRP 1992, S.137; Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-2975 aus; ähnlich auch Hepp, Gynäkologe 1996, S.408.

¹²⁰⁶ Das derartige Befürchtungen gehegt werden, kommt insbesondere in dem Anfang 1999 mit der Bundesjustizministerin Däubler-Gmelin geführten Interview zum Ausdruck., vgl. Spiegel, Nr.27 / 1999, S.35

¹²⁰⁷ Siehe nur Schumann/Schmidt/Recla, MedR 1998, S. 498 ff

¹²⁰⁸ Vgl. nur BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3014

¹²⁰⁹ So. die ausführliche Auseinandersetzung

zumindest in den allermeisten Fällen einen schweren menschlichen Gewissenskonflikt zwischen Einhaltung oder Nichteinhaltung des grundsätzlichen Tötungsverbotes.¹²¹⁰

Die umfassende Erkenntnismöglichkeit durch die pränatale Diagnostik hält zudem die Gefahr bereit, den potentiellen Eltern eine „Schwangerschaft auf Probe“ zu eröffnen¹²¹¹; „gefällt“ das zukünftige Kind, kommt es zum Austragen, „gefällt“ es hingegen nicht, bleibt ja noch der Abbruch als Ausweg.

Die aufgrund der immer umfassenderen Schwangerenvorsorge zu befürchtende, unkontrollierte Verbreitung der pränatalen Diagnostik und deren routinemäßige Nutzung kann dazu führen, dass sich die Bewertung von Krankheit und Behinderung sowie das Verständnis von „Normalität“ verändert und sich schleichend eine Diskriminierung von Menschen mit bestimmten genetischen Merkmalen durchsetzt.¹²¹² Die Möglichkeit, pränatale Untersuchungen in Anspruch zu nehmen, könnte folglich ebenso eine schwindende Bereitschaft nach sich ziehen, von Geburt an behinderte Menschen anzunehmen und in ihnen eine Lebensaufgabe zu sehen. Warum sollte die Gesellschaft solche Kinder akzeptieren, wenn sie ja ungeboren hätten bleiben können?¹²¹³

Als weiterer Aspekt ist zu beachten:

Die pränatale Diagnostik bringt notwendig mit sich, dass die Mutter frühzeitig, noch bevor ihr Kind geboren ist, eine große Menge an Daten und Informationen über dieses gewinnt.¹²¹⁴ Das vorgeburtlich erhobene Gesundheitsprofil begleitet das Kind während seines weiteren Lebens, bewirkt womöglich größere psychische Belastungen, fordert Beachtung beim gesundheitsrelevanten Verhalten und ist einem anderen Menschen, der Mutter, im voraus bekannt. Die durch die moderne medizinisch-technische Entwicklung bewirkte enorme Anhäufung diagnostisch gesicherten Wissens bei der Frau (bzw. den Eltern) lässt ohne Zutun und auf Kosten des Kindes eine Datenhoheit entstehen, die gerade im pränatalen Bereich auch die Potenz zu einer immer umfassenderen körperlichen Verfügungsgewalt enthält.¹²¹⁵ Denn Wissen bedeutet und verleiht allgemein anerkannt seit jeher Macht.¹²¹⁶ Fraglich ist, ob in dieser Situation überhaupt noch von einer Selbstbestimmung des späteren Kindes im Hinblick darauf gesprochen werden kann, dass jeder einzelne die Befugnis hat, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann, wem gegenüber und innerhalb welcher Grenzen persönliche Sachverhalte – und dazu

¹²¹⁰ Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3013

¹²¹¹ Laufs, MedR 1990, S.232; In ähnlicher Weise stellt sich auch die selektive Abtreibung eines behinderten Fötus, v.a. im Gefolge einer Sterilisationstherapie, dar, Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.40 f; Eberbach, JR 1989, S.270

¹²¹² Dt. Ärztebl. 1997, S. A-1485; Laufs, MedR 1990, S.235

¹²¹³ Gemeinsame Texte 11, S.13

¹²¹⁴ Eberbach, JR 1989, S.266; Gemeinsame Texte 11, S.19 f

¹²¹⁵ Eberbach, JR 1989, S.269

¹²¹⁶ Gemeinsame Texte 11, S.19

gehört ohne Zweifel die Kenntnis um genetische Anlagen¹²¹⁷ – offenbart werden.¹²¹⁸ Wie steht es auf der Seite des Kindes mit seinem „Recht auf Nichtwissen“, oder auch der Gewährleistung des Datenschutzes ein Leben lang? Da diese Fragen unter dem Aspekt der Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. ohne Bedeutung sind, sollen sie nur aufgeworfen, aber nicht weiterverfolgt werden.

Interessant ist, ob, wie Eberbach¹²¹⁹ es tut, aus dem Recht der Mutter zur Datenerhebung auch die Pflicht ihrerseits gefolgert werden kann, die gewonnenen Erkenntnisse nicht nur zum eigenen Nutzen, sondern auch und gerade zum Vorteil jenes Lebens zu verwenden, von dem sie gewonnen wurden. Mit anderen Worten: unter bestimmten Voraussetzungen müsste sich die Schwangere (möglichen und Erfolg versprechenden) therapeutischen Maßnahmen zugunsten des Lebens ihres Kindes unterziehen. Insbesondere eine medikamentöse Behandlung dürfte als ihr zumutbar eingestuft werden. Demgegenüber muss jedoch beachtet werden, dass es nach geltendem Recht keine Behandlungspflicht gibt.¹²²⁰ Jede ärztliche Behandlung, jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bedarf vielmehr einer gesonderten Einwilligung des Patienten.¹²²¹ Zwangsweise, auch zur Rettung des Kindes, ist derartiges nicht erlaubt. Mit Hochreuter¹²²² ist daher eine Degradierung der Frau zur „Treuhanderin ihres zukünftigen Kindes“ und damit zum bloßen Objekt durch die Pflicht, fremdnützige Eingriffe zuzulassen, grundsätzlich abzulehnen. Die Gefahr einer solchen „gesellschaftlichen Inpflichtnahme“ der Schwangeren wird aber durch die Möglichkeiten der pränatalen Diagnostik geweckt. Mittels dieser wird mehr und mehr die Auflösung der Einheit von Mutter und Kind betrieben, der ungeborene Mensch ist tatsächlich schon weitgehend eigenständiges Subjekt geworden. Er ist von der Mutter getrennt erfassbar: individuell, diagnostisch, therapeutisch.¹²²³ Damit wird aber auch die Vorstellung verstärkt, der Embryo/Fötus sei bereits eine eigene Person mit eigenen Rechten.¹²²⁴ Die Grundregel des § 1 BGB, dass die Rechtsfähigkeit mit der Geburt beginnt, könnte immer weiter nach vorn verschoben werden.¹²²⁵ Schon die §§ 218 ff StGB erstrecken den Schutz auf den ungeborenen Menschen ab Nidation, angedacht ist ebenfalls

¹²¹⁷ Eberbach, JR 1989, S. 269 zählt die „...genaue Kenntnis der genetischen Anlagen ...zum intimsten Wissen über einen anderen Menschen“.

¹²¹⁸ Zur von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art.1 I i.V.m. Art.2 I GG, umfaßten Selbstbestimmung siehe Hesselberger, Art.1, Rz.4

¹²¹⁹ JR 1989, S.269

¹²²⁰ Hochreuter, KritV 1996, S.186; Pluisch, S.26 (der jedoch i.R.d. ehemaligen eugenischen Indikation über das Kriterium der „Behebbarkeit“ Ausnahmen zulassen wollte); auch grundsätzlich Eberbach, JR 1989, S.269

¹²²¹ Siehe die Rechtfertigungslösung bei den §§ 223 ff StGB

¹²²² KritV 1996, S.186

¹²²³ Eberbach, JR 1989, S.266

¹²²⁴ Hochreuter, KritV 1996, S.183 f

¹²²⁵ So Hochreuter a.a.O.

eine Ausdehnung der §§ 211 ff StGB auf den Zeitpunkt ab der Lebensfähigkeit¹²²⁶, also etwa der 22. Woche p.c. und somit eine Verdrängung der Abbruchsparagrafen auf die Zeit davor. Dies führt dazu, dass sich der Staat oder v.a. natürliche Personen berufen fühlen, die Rechte des ungeborenen Kindes prozessual geltend zu machen. Ausdruck dessen sind insbesondere die vermehrten Klagen von zukünftigen Vätern auf Unterlassung der Abtreibung, deren Zulässigkeit aber weitgehend abgelehnt wird.¹²²⁷

Die Pränataldiagnostik birgt dabei nicht nur Nachteile für die schwangere Frau, sondern auch für den beteiligten Arzt. Von den berufsrechtlichen und berufsethischen Konflikten einmal abgesehen¹²²⁸, in die er durch die Abtreibung allgemein, aber insbesondere durch die Spätabtreibung gestürzt wird, soll an dieser Stelle nur auf die mit den vorgeburtlichen Untersuchungen und ihren Ergebnissen verbundenen Problemen eingegangen werden. Schwerpunkt bildet hier die „umfassende“ Aufklärung der Schwangeren durch den Arzt, die – wie der Fall des BGH aus dem Jahre 2002 zum Ersatz des Unterhaltsaufwandes wegen Vereitelung eines möglichen Schwangerschaftsabbruches¹²²⁹ zeigt – Schwierigkeiten bereitet.

Die Komplexität der pränatalen Diagnostik verlangt, dass die Schwangere von dem Zeitpunkt an, zu dem sie ärztliche Hilfe in Anspruch nimmt, beraten und informiert wird. Davon ist selbst die nicht gezielt vorgenommene Diagnostik¹²³⁰ nicht ausgenommen. Bei einer gezielten vorgeburtlichen Untersuchung soll die Schwangere lt. Richtlinien der BÄK vor deren Durchführung wie auch danach ausführlich beraten werden.¹²³¹ Während die 1. Aufklärung vor allem den Anlass, das Ziel und das Risiko der Untersuchung betrifft¹²³², sollte diejenige nach der Diagnose einer Erkrankung etc. des Kindes Informationen zur Bedeutung des Befundes, der Ursache, Art und Prognose der Erkrankung oder Entwicklungsstörung, möglichen Komplikationen, prä- und postnatale Therapie- und Förderungsmöglichkeiten, Konsequenzen für die Geburtsleitung¹²³³, Kontaktmöglichkeiten zu gleichartig Betroffenen und Selbsthilfegrup-

¹²²⁶ So Gropp, GA 2000, S.1 ff (7 f)

¹²²⁷ Siehe Sch/Sch-Eser, § 218 Rz.38; Jähnke, LK, § 218, Rz.40 - Dagegen hatte der Antrag eines Ehemannes einer schwangeren Frau auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Untersagung des bevorstehenden Schwangerschaftsabbruches Erfolg., NJW 1985, S.2201

¹²²⁸ Dazu unten genauer.

¹²²⁹ NJW 2002, S.2636 ff

¹²³⁰ Bspw. im Falle von Ultraschalluntersuchungen

¹²³¹ BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. C-2285

¹²³² Lt. BÄK (vorherige Fn.) soll die Beratung weiterhin die Grenzen der pränatalen diagnostischen Möglichkeiten und pränatal nicht erfassbare Störungen, die Sicherheit des Untersuchungsergebnisses, Art und Schwere möglicher oder vermuteter Störungen, Möglichkeiten des Vorgehens bei einem pathologischen Befund, psychologisches und ethisches Konfliktpotential bei Vorliegen eines pathologischen Befundes sowie Alternativen zur Nicht-Inanspruchnahme der invasiven pränatalen Diagnostik aufzeigen.

¹²³³ Ort, Zeit und Modus

pen und Möglichkeiten der Inanspruchnahme medizinischer und sozialer Hilfe beinhalten.¹²³⁴ Empfohlen wird von medizinischer Seite auch die Aufklärung über Alternativen, also die Fortführung oder den Abbruch der Schwangerschaft.¹²³⁵ Die Notwendigkeit, im Zweifelsfalle eher zu einer Tötung des krankheitsverdächtigen Fötus zu raten, um Haftungsstreitigkeiten bereits im Vorfeld zu vermeiden¹²³⁶, ist aufgrund des geltenden Gesetzeswortlautes zu verneinen und ein solches Vorgehen überdies aufgrund der berufsrechtlichen Stellung als gleichzeitiger Beschützer des keimenden menschlichen Lebens abzulehnen.

Erfolgt die Aufklärung i.R.d. pränatalen Diagnostik gar nicht, nur unvollständig oder fehlerhaft, kann dies unter Umständen eine Schadenersatz- und Schmerzensgeldverpflichtung des Arztes aus dem (zivilrechtlichen) Behandlungsvertrag auslösen.¹²³⁷ Bei fehlerhafter genetischer Beratung, in der die pränatale Diagnostik nur einen sehr kleinen Raum einnimmt¹²³⁸, kann die Geburt eines behinderten Kindes, dessen Behinderung auf einen genetischen Defekt zurückzuführen ist, zum Schadenersatz in Form des Mehrbedarfs beim Kindesunterhalt führen.¹²³⁹

Beachtet muss auch folgendes werden: mit Ausnahme der nicht-invasiven Diagnostikverfahren bergen alle Untersuchungsmethoden große Risiken¹²⁴⁰ für das Kind.¹²⁴¹ Denn die Pränataldiagnostik bedingt immer zahlreiche physikalische, chemische, radiologische und mechanische Einwirkungen auf den Embryo bzw. Fötus.

Andererseits zeigt der Blick auf die geltende Gesetzeslage und deren Vorschriften (§§ 211 ff; §§ 218 ff und §§ 223 ff StGB), dass i.R.d. Diagnostik unterlaufende ärztliche Fehler, die zum Tod oder zu „Körperverletzungen“¹²⁴² führen, nicht strafbar sind¹²⁴³, soweit sie im Rahmen der §§ 218 ff nicht vorsätzlich begangen wurden. Denn § 218 StGB droht nur für die vorsätz-

¹²³⁴ Siehe Dt. Ärztebl. 1998, S. C-2285

¹²³⁵ Darüber hinaus soll die Entscheidung der Schwangeren, die erhobenen Befunde und die Aufklärungsinhalte hierzu in jedem Falle dokumentiert werden.

¹²³⁶ Pluisch, S.6

¹²³⁷ Siehe Hochreuter, KritV 1996, S.181 ff; Ob derartige Verpflichtungen auf Schadenersatz nach dem 2.Urteil des BVerfG von 1993 und dessen Aussage noch zulässig sind, dass eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle von Verfassungswegen nicht in Betracht komme und die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, es verbiete, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen, ist nicht ganz eindeutig. Denn der dem entgegnetretende BGH und der 1.Senat des BVerfG erkennen an, dass die gegenteilige Auffassung des 2.Senats im Abtreibungsurteil Zusammenhang mit den Abtreibungsregelungen ergangen und daher nur für diesen Problembereich tragend sei, siehe als neuestes Bsp. BGH in NJW 2002, S.2636 ff. Nur für die Fälle ärztlicher Vertragshaftung nach rechtmäßiger Sterilisation oder genetischer Beratung könnten die Aussagen des 2.Senats nach ihrer Auffassung keine Bedeutung beanspruchen.

¹²³⁸ Ropers, Dt.Ärztebl.1998, S. C-513

¹²³⁹ Losch/Radau, NJW 1999, S.823

¹²⁴⁰ V.a. das der Fehlgeburt

¹²⁴¹ Siehe bei :Jedes Kind ist liebenswert, Woche für das Leben 1997, S.9 f

¹²⁴² Die zu nachgeburtlich manifesten körperlichen und gesundheitlichen Folgen führen, wie bspw. die „Contergan-Kinder“.

¹²⁴³ Eberbach, JR 1989, S.267; BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. C-2288

liche Tötung der Leibesfrucht Strafe an; die Tötungs- und Körperverletzungsdelikte gelten hingegen nach allgemeiner Auffassung¹²⁴⁴ nur für den Menschen ab der Geburt. Obwohl das Ungeborene Patient wie jeder andere ist, kommt ihm der ihm gebührende Schutz nicht oder nur ungenügend zu.

Damit liegt eine bedenkliche Strafbarkeitslücke für ärztliches Handeln vor.¹²⁴⁵

Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass die Möglichkeiten der pränatalen Diagnostik einerseits Chancen eröffnen, Abtreibungen, v.a. in einem späten Stadium, verringern bzw. verhindern zu können; andererseits aber ihre Nachteile nicht unbedacht bleiben dürfen.

bb) Nachteilige Folgen einer Spätabtreibung

Als solche wird die Möglichkeit angesehen, dass es durch die Vornahme einer späten Abtreibung, also eine solche ab der 24. SSW p.m. (= 22.SSW p.c.), noch vor den Eröffnungswehen zur Tötung der Leibesfrucht kommen kann.

Andererseits haben die Fortschritte in der medizinischen Versorgung von Frühgeborenen, wie schon ausgeführt¹²⁴⁶, in den letzten Jahren dazu geführt, dass bereits Kinder mit etwa 500 g Geburtsgewicht und einem entsprechenden Reifegrad überleben können. Dies entspricht einem Schwangerschaftsalter von etwa 22 bis 24 Wochen p.c. (post menstruationem).¹²⁴⁷ Nach Angaben von Gynäkologen überlebt der Fötus bei etwa 30% der Abbrüche nach der 22.Woche p.m. (= 20. Woche p.c.).¹²⁴⁸

Beachtet werden muss ebenfalls, dass mit der fortschreitenden Entwicklung des Ungeborenen, insbesondere nach Abschluss der Anlegung aller wesentlichen äußeren und inneren Organe in der 8.Woche p.c., nicht ausgeschlossen werden kann, dass dessen Schmerzempfindung einsetzt.¹²⁴⁹ Weiß zufolge sind die morphologischen Voraussetzungen gegeben¹²⁵⁰. Nach seiner Ansicht ist es „daher nicht unwahrscheinlich, dass zehn bis zwölf Wochen alte Ungeborene

¹²⁴⁴ Vgl. Ausführungen ab S.292 ff

¹²⁴⁵ So auch Eberbach, JR 1989, S.267

¹²⁴⁶ S.o.

¹²⁴⁷ So die BÄK in Dt.Ärztebl.1998, S. A-3015

¹²⁴⁸ Zitiert bei Klinkhammer, Dt.Ärztebl.1998, S. A-57

¹²⁴⁹ I.R.d. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer, Dt. Ärztebl. 1991, B-2714 ff, wird eine genaue Unterscheidung zwischen Schmerzempfindung, Wahrnehmung eines Schmerzreizes und Schmerzerlebnis vorgenommen, siehe unten unter Pkt. (2)

¹²⁵⁰ Weiß, GA 1995, S.375; Beckmann, MedR 1998, S.158

bei Eingriffen (wie dem Fetozid¹²⁵¹) Schmerzen empfinden!“ Fraglich wird damit die Notwendigkeit von schmerzlindernden Maßnahmen, um die umstrittene, bspw. von Weiß¹²⁵² aber befürwortete, Strafbarkeit des Arztes nach §§ 223 ff StGB bei pränatalen Handlungen auszuschließen.

(1) Lebendgeburt

Diese Folge eines „späten“ Aborts von behinderten Ungeborenen wurde vom Gesetzgeber schon früher bedacht und als Grund für die Einführung der 22-Wochen-Frist p.c. herangezogen.¹²⁵³ Beispielhaft sollen daher nur die Worte von Behrens¹²⁵⁴ aufgeführt werden: „Eine späte Abtreibung ist manchmal eine Frühgeburt – für Ärzte und Helfer ein schreckliches Dilemma.“

Zum damaligen Zeitpunkt wurde das Ende des 6. Schwangerschaftsmonates als die Grenze angesehen, von der an die Chance besteht, das Kind außerhalb des Mutterleibes am Leben zu halten, weil es in diesem Stadium bereits außerordentlich weit entwickelt ist.¹²⁵⁵ Möglich ist also, dass bei einem Schwangerschaftsabbruch nach der 22. Woche, u.U. schon nach der 20. Woche p.c. (s.o.), gerechtfertigt durch das Vorliegen einer medizinisch-sozialen Indikation durch einen der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Fall das geschädigte Kind lebend geboren wird. Um eine Lebendgeburt handelt es sich nach medizinischer Auffassung, wenn nach der Trennung vom Mutterleib entweder das Herz geschlagen, die natürliche Lungenatmung eingesetzt oder die Nabelschur pulsiert hat; unabhängig von Größe und Gewicht des Kindes und der Schwangerschaftsdauer. Die Weltgesundheitsorganisation empfiehlt, auch willkürliche Muskelkontraktionen als weiteres Lebenszeichen zu werten.¹²⁵⁶

Zu einer Lebendgeburt kommt es in diesem Schwangerschaftsalter vermehrt v.a. deshalb, weil die Abbruchmethode der instrumentalen Ausräumung, insbesondere durch Saugkürettagen¹²⁵⁷, nur bis etwa zur 12.-15. SSW durchführbar ist.

¹²⁵¹ Siehe genauer dazu das noch folgende

¹²⁵² Weiß, GA 1995, S.376 ff; zu gleicher Konsequenz wie Weiß müßte auch Gropp, GA 2000, S. 1ff (16 f) gelangen, der ebenfalls die §§ 223 ff StGB schon auf das Ungeborene erstrecken will

¹²⁵³ Vertreter aus dem juristischen, z.B. schon Cramer, ZRP 1992, S.138; Helmke, ZRP 1995, S.442; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.43; Lackner, § 218 a, Rz. 16 f; Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.9c, wie aus dem medizinischen Bereich, z.B. Hepp, Gynäkologe 1996, S.409; Klinkhammer, Dt.Ärztebl.1998, S. A-57; Hiersche, ZfG&N 1996, S.240, haben die Möglichkeit der Lebendgeburt gesehen und gewarnt.

¹²⁵⁴ Zitiert nach Hiersche, ZfG&N 1996, S.238

¹²⁵⁵ BT-Drs.7/1981 (neu), S.15

¹²⁵⁶ So siehe Forster/Ropohl, Rechtsmedizin, S.120

¹²⁵⁷ Dieser besonderen Art der Ausschabung geht die Dilatation des Gebärmutterhalskanals voraus.

In den darauf folgenden Schwangerschaftswochen wird eine vaginale Hysterotomie¹²⁵⁸ vorgenommen und in den späteren Schwangerschaftsmonaten wird der Abbruch mittels Wehenauslösung auf verschiedenste Art ausgeführt.¹²⁵⁹ Da letztere Methode dem normalen Geburtsverlauf eines Frühgeborenen entspricht, kann der Abbruch mittels der Induktion einer Wehentätigkeit¹²⁶⁰ in diesem Schwangerschaftsalter häufig lebende Kinder zur Folge haben. Auf die rechtlichen wie tatsächlichen Konsequenzen der Geburt eines behinderten, aber lebenden Kindes soll nunmehr eingegangen werden.

(1.1.) Lebendgeburt und strafrechtliche Konsequenzen

Zunächst einmal muss festgehalten werden, dass die Tatsache, dass das Kind lebend zur Welt gekommen ist, nicht mit dessen Lebensfähigkeit gleichgesetzt werden kann.¹²⁶¹

Eine Lebendgeburt kann Lebensfähigkeit besitzen oder eben nicht. Beide Alternativen sind trotz eines lebenden Neugeborenen denkbar. Denn ob bedingt durch Unreife¹²⁶² oder geburtsbedingte Faktoren¹²⁶³ oder konnatale Erkrankungen¹²⁶⁴ oder aber Missbildungen¹²⁶⁵ letztlich die Lebensfähigkeit des Kindes verneint werden muss, hat keinen Einfluss darauf, dass das Kind im Zeitpunkt des Geburtsbeginns tatsächlich gelebt hat, also Atmung, Herzschlag, erkennbare Bewegungen oder eine Pulsation der Nabelschnur feststellbar waren.¹²⁶⁶

Dieses menschliche Leben an sich wird sowohl verfassungsrechtlich wie strafrechtlich geschützt.

Durch Art.2 II S.1 GG wird jedem Mensch von Geburt an bis zu seinem Tod ein Recht auf Leben ohne Rücksicht auf voraussichtliche Lebensdauer, etwaige Gebrechen und Fehlbildun-

¹²⁵⁸ Hysterotomie= Eröffnung der Gebärmutter durch Schnitt

¹²⁵⁹ Forster/Ropohl, Rechtsmedizin, S.111; in der Regel erfolgt der Schwangerschaftsabbruch mittels dieser Methode, so BT-Drs.13/5364, S.13; Hepp, Gynäkologie 1996, S.409; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.500

¹²⁶⁰ Zur Wehenerzeugung werden medikamentöse Mittel, unter anderem Prostaglandine (=Sammelbezeichnung für zahlreiche natürliche oder teilsynthetisch hergestellte hormonähnliche Substanzen, je nach Schwangerschaftsalter intravaginale, intrazervikale, retroamniotische oder intraamniotische Applikation) angewandt, aber auch intrauterine Eingriffe, wie der Eihautstich und die intrauterine Injektion sind zuverlässige Methoden zur Wehenauslösung, vgl. Forster/Ropohl, Rechtsmedizin, S.111 ff

¹²⁶¹ So bei Forster/Ropohl, Rechtsmedizin, S.120 erkennbar; Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211 ff, Rz.14

¹²⁶² Als die wichtigsten Zeichen der Reife gelten hingegen : Länge 48-52 cm; Gewicht etwa 3000 g; Kopfumfang (fronto-okzipital) 34-35 cm; Schulterbreite 12,5 cm; Hüftbreite 9,5 cm; Länge der Nabelschnur 50 cm; Gewicht der Plazenta 500g; sagittaler Durchmesser des Kalkaneuskerns 9,5-13 mm, vgl. Forster/Ropohl, Rechtsmedizin, S.121

¹²⁶³ In erster Linie kommen hier intrazerebrale Blutungen in Betracht, zu denken ist auch an die intrauterine Asphyxie, und in seltenen Fällen an die Erdrosselung des Kindes durch Nabelschnurumschlingungen.

¹²⁶⁴ Z.B. Toxoplasmose; Erythroblastose; selten Pneumonia alba

¹²⁶⁵ V.a. diese spielen i.R.d. Behandlungsverzichts eine große Rolle, worauf noch eingegangen wird, siehe unten

gen oder gar Lebenswert eingeräumt. Der dort verankerte Grundsatz des „absoluten“ Lebensschutzes wurde und wird vom BVerfG aber auch auf ungeborene menschliche Wesen erstreckt, weil unter „Mensch“ nach medizinischen Erkenntnissen auch die befruchtete Eizelle zählt.

Strafrechtlich wird der Schutz des Lebens zum einen durch die §§ 218 ff vor der Geburt und durch die §§ 211 ff StGB nach der Geburt gewährleistet.

Auffällig ist aber, dass der Schutz durch die letztgenannten Vorschriften in umfassenderem Maße erfolgt, als der durch die §§ 218 ff StGB.

Denn wie § 218 a StGB zeigt, sind Ausnahmen vom Schutz beim ungeborenen Leben zulässig. Dagegen besteht in der Zeitspanne zwischen Beginn der Geburt, in der Regel mit Einsetzen der Eröffnungswehen, bei atypischem Verlauf mit Sprung der Fruchtblase bzw. Eröffnung des Uterus, und dem Tode ein vollständiger Lebensschutz für jedermann. Dieser kann bei Neugeborenen auch nicht eingeschränkt werden.

Zwar wird mitunter heute noch das junge Kind als etwas Ersetzbares empfunden. Dafür gibt es aber keine Basis. Jedes Neugeborene, das gesunde oder (schwerst)geschädigte, reife oder unreife ist ein einzigartiges, leidens- und kommunikationsfähiges und damit unersetzbares Individuum. Weder unsere geltenden Gesetze, noch die Ethik der christlichen Religion kennen einen Unterschied des Wertes eines individuellen Lebens in Abhängigkeit vom Alter.¹²⁶⁷ Mithin besteht kein Anlass, Neugeborene bzgl. ihres Lebensschutzes anders zu behandeln.

Die Geburt kennzeichnet also einen Wechsel in den strafrechtlichen Vorschriften zwischen den für einen Ungeborenen bestimmenden §§ 218 ff und den danach maßgeblichen §§ 211 ff.¹²⁶⁸

Rechtsgut der Tötungsdelikte gem. §§ 211 ff StGB ist das menschliche Leben, wobei Tatobjekt der geborene Mensch ist. Kommt es nun durch die Abtreibung dazu, dass plötzlich ein lebendes Neugeborenes, also ein Objekt der §§ 211 ff StGB vorliegt, darf der zuvor aktiv in Gang gesetzte Prozess des Tötens nicht mehr (durch neu ansetzende Eingriffe) fortgesetzt werden.¹²⁶⁹ Das Kind unterliegt dann nicht mehr den Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch. Der Arzt muss in dieser Situation vielmehr die Folgen seines vorher juristisch

¹²⁶⁶ Forster/Ropohl, Rechtsmedizin, S.121 f; Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211 ff, Rz. 14

¹²⁶⁷ v. Loewenich, H/H/Graf-Baumann, S.49 f

¹²⁶⁸ Anerkanntermaßen und zudem früher aus § 217 StGB ersichtlich wurde der Abgrenzungzeitpunkt zwischen den Tötungsdelikten gem. §§ 211 ff und denen gem. §§ 218 ff und damit der Erlangung der Menschqualität i.S.d. StGB auf den Beginn des Geburtsaktes, genauer dem Einsetzen der Eröffnungswehen, gelegt. Zu diesem Zeitpunkt mußte das Kind, um Objekt der §§ 211 ff sein zu können, tatsächlich gelebt haben, vgl. Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211 ff, Rz.13 f

¹²⁶⁹ Hepp, Gynäkologie 1996, S. 409

erlaubten Tuns¹²⁷⁰ mit der Konsequenz korrigieren, dass er nunmehr das diametral entgegengesetzte Ziel, die Rettung des Kindes, weiterverfolgt.¹²⁷¹ Zu dieser ist er grundsätzlich verpflichtet, will er sich nicht eines Tötungsdeliktes strafbar machen. Der vorher den Schwangerschaftsabbruch durchführende Arzt wird also mit der Geburt eines lebenden Kindes zum (Beschützer)Garanten für das neue Leben. Diese Stellung, die er zumindest aufgrund der tatsächlichen Übernahme der Behandlung während und nach der Geburt innehat, verpflichtet ihn eigentlich, alles „Mögliche“ zur Lebensverlängerung des neugeborenen Kindes zu unternehmen.

Der Arzt muss deshalb lt. Helmke¹²⁷² zum einen die künstliche Beatmung und zum anderen bei Anzeichen für eine generelle Lebensfähigkeit darüber hinaus die intensiv-medizinische Betreuung vornehmen.

Die Pflicht des Arztes, (grundsätzlich) den ganzen Umfang der medizinischen Behandlungsmöglichkeiten auszuschöpfen, folgt aus der Lebenserhaltungspflicht, die sowohl in dem Verfassungsgebot des Art.2 II S.1 GG verbürgt und zusätzlich einfachgesetzlich in den §§ 211 ff StGB abgesichert ist (s.o.). Ob die ärztliche Behandlungspflicht grenzenlos und die Verpflichtung zur Lebenserhaltung ebenso umfassend wie der Lebensschutz „absolut“ gelten soll, ist weiter unten zu klären.

(1.2.) „Lebenserhaltungspflicht“

Abweichungen von dieser Pflicht können nur unter bestimmten, engen Voraussetzungen gemacht werden, insbesondere bei Vorliegen eines erlaubten Behandlungsverzichts.

Denn trotz versäumter gesetzlicher Regelung und Uneinigkeit in den Einzelheiten stimmt man weitgehend darüber überein, dass in der heutigen Zeit, wo die wissenschaftlichen und technischen Fortschritte es erlauben, das „natürliche“ Ende menschlichen Lebens durch künstliche Maßnahmen herauszuschieben¹²⁷³, das apodiktische Gebot „Du sollst nicht töten“ und der Hippokratische Eid in ihrer Absolutheit nicht mehr gelten sollen.

Gerade bei den späten Abtreibungsversuchen bei einem der früheren eugenischen Indikation zugeordneten Fall, welcher im geltenden Recht eine medizinisch-soziale Indikation ausmacht,

¹²⁷⁰ Aufgrund der durch einen ehemals der eugenischen Indikation zugeordneten Fall ausgelösten medizinisch-sozialen Indikation

¹²⁷¹ Hanack, Noll-GS, S.203; Hepp, Gynäkologie 1996, S.409; Helmke, ZRP 1995, S.442

¹²⁷² In ZRP 1995, S.442

¹²⁷³ Kaufmann, JZ 1982, S.482

könnte der Arzt bei eintretender Lebendgeburt an die „Grenzen seiner Behandlungspflicht“ stoßen.

Angesprochen ist damit der äußerst problematische und umstrittene Bereich der sog. „Frühethanasie“ oder des „Liegenlassens von Neugeborenen“. Dieser behandelt die Frage, ob Neugeborene, die (schwerst-)geschädigt das Licht der Welt erblicken, von hoch spezialisierten Ärzteteams mit Hilfe komplizierter Geräte am Leben – zumindest für eine gewisse Zeit – erhalten werden müssen. Ob also aus rechtlicher Sicht alles medizinisch Mögliche zur Lebensrettung oder –verlängerung getan werden muss oder aber der Arzt ausnahmsweise auf die Vornahme derartiger Maßnahmen verzichten darf. Trotz dieser oder jener Einschränkungen und Vorbehalte geht die Meinungsvielfalt in der Rechtswissenschaft und der Medizin in der Grundtendenz dahin, eine ärztliche Behandlungspflicht zumindest bei Kindern, die in früheren Zeiten überhaupt nicht geboren oder unmittelbar nach der Geburt gestorben wären, nicht „um jeden Preis“ zu statuieren und statt dessen irgendwo eine Grenze anzuerkennen.¹²⁷⁴

Warum es eine Grenze geben soll und damit die Garantenpflicht des Arztes¹²⁷⁵ ein Ende finden kann, wird unterschiedlich beurteilt: als Begründungshilfen werden die Kriterien der Unmöglichkeit, der Unzumutbarkeit, der Unmenschlichkeit¹²⁷⁶, der Schutzzweck der Norm und immanente Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht herangezogen.

Festzuhalten ist dabei schon hier, dass die Fragestellung der Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht aber überhaupt nur bei schwerstgeschädigten Neugeborenen diskutiert wird, bei denen erst durch den Fortschritt der Medizin die Schädigung nicht mehr als gegebenes, unüberwindbares Faktum akzeptiert werden muss, sondern in Grenzen korrigierbar ist.¹²⁷⁷

Die genaue Grenzziehung, welches derart behinderte Kind dem Behandlungsverzicht unterzogen werden darf und welches nicht, ist wiederum sowohl bei den medizinischen als auch bei den juristischen Vertretern umstritten.

Als entscheidendes Beurteilungskriterium bietet sich aber die, wenn auch nur kurze, Lebensfähigkeit des Kindes an.¹²⁷⁸

Wird diese verneint, ist ein Ausschöpfen aller Behandlungsmethoden durch den Arzt nicht angezeigt.¹²⁷⁹ Kann sie jedoch bejaht werden, wie z.B. bei Neugeborenen, die an geistigen

¹²⁷⁴ Dass die Grundsätze über den erlaubten Behandlungsverzicht rechtlich wenig abgesichert sind, nimmt ihnen nicht die prinzipielle Berechtigung., vgl. Hiersche, MedR 1989, S.306

¹²⁷⁵ S.o.

¹²⁷⁶ I.S.d. Verletzung der Menschenwürde

¹²⁷⁷ Pluisch, S.125

¹²⁷⁸ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rz.291 e, bspw. geht davon aus, dass „.....das lebensfähig Neugeboreneden vollen strafrechtlichen Lebensschutz (genießt), so daß der Arzt stets das Beste und Wirksamste tun muß, um das Leben des Neugeborenen zu erhalten und Leiden zu lindern.“

¹²⁷⁹ Soweit einhellig (E-DGMR von 1986, Abs.V; Leonardy, DriZ 1986, S.284 f; Kaufmann, JZ 1982, S.486; 56.DJT, NJW 1986, S.3073, Hanack, MedR 1985, S.36) als nicht lebensfähig wird das Neugeborene einge-

Defekten leiden, aber organisch gesund und zu einem ihrer Entwicklung entsprechenden Leben instande sind¹²⁸⁰, scheidet ein strafloser Behandlungsverzicht/-abbruch aus.

Sehr problematisch in der Einschätzung der Lebensfähigkeit und daher nur angerissen werden sollen die Fälle, in denen diese an den Möglichkeiten der Intensivmedizin hängt.

Über die natürliche Aufrechterhaltung hinaus wird mittels modernster Technik erst die Lebensverlängerung ermöglicht.¹²⁸¹ Eigentlich schafft der Arzt mit seinem Handeln in solch einer Situation erst die Voraussetzungen für die Existenz des Schwerstgeschädigten, produziert ihn also gleichsam wider die Natur.¹²⁸²

Zur Beurteilung, ob der Arzt damit an die Grenzen seiner Behandlungspflicht gestoßen ist, wurden verschiedene Leitlinien und anderweitige Vorschläge entwickelt.

Diese unternahmen die konkrete Grenzziehung anhand von Fallgruppen¹²⁸³, aber auch anhand allgemein gehaltener Formulierungen.¹²⁸⁴ Ulsenheimer¹²⁸⁵ gibt dem Arzt als Richtlinie vor, sich bei seiner Entscheidung über die Aufnahme oder Einstellung der Behandlung eines schwerstgeschädigten Neugeborenen an der Behandlungspflicht bei Erwachsenen mit vergleichbaren Ausfallentscheidungen zu orientieren.

Dagegen unstrittig nicht unter den erlaubten Behandlungsverzicht fällt, ebenso wie bei der ärztlichen Sterbehilfe allgemein, die gezielte Verkürzung des Lebens jedes Neugeborenen durch aktive Eingriffe, selbst bei Handeln aus Mitleid, zur Schmerzbeseitigung oder zur Erlösung von einem qualvollen Leben.

Dies ist vielmehr rechts- und standeswidrig.

Des Weiteren gilt auch für schwerstkranke oder sterbende Neugeborene die ärztliche Pflicht zur uneingeschränkten Grundversorgung mit Nahrung und Wärme, zur Schmerzlinderung, zur Zuwendung durch Haut- und Körperkontakt und zu menschlichem Beistand. Ein Einfaches „Weglegen“ oder „Liegenlassen“ wie es z.B. in dem Oldenburger Fall geschehen ist, wider-

schätzt, wenn nach medizinischer Indikation infolge eines irreversiblen Verlaufs des Grundleidens mit infauster Prognose das Kind kein bewußtes und umweltbezogenes Leben mit eigener Persönlichkeitsgestaltung führen können wird. Hanack (a.a.O.) sieht in ähnlicher Weise die Möglichkeit zum Behandlungsverzicht/-abbruch, wenn durch die ärztliche Behandlung „ein mit Sicherheit dahinvegetierendes Wesen ohne höhere Gehirnfunktion hinterlassen wird“, und zum anderen die Behandlung dem Kind schwere Qualen bereitet und dabei der Sterbeprozess nur verzögert wird.

¹²⁸⁰ Andere Bsp., wo die Lebensfähigkeit angenommen wird, sind: Behinderungen, die zwar ein lebenslanges Handicap für ihre Träger darstellen, aber durch die bereitgestellten Einrichtungen trotzdem ein erträgliches Leben zulassen (z.B. Glasknochenkrankheit, Mongolismus); bei Kindern, die nach der gewöhnlichen geburtsbehilflichen Versorgung für ein Leben ohne existentielle Abhängigkeit vom Arzt nach Hause entlassen werden können

¹²⁸¹ Opperbecke, MedR 1985, S.23

¹²⁸² Hanack, Gynäkologe 1982, S.101

¹²⁸³ Bspw. Jähne, H/H/Graf-Baumann, S.100 ff; auch Hanack, MedR 1985, S. 33 ff

¹²⁸⁴ Gründel, H/H/Graf-Baumann, S.78 ff etwa gebraucht die Formeln „schwere“ und „leichte“ Schäden.

¹²⁸⁵ In Arztstrafrecht, Rz.291 e

spricht der Achtung vor der Würde jeden menschlich personalen Lebens. Ebenso können ökonomische Gesichtspunkte bei der Abwägung, ob eine lebensverlängernde Maßnahme für ein schwerstgeschädigtes Neugeborenes durchgeführt wird oder nicht, keine Rolle spielen.¹²⁸⁶

Würde man die Lebenserhaltung aus ökonomischen Gründen unterlassen, ginge es primär nicht mehr um die „Pflege-Ökonomie“, sondern in Wahrheit um die Abschätzung des Wertes eines Lebens. Das aber ist schon durch den im Grundgesetz und den §§ 211 ff StGB verankerten Lebensschutz ohne jede Differenzierung verboten. Kostengründe dürfen daher nicht zur Abwägung herangezogen werden.¹²⁸⁷

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass anerkanntermaßen ein Behandlungsverzicht nur in wenigen Fällen einer Schwerstbehinderung zu bejahen ist, welche die Lebensfähigkeit entweder ganz ausschließt oder aber an die Möglichkeiten der medizinischen Wissenschaft und Technik anknüpft.

Das Recht verbietet es, wegen der Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens, Unterschiede zwischen jung und alt, leistungsfähig und hilfsbedürftig zu machen. Eugenische Aspekte müssen außer Betracht bleiben.

Zudem kann festgehalten werden, dass sich bei „Spätabtreibungen“ im geltenden Recht die gleiche, schon im „alten“ Recht nach Ablauf der ehemaligen 22-Wochen-Frist gegebene Problematik des „Muss des Austragens“ eines behinderten Kindes wegen der begrenzten Möglichkeiten des Behandlungsverzichts/-abbruchs stellt. Dies folgt nicht wie beim „alten“ Recht aus der Tatsache einer formalen Frist, sondern daraus, dass bei einer Abtreibung nach der 22. Woche p.c. i.d.R. Lebensfähigkeit anzunehmen ist.

(1.3.) Berufsrechtliche und –ethische Konflikte des Arztes

Durch die aufgrund des Fristfortfalls möglichen Abbrüche in einem späten Schwangerschaftsstadium¹²⁸⁸ kann der (notwendig)¹²⁸⁹ beteiligte Arzt in ethische und berufsrechtliche Konflikte geraten.

Auslöser dafür ist die vorgegebene grundsätzliche Entscheidung für das Leben.

¹²⁸⁶ Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 211 ff, Rz.30; Hiersche, H/H/Graf-Baumann, S.4 f

¹²⁸⁷ Enorme Kosten der Intensivmedizin und das durch den früheren § 368 e RVO für die kassenärztliche Versorgung vorgeschriebene Gebot der Wirtschaftlichkeit können daran nichts ändern.

¹²⁸⁸ Gemeint sind damit Abtreibungen zu einem Zeitpunkt, an dem das Ungeborene bei Einleitung eines Geburtsvorganges extrauterin lebensfähig ist. Wie schon erwähnt und von breit angelegten Studien unterstützt, wird die wohl vorherrschende Ansicht von Neonatologen, daß heute ungefähr bei 22 Wochen Gestationszeit – jedenfalls statistisch – die Zeitgrenze der Lebensfähigkeit anzusetzen sei.

¹²⁸⁹ Dazu gleich noch genauer

Als ethische Maxime wird sie v.a. durch die christliche Religion gefordert und wäre heute medizinisch auch fast immer möglich.¹²⁹⁰

Im ärztlichen Berufsrecht findet sich diese Entscheidung ebenso wieder, denn Aufgabe des Arztes ist es, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten und an der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Gesundheit der Menschen mitzuwirken (§ 1 Abs.2 MuBO). Dies gilt, wie § 14 Abs.1 MuBO klarstellt, grundsätzlich für das ungeborene Leben genauso: Der Arzt ist grundsätzlich verpflichtet, das ungeborene Leben zu erhalten. Das JA zum Leben stößt jedoch generell bei Abtreibungen und speziell bei Spätabtreibungen auf große Schwierigkeiten, da mit dem Schwangerschaftsabbruch die Tötung des ungeborenen menschlichen Lebens bezweckt ist und von einem vollendeten Abbruch auch erst die Rede sein kann, wenn die Tötung eingetreten ist. Diese Tötung widerspricht dann jedoch dem in § 1 Abs.2 MuBO niedergelegten ärztlichen Auftrag geradezu diametral.¹²⁹¹ Der Widerspruch wird auch nicht durch § 14 Abs.1 MuBO aufgelöst, in dem es heißt: „Der Schwangerschaftsabbruch unterliegt den gesetzlichen Bedingungen.“ Durch diesen Verweis auf die gesetzlichen Bedingungen, die vor und unabhängig von der Berufsordnung bereits gelten, enthält sich das Berufsrecht vielmehr nur einer selbständigen Regelung.

Die Mitwirkung an Schwangerschaftsabbrüchen, bei denen der Arzt gerade zum „Täter“ in einem tötenden Eingriff wird und entgegen seiner ethischen Aufgabe, nach bestem Gewissen aufgrund seines Wissens und seiner Erfahrung Leiden zu beheben und zu lindern und soviel wie möglich zu helfen, ohne mehr zu schaden und dem Wohl des ganzen Menschen in seiner leib-seelischen Einheit zu dienen¹²⁹², handelt, zählt damit gemäß dem ärztlichen Berufsrecht ausdrücklich nicht zum Berufsbild des Arztes und auch nicht zum Berufsbild des Gynäkologen.¹²⁹³ Zum Ausdruck kommt dies auch in dem auf dem Genfer Arztgelöbnis und der Deklaration von Oslo aufbauenden Gelöbnis der deutschen Ärzteschaft, indem es heißt: „Ich werde jedem Menschenleben von der Empfängnis an Ehrfurcht entgegenbringen und selbst unter Bedrohung meine ärztliche Kunst nicht in Widerspruch zu den Geboten der Menschlichkeit anwenden.“

¹²⁹⁰ Hille, Der Frauenarzt, 1999, S.75

¹²⁹¹ Kluth, MedR 1996, S.549

¹²⁹² Eibach, zitiert bei Laufs, NJW 1998, S.1751

¹²⁹³ So auch in der Feststellung des BayVGh, DVBl. 1990, 880 (881); Faktisch mag die Berufsausübung eines Gynäkologen aber schon den Schwangerschaftsabbruch als reguläre Dienstleistung, die von ihm erwartet wird, umfassen. Einen Wandel im Berufsbild des Arztes und speziell des Gynäkologen beklagt auch Hoppe, zitiert bei Klinkhammer, Dt-Ärztebl.1998, S. B-641, denn der frühere Frauenarzt und Geburtshelfer ‚...mutiere zum Helfer bei der Schwangerschaftsverhütung, vereinzelt auch zum ‚Schwangerschaftsabbrecher‘ bei unerwünschter Schwangerschaft‘.

Trotzdem nimmt der Gesetzgeber, wie die gesetzlichen Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch zeigen¹²⁹⁴, über das vorgeschriebene Arzterfordernis den Ärztestand in Anspruch, um mit den ärztlichen Kenntnissen und Fähigkeiten „weiteres Übel“ i.S.v. Gesundheitsschäden der Schwangeren zu vermeiden.¹²⁹⁵ Lt. Kluth¹²⁹⁶ ist diese In-Anspruchnahme als notwendiger Teil „(...) nur als eine ...erzwungene, geduldete wesensfremde Betätigung, die technisch in einzelne Folgeanordnungen des Berufsrechts¹²⁹⁷ aufgenommen wurde, anzusehen. Der Arzt werde im Wechselspiel zwischen gesetzlichem Arzterfordernis und privatem Handlungsauftrag zum „qualifizierten Gehilfen, dessen berufliche Kompetenz zur Durchführung der Abtreibung genutzt“ würde.

Es verbleibt deshalb bei der klassischen Ausrichtung des ärztlichen Berufes am Heilauftrag¹²⁹⁸ und damit bei dem der Bewahrung und Erhaltung des Lebens verpflichteten Arzt.¹²⁹⁹

Der Arzt als Beschützer, gleichsam Anwalt auch des ungeborenen menschlichen Lebens¹³⁰⁰ sieht sich nun bei einer Abtreibung des Kindes im späten Schwangerschaftsstadium bei dessen i.d.R. anzunehmender Lebensfähigkeit (einem) besonderen Konflikt(en) ausgesetzt.

Hauptzweck der Handlung des Schwangerschaftsabbruches ist – wie schon mehrfach erwähnt – die Tötung des Ungeborenen. Für gewöhnlich wird der Abbruch bei einem fortgeschrittenen Gestationsalter mittels Aktivierung einer Wehentätigkeit durchgeführt. Ob nun durch intrauterine Instillation von Lösungen, die intrauterine Einlage von Instrumenten, die systematische Gabe von Wehenmitteln oder die Kombination der drei Möglichkeiten¹³⁰¹: durch die Auslö-

¹²⁹⁴ Das Gesetz erwartet, dass der Abbruch durch einen Arzt erfolgt, auch wenn, wie durch die Freistellungsklausel festgelegt, ein einzelner Arzt nicht dazu gezwungen werden kann., vgl. Hepp, Dimensionen, S.3

¹²⁹⁵ Hepp, Katholische Ärztarbeit, S.69 geht davon aus, „...dass unser Berufsstand durch staatliche Interessen fremdbestimmt ist, indem man uns gleichsam i.S. einer Dienstleistung die Exekutive aufdrängt. Wir sind eingebunden in ein gesetzliches Tötungssystem“

¹²⁹⁶ MedR 1996, S.549

¹²⁹⁷ Z.B. in Regelungen über die Weiterbildung und die Gebührenerhebung

¹²⁹⁸ Die auf den hippokratischen Eid zurückgehenden Maxime, die den Inhalt des ärztlichen Heilauftrages beschreiben und die sowohl als ethisch anerkannt wie als rechtlich begründet gelten dürfen, sind: 1. Den Zweck des ärztlichen Handelns bildet der Heilerfolg, die Wirksamkeit der medizinischen Praxis. 2. Der Arzt dient mit seinem ganzen Tun und Unterlassen ausschließlich dem Leben, er darf weder vergiften noch sonst irgendwie schaden. 3. Der Arzt widmet sein gesamtes Leben der Heilkunst, er macht es zu seinem Beruf, der zu einem eigenen Stand führt. 4. Der pflichtgerecht handelnde Arzt leistet jedem seiner Patienten einen persönlichen individuellen Dienst, übt darum auch Diskretion und läßt dem Kranken die Freiheit des Entschlusses. 5. Der Bedürftigkeit des Kranken soll sachgerechtes Handeln des Helfers entsprechen, der als Mediziner der Wissenschaft und als Arzt den Normen des Rechts wie der Sittlichkeit verpflichtet bleibt.

¹²⁹⁹ Beleites, Dt. Ärztbl. 1998, S. C-1689; Hepp, Katholische Ärztarbeit, S.68; Das die Geschichte der Medizin an der zentralen Lebensaufgabe orientiert und auch das Denken und Handeln des Arztes seit Jahrtausenden daran ausgerichtet ist, wird an den verschiedenen Verankerungen, wie im Hippokratischen Eid, der Berufsordnung, sichtbar, Hepp, Dimensionen, S.3

¹³⁰⁰ Etwas anders sieht das Petersen, SSA, S.204. Er vertritt die Meinung, dass der Arzt im Schwangerschaftskonflikt zwar Anwalt der Lebensentfaltung der Frau ist, nicht aber Anwalt für das Leben des Embryos. Dort ist er „nur“ „getreulicher und sachlicher Vermittler einer Beziehungsklärung zwischen dem Embryo und der Mutter bzw. zwischen den Eltern.“

¹³⁰¹ Eser/Hirsch, Sterilisation, S.91 ff

sung von Wehen¹³⁰² besteht die nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit der Geburt eines lebenden Kindes in diesem Alter. Eine solche Lebendgeburt führt den Arzt in eine fast ausweglose Situation.

Denn einerseits ist er durch vertragliche Vereinbarung mit seiner Patientin zur Herbeiführung des mittels Abbruchs versprochenen Erfolges verpflichtet, andererseits unterliegt das lebend Geborene wie jeder andere Patient seinen berufsrechtlichen Pflichten der Erhaltung des Lebens, des Schutzes und der Wiederherstellung der Gesundheit (§ 1 II MuBO). Zur Lebenserhaltung ist der Arzt aber nicht nur aufgrund der standesrechtlichen Vorgaben und aus seiner ethischen Einstellung verpflichtet; vielmehr stellt auch das Strafrecht einen erneuten Angriff mit Tötungsabsicht nach nicht vollendetem Schwangerschaftsabbruch gem. §§ 211 ff StGB, und nicht gem. §§ 218 ff StGB, unter Strafe.

Aber kann der „Auftrag des Tötens“ mit der Geburt eines lebenden Kindes (wirklich) enden und dann unmittelbar den vollen Einsatz intensiv-medizinischer Maßnahmen erfordern? Sind die ärztliche Aktivität und Haltung abhängig davon, ob eine lebende Frühgeburt spontan (bei einem „gewollten“ Kind ohne Abtreibungsmaßnahmen) oder durch Ärzte induziert vorliegt?¹³⁰³

Wie oben darstellt, ist auch der Weg über einen erlaubten Behandlungsverzicht nur in äußersten Ausnahmefällen eines schwerstbehinderten Kindes ohne bzw. von medizinisch-technischer abhängiger Lebensfähigkeit angezeigt. Selbst dann befindet sich der behandelnde Arzt in dem Konflikt zwischen grundsätzlicher Lebenserhaltung und der allgemeinen Berufspflicht, bei seiner Arbeit auch die Gebote der Menschlichkeit zu beachten, also auch das Recht des Patienten auf Selbstbestimmung und seine Menschenwürde.

Grundsätzlich verbleibt es aber bei der Lebenserhaltungspflicht.

Für ihn stellt sich das Dilemma, dass er auf der einen Seite entsprechend seiner ethischen Vorstellung das neugeborene Leben erhalten kann und muss, auf der anderen Seite er aber in seiner Rolle als Anwalt der Interessen der Schwangeren, der nunmehrigen Mutter, ihrer Lebensentfaltung, u.U. ihres Lebens oder ihrer Gesundheit, versagt hat.¹³⁰⁴

¹³⁰² Möglich ist auch die chirurgische Uterusausräumung, die jedoch aufgrund ihrer wesentlich höheren Morbiditäts- und Mortalitätsrate gegenüber den vaginalen Methoden nur noch in ganz seltenen Fällen durchgeführt wird., vgl. Eser/Hirsch, Sterilisation, S.92

¹³⁰³ So fragend Hepp, Dimensionen, S.12

¹³⁰⁴ Lt. BÄK ist der „.....Arzt...in dem Konflikt, daß er einerseits zur Hilfe für die Schwangere verpflichtet ist, sofern eine Gefährdung ihrer Gesundheit besteht; andererseits aber auch zur Hilfe für das Ungeborene, dessen Lebensrecht er unabhängig von bestimmten Eigenschaften, Krankheiten oder Entwicklungsstörungen zu respektieren hat., Dt.Ärztebl.1998, S. A-3013

Die zuvor i.R.d. Indikationsverfahrens festgestellte Unzumutbarkeit der gesundheitlichen Gefahr der Frau ist durch die Geburt des Kindes nicht entfallen, nein, gerade bei den der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten und nunmehr der medizinisch-sozialen Indikation unterfallenden Konstellationen tritt sie vielmehr jetzt in ihr akutes Stadium. Die Belastung mit dem behinderten Kind äußert sich v.a. im täglichen Umgang mit diesem und seinen zusätzlichen Wünschen und Bedürfnissen.

Hinzukommt, dass die Vereinbarung zwischen Arzt und Patientin über die Abtreibung bei einer Lebendgeburt schlecht erfüllt wurde und u.U. eine deliktische Beeinträchtigung der körperlichen Integrität der Frau vorliegt. Dies beides lässt das Damoklesschwert einer Haftung über dem Arzt schweben. Die vom BGH und auch dem 1.Senat des BVerfG vertretene zivilrechtliche Haftungsrechtsprechung kann, so befürchten Meinungsvertreter aus dem medizinischen und juristischen Bereich, den Ärztestand über kurz oder lang dazu bewegen, auch schon im Zweifelsfalle gegen das potentiell kranke Kind und für seine Verhinderung zu votieren.

(1.4.) Möglichkeiten zur Umgehung von Lebendgeburten

Um Lebendgeburten zu vermeiden, kann zum einen der soeben schon angesprochene intrauterine Fetozid durchgeführt werden, zum anderen ist auch die Festlegung eines so frühen Termins möglich, an dem der Embryo keinesfalls lebensfähig ist und damit ohne weiteren Eingriff während oder kurz nach der Geburt verstirbt. Begonnen werden soll in der Erläuterung mit ersterem.

(1.4.1.) Fetozid

Unter einem intrauterinen Fetozid ist die gewollte Tötung des Fötus in der Gebärmutter zu verstehen.¹³⁰⁵

Wenn auch umstritten, so ist ein derartiges Vorgehen doch schon seit Ende der siebziger Jahre als selektive Abtreibung eines behinderten Zwillings¹³⁰⁶ und seit Mitte der achtziger Jahre als unselektive „Mehrlingsreduktion“¹³⁰⁷ bekannt. Auf diese beiden Konstellationen soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden; untersucht werden soll hier nur der praktizierte Fetozid bei

¹³⁰⁵ BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. A-3013; Hülsmann, NJW 1992, 2332

¹³⁰⁶ Siehe etwas ausführlicher Eberbach, JR 1989, S.271 f; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.40

einem behinderten Ungeborenen in einem späteren Schwangerschaftsstadium i.R.d. medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F.

Derartige Spätabbrüche stellen den beteiligten Arzt in den meisten Fällen¹³⁰⁸ vor die Alternative, entweder eine Abtreibungsmethode zu wählen, die dem Kind eine Überlebenschance lässt, oder sich durch die gezielte Tötung vor den damit verbundenen Problemen¹³⁰⁹ zu schützen.¹³¹⁰

Sollte sich der den Schwangerschaftsabbruch durchführende Arzt für letzteres entscheiden, stehen ihm dabei folgende Techniken zur Auswahl:

Im ersten Schwangerschaftstrimenon kann die Tötung unter sonographischer Kontrolle entweder auf transvaginalem Wege mittels Vakuumaspiration oder auf transabdominalem Wege mittels intrakardinaler Injektion von kardiotoxischen Mitteln oder durch Herzstich erfolgen.¹³¹¹ Die Frucht wird dabei im Mutterleib belassen und gegebenenfalls vollständig resorbiert. Wegen der psychologischen Belastung des Arztes, der unter Ultraschallkontrolle dem ausweichenden Kind mit der Punktionsnadel folgen muss, bis nach eventuell mehrfacher Punktion der Herzstillstand eintritt, und wegen der Belastung der Mutter, die eventuell noch monatelang das abgetötete Kind mit sich tragen muss, wird in einem weiter fortgeschrittenen Schwangerschaftsstadium das behinderte Kind zum Teil auch mittels *sectio parva*¹³¹², d.h. auf operativem Wege bei Leibschnitt und Öffnung des Uterus, zur Welt gebracht.¹³¹³ Methodisch kommt neben den genannten Arten Vakuumaspiration, Herzstich, Injektion von Giften auch das Hervorrufen einer Luftembolisation¹³¹⁴ sowie die Unterbindung der Blutversorgung über die Nabelschnur¹³¹⁵ in Betracht. Da bei einem Fetozid einzig entscheidend ist, dass das Ungeborene tot ist, bevor die Geburt eingeleitet wird, sind die Art und Weise der Todesherbeiführung an sich gleichgültig.¹³¹⁶

Diese Todesherbeiführung vor Beginn der Eröffnungswehen lässt mit Blick auf das Verhältnis des § 217 I a.F. zu § 218 I StGB eine Subsumierung des Fetozids unter den Tatbestand des

¹³⁰⁷ Vgl. Hülsmann, NJW 1992, S.2331 ff; Eberbach, JR 1989, S.270 f; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.41

¹³⁰⁸ Eine Ausnahme stellen die Fälle dar, in denen die Schädigung bzw. Behinderung des Kindes nach der Geburt selbst einen Behandlungsverzicht rechtfertigen würde.

¹³⁰⁹ Wie Schadenersatzansprüche, ethische Konflikte

¹³¹⁰ So auch Beckmann, MedR 1998, S.158, dieser schildert in Fn.47 auch einen zweifelhaften Mittelweg zwischen Fetozid und Lebendgeburt des Kindes: Als ein solcher ist die Geburt ohne Rücksicht auf den Schutz des Kindes anzusehen, die das Ziel verfolgt, dass das Kind noch während der Geburt stirbt.

¹³¹¹ Hülsmann, NJW 1992, S. 2332

¹³¹² Unter einer „*sectio parva abdominalis*“ ist eine abdominale Hysteromie zum Schwangerschaftsabbruch zu verstehen

¹³¹³ Hülsmann, a.a.O.

¹³¹⁴ Hülsmann, NJW 1992, S. 2333

¹³¹⁵ BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. A-3013

¹³¹⁶ BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. A-3013

Schwangerschaftsabbruches (§ 218 I StGB) zu.¹³¹⁷ Auch wenn von der Rechtsordnung eine Einordnung des Fetozids als Schwangerschaftsabbruch befürwortet wird, so stellt sich diese Abbruchmethode für Ärzte jedoch als problematisch dar, weil „zur Herbeiführung des Behandlungserfolges faktisch eine Tötungshandlung verlangt wird.“¹³¹⁸ Aus diesem Grund wie auch den gleich noch näher genannten Gründen wird der Fetozid von medizinischen¹³¹⁹ wie auch juristischen¹³²⁰ Vertretern teilweise als ein nicht zulässiges Mittel eines gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruches angesehen. Ob dieser Ansicht, dass der Fetozid vom Rechtfertigungsgrund des § 218 a II zumindest bei anzunehmender Lebensfähigkeit des Ungeborenen außerhalb des Mutterleibes nicht umfasst wird¹³²¹, zuzustimmen ist, wird nun näher untersucht.

Eingewandt wird zunächst, dass der Fetozid ab der 20.SSW p.c.¹³²² nur deshalb gewählt werde, weil das Ungeborene dann nicht mehr untrennbar mit dem mütterlichen Organismus verbunden ist und bei einem Abbruch der Schwangerschaft durch Einleitung der Geburt überleben könnte. Der Fetozid stellt nun sicher, dass die Schwangere nicht zur Mutter eines ungewollten Kindes wird, als Ziel verhindert er das Haben des Kindes.¹³²³ Nicht die Fortsetzung der Schwangerschaft als solche und auch nicht das Gebären sollen erspart werden, denn erstere kann auch durch Geburtseinleitung abgewendet werden und letzteres kann der Schwangeren grundsätzlich nicht erspart werden; sie hat lediglich die Wahl zwischen der „Geburt“ eines schwerstgeschädigten Kindes und einem toten Kind.¹³²⁴ Gerade aber diese Intention der absichtlichen Tötung der geschädigten Leibesfrucht ist der klassischen medizinischen Indikation – die gem. § 218 a I Nr.2 StGB a.F. ebenso unbefristet unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten zulässig war - fremd. Bei Verneinung der Zumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft wurde vorzeitig die Geburt eingeleitet, wobei das Bemühen des Arztes – worauf vor allem Gynäkologen hinweisen¹³²⁵ - regelmäßig auf die Erhaltung des Lebens von Mutter und Kind gerichtet war. Zwar lag eine Abtreibung tatbestandlich nur dann vor, wenn der Arzt zumindest billigend in Kauf nahm bzw. nimmt,

¹³¹⁷ Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S. 500; BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. A-3013; Wollersheim, zitiert bei Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. B-641

¹³¹⁸ Wollersheim, zitiert bei Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. B-641

¹³¹⁹ BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3013; ähnlich auch Wollersheim und Berg, zitiert bei Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. B-641

¹³²⁰ Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.500 ff; Beckmann, MedR 1998, S.158

¹³²¹ So im Ergebnis Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.503; auch BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3013

¹³²² Wie schon oben erläutert, kann bereits ab diesem Zeitpunkt Lebensfähigkeit vorliegen, bei 30 % der Abtreibungen nach der 20. SSW überlebt der Fötus, vgl. Albring, zitiert bei Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57

¹³²³ Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.501

¹³²⁴ Schumann/Schmidt-Recla a.a.O.

¹³²⁵ Bspw. Hepp, Gynäkologe 1996, S.408

durch die Geburtseinleitung das Leben des Kindes zu gefährden. Dennoch war sein Ziel die (bloße) Beendigung der Schwangerschaft, die mit dem Risiko, dass das Frühgeborene nicht überlebt, behaftet war / ist. Bei Lebensfähigkeit wurde deshalb nicht von einem Schwangerschaftsabbruch, sondern von einer vorzeitigen Geburtseinleitung gesprochen, die natürlich begrifflich auch den Willen beinhaltet(e), das Kind zu retten und vor Schaden zu bewahren. Diese Meinung ist auch unter juristischen Vertretern¹³²⁶ zu finden: Essential der medizinischen Indikation war nämlich, dass die Tötung des Kindes nicht Ziel der Handlung war. Es ging darum, die durch die Schwangerschaft für das Leben oder die Gesundheit der Mutter begründeten Gefahren durch Abbruch der Schwangerschaft zu beseitigen, was allerdings im Regelfall auch zum Tod des Kindes führte. Bei der (ehemaligen) eugenischen Indikation ging (geht) es hingegen nicht darum, die Mutter von der Last der Schwangerschaft, sondern von der Last des Kindes zu befreien. Ziel der Handlung ist daher der Tod des ungeborenen Kindes, Mittel der Realisierung dieses Ziels der Schwangerschaftsabbruch. Genau dieses aber verändert den Charakter der medizinischen Indikation nach Ansicht der vorher genannten Vertreter¹³²⁷: „Statt der Schwangerschaftsbeendigung steht die direkte Tötung des Kindes im Mittelpunkt, aus angeblich ‚medizinischen‘ Gründen.“¹³²⁸ Die Zulässigkeit des Fetozids wird deswegen als Mittel der gerechtfertigten Abtreibung gem. § 218 a II StGB n.F. in Zweifel gezogen.

Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass selbst der Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinischer Indikation definitionsgemäß eine Abtötung der Leibesfrucht voraussetzt. Denn Tatobjekt i.S.v. § 218 I StGB ist die Frucht i.S.d. im Mutterleib wachsenden Lebens und nicht etwa der Schwangerschaftszustand als solcher.¹³²⁹ Ist die Tötung des Ungeborenen vom Vorsatz nicht umfasst, entfällt der Tatbestand des § 218 I StGB und demzufolge die Rechtfertigungsmöglichkeit gem. § 218 a II StGB n.F.

Zu beachten ist zusätzlich, dass die medizinische Indikation in der Fassung des 15. StÄG - sowie die in der geltenden Gesetzesfassung - eine soziale Komponente beinhaltet(e). Dieses Element – verdeutlicht durch die Gesetzeswendung: „(...) unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren(...)“ - ermöglichte die Erfassung von Fallkonstellationen, bei denen ebenso das Haben des Kindes und nicht nur die Fortsetzung der Schwangerschaft als solche erspart bleiben sollte. Eine „klassische“ medizinische

¹³²⁶ Otto, JURA 1996, S.142; ähnlich Beckmann, MedR 1998, S.158; Tröndle, NJW 1995, 3015; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.501

¹³²⁷ Siehe die vorherige Fußnote

¹³²⁸ Beckmann, MedR 1998, S.158

¹³²⁹ Sch/Sch-Eser, § 218, Rz.5

Indikation war und ist auch bei der geltenden Gesetzeslage nicht (mehr) gegeben. In der Kommentarliteratur ist demzufolge anerkannt, dass die Schwangere bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 218 a II StGB nicht auf die Einleitung der Geburt verwiesen werden dürfe, da eine Lebens- und Gesundheitsgefahr gerade auch durch die Sorge- und Einstandspflichten nach der Geburt für die Schwangeren begründet werden kann. Entgegen Schumann/Schmidt-Recla wirkt sich die Anerkennung der Belastung nach der Geburt nicht nur als Kriterium bei der Lebensgefahr oder Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Gesundheit für die Schwangere und der Zumutbarkeit des weiteren Austragens der Schwangerschaft nach ärztlicher Erkenntnis aus. Sie führt auch dazu, dass die Abbruchmethode des Fetozids als einziges mögliches Mittel zur Vermeidung dieser Belastung als zulässig erachtet werden muss. Wie anders sollte das Haben des Kindes, welches ebenfalls als Ziel eines medizinisch begründeten Abbruchs akzeptiert ist, der Schwangeren erspart bleiben?

Wenn also nach dem Verständnis des Rechtfertigungsgrundes der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. die Feststellung einer Schädigung des Kindes ebenfalls einen gerechtfertigten Abbruch ausmachen kann¹³³⁰, muss dem Arzt die Wahl der dafür effektivsten Abbruchmethode offen stehen. Mit der durch den Gesetzgeber angeregten Akzeptanz von ehemals der eugenischen Indikation zugeordneten Fallkonstellationen in der medizinisch-sozialen Indikation des § 218 a II StGB n.F. und damit auch der Intention der Tötung ist es aus juristischer Sicht unverständlich, das damit verbundene geänderte Verfahren beim Schwangerschaftsabbruch als unzulässig zu verbieten. Ob also der Rechtfertigungsgrund des § 218 a II StGB den Fetozid nach Pränataldiagnostik bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes umfasst, hängt davon ab, ob die direkte Tötung des Ungeborenen im Mutterleib als Abbruchmethode auch „unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann“.

Gerade weil nach der Intention des Gesetzgebers i.R.v. § 218 a II StGB die erst nach der Geburt drohende Gefahr für die Schwangere und zukünftige Mutter ausreicht, und diese erst später womöglich eintretende Gefahr wegen ihrer Begründung beim Kind am effektivsten durch dessen Tötung verhindert werden kann, ist die Abbruchmethode des Fetozids das am meisten geeignete und erforderliche Mittel. Geeignet, weil die Schwangere nicht auf eine u.U. das Leben erhaltende Einleitung der Geburt verwiesen werden kann, wenn die Unzumutbarkeit im

¹³³⁰ Vgl. Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.499 f

Haben des Kindes besteht. Insbesondere dann bestünde nämlich die große Wahrscheinlichkeit, dass sich die vorher der Schwangeren nur drohende Gefahr nun tatsächlich realisieren könnte. Neben der Geeignetheit kann ebenso die Erforderlichkeit bejaht werden, weil durch den Fetozid einerseits nur so die endgültige Beseitigung der Gefahr für die Mutter gewährleistet ist und andererseits nach Abwägung entsprechend dem Notstandsprinzip dieser als letztes Mittel nicht ausgeschlossen ist.

Einer generellen Ablehnung des Fetozids bei anzunehmender extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes – wie sie Schumann/Schmidt-Recla zu begründen versuchen – ist daher entgegenzutreten.

Ob die Methode des Fetozids ab einem bestimmten Entwicklungsalter des Ungeborenen aus ethischer Sicht noch akzeptabel und mit dem eigenen Standpunkt noch zu vereinbaren ist, ist davon zu unterscheiden.¹³³¹

Problematisch in ethischer Hinsicht könnte besonders sein, dass das ungeborene Kind sich in einem Entwicklungsstadium wie kurz vor der Geburt nur wenig von einem geborenen unterscheidet, wobei letzteres dem absoluten Schutz der §§ 211 ff StGB unterliegt. Denn der Übergang vom ungeborenen Leben zum Menschen ist fließend¹³³²; es erfolgt eine Entwicklung *als* Mensch und nicht zum Menschen lt. dem 2. Urteil des BVerfG zum Recht des Schwangerschaftsabbruches.¹³³³

Die Rechtsordnung erkennt die faktische Tötungshandlung beim intrauterinen Fetozid zwar als Schwangerschaftsabbruch an, dies aber nur deshalb, weil sich das Kind noch im Mutterleib befindet. Gerade mit Fortschreiten der Schwangerschaft bedarf (aber) die staatliche Gemeinschaft der Mutter immer weniger, um das neue Leben zu schützen, denn wie ärztliche Angaben bezeugen, ist schon ab der 20. SSW p.c. die extrauterine Lebensfähigkeit des Kindes und damit dessen mögliche, mutterunabhängige Existenz anzunehmen.¹³³⁴

Insoweit sind dann die neuerdings aufkommenden Bemühungen verständlich, die den Schutz der Tötungsvorschriften gem. §§ 211 ff auf den Zeitpunkt der möglichen Lebensfähigkeit bei Geburt ausdehnen und somit den bisher geprägten Begriff des „Menschen“ i.S.d. Strafrechts erweitern wollen.¹³³⁵ Anerkannt ist dafür ein Fötusalter ab der 20. Woche p.c.

¹³³¹ So auch Hille, Der Frauenarzt 1999, S.78, der den Fetozid als Ausfluß der Forderung der Bevölkerungsmehrheit auf ein „Recht“ auf Schwangerschaftsabbruch nach gravierender pränataler Diagnostik ansieht. Die Realität beugt sich nun einmal nicht korrigierenden Erklärungen und läßt einen Rückzug auf widerspruchsfreie Positionen nicht zu.

¹³³² Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.502

¹³³³ BVerfG E 88, S. 252

¹³³⁴ Beckmann, MedR 1998, S.158; Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.502

¹³³⁵ So z.B. Gropp, GA 2000, S. 1ff (7 ff)

Gegen die Zulässigkeit des Fetozids wird zudem vorgebracht, dass er als Bestandteil eines Rechtfertigungsgrundes bei extrauteriner Lebensfähigkeit als ein Verstoß gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit anzusehen wäre.¹³³⁶ Der gedankliche Schritt vom Fetozid zur Tötung missgebildeter, aber lebensfähiger Neugeborener wäre ein kleiner und „(...)die Euthanasiedebatte (würde)von dieser Reform (gem. dem SFHÄndG) neue geistige Impulse erhalten“.¹³³⁷ Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass die beiden Bereiche – zum einen die Abtötung der Leibesfrucht und zum anderen die Tötung des Geborenen – (noch) rechtlich genau abgegrenzt und unterschiedlich geregelt sind. Einer Überschneidung wird damit vorgebeugt.

Von der Ärzteschaft¹³³⁸ selbst wird der Fetozid nicht generell abgelehnt. Ein solcher ist erlaubt, wenn er durchgeführt wird, weil er bei dem ohnehin indizierten Abbruch für das Ungeborene je nach dessen Entwicklungsstand das geringste verfahrensbedingte Leiden mit sich bringt. Der Fetozid jedoch, der als Methode gewählt wird, um den „Erfolg“ eines späten Abbruchs bei gegebener extrauteriner Lebensfähigkeit des Ungeborenen nicht zu vereiteln, wird „...als nicht akzeptabel angesehen“.¹³³⁹

Dies und oben genanntes zeigt, dass die Zulässigkeit des Fetozids weniger in rechtlicher Hinsicht als in ethischer umstritten ist.

(1.4.2.) Festlegung eines frühen Abtreibungstermins

Lt. Helmke¹³⁴⁰ besteht auch noch eine weitere Möglichkeit zur Vermeidung einer Lebendgeburt. Statt einem Fetozid müsste die betroffene Schwangere, um ihre Schwangerschaft erfolgreich – d.h. ohne dass eine Lebensfähigkeit des Kindes gegeben ist - abbrechen zu können, für den Abbruch einen so frühen Termin wählen, an dem das Ungeborene keinesfalls bereits lebensfähig sein kann; aus Sicherheitsgründen also seiner Ansicht nach noch vor der 22. Woche p.c. Da jedoch ärztlichen Angaben zufolge schon bei 30 % der Abtreibungen nach der 20. Woche p.c. der Fötus überlebt¹³⁴¹ und auch weiter (über)leben kann, sollte diese Schwangerschaftswoche als Grenze gewählt werden.

¹³³⁶ Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.503

¹³³⁷ Beckmann, MedR 1998, S.158

¹³³⁸ Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3013

¹³³⁹ BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3013

¹³⁴⁰ ZRP 1995, S.442

Zu bedenken ist dabei jedoch, dass die genaue Feststellung genetischer Schädigungen des Ungeborenen erst ab einer bestimmten Entwicklungsstufe (s.o.) möglich wird. Mit einer „Frist“ von 20 bzw. 22 SSW p.c. verkürzt sich dann entweder die Dauer der Beobachtung der Entwicklung des Embryo/Fötus nach der ersten Feststellung des Verdachts, oder aber die ohnehin kurze Zeit, in der die Schwangere sich nach dem definitiven Ergebnis über die Behinderung des Kindes darüber bewusst werden muss, ob die Fortsetzung der Schwangerschaft (k)eine seelische oder körperliche Überforderung nach sich zieht oder ziehen kann.

Dadurch kann es zum einen zu einer größeren Unsicherheit bei der Diagnose eugenischer Schädigungen kommen, zum anderen zu einer größeren Gefahr der Schädigung des Embryos/Fötus aufgrund früherer oder häufigerer Untersuchungen des Fruchtwasser, oder aber zu einer übereilten Entscheidung der Schwangeren gegen das ungeborene Leben. Denn eine Entscheidung für den Abbruch ist erfahrungsgemäß häufiger anzutreffen als der umgekehrte Entschluss.

Der Vorschlag Helmkes kommt der verschiedentlich erhobenen Forderung nach einer Wiedereinführung einer Frist bei den ehemals der eugenischen Indikation zugeordneten und nunmehr der medizinisch-sozialen Indikation unterfallenden Fallkonstellationen sehr nahe.

Ähnlich wie Helmke plädieren die Vertreter aus den ärztlichen Reihen¹³⁴² für ein Abtreibungsverbot ab der 20. SSW p.c., was gleichbedeutend mit einer Fristbegrenzung für erlaubte Schwangerschaftsabbrüche zu sehen ist.¹³⁴³

Welchen Bedenken jedoch eine Fristeinführung ausgesetzt ist, soll in einem späteren Punkt der Arbeit behandelt werden.

Festzuhalten bleibt, dass die Festlegung eines früheren Abtreibungstermins als Weg zur Vermeidung einer Lebendgeburt ebenso wenig einen besseren Schutz für das ungeborene (behinderte) Leben, wie auch für die persönliche Freiheit der Schwangeren bereithält.

¹³⁴¹ Albring, zitiert bei Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57

¹³⁴² Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57; BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3015

¹³⁴³ Demgegenüber treten Schumann/Schmidt-Recla, MedR 1998, S.504 für ein grundsätzliches (Ausnahme: sog. „todgeweihte Kinder“) Verbot der Abtreibung mittels Fetozyd ab der 20.SSW p.c. ein; nach ihrer Ansicht sollte zudem die bis 1995 geltende eugenische Indikation samt Frist – diesmal aber auf 20 Wochen begrenzt – wieder eingeführt werden.

(2) Schmerzempfindlichkeit des Ungeborenen

Wie schon angedeutet, könnte i.R.e. Abtreibung in einem späten Schwangerschaftsstadium die Schmerzempfindung des Fötus bereits gegeben sein und sich damit die Frage nach der Indikation von sedierenden und/oder anästhesiologischen Maßnahmen zur Ausschaltung von Schmerzen während des Eingriffs des Schwangerschaftsabbruchs stellen.

Notwendig könnten solche v.a. deshalb werden, weil zunehmend im juristischen Meinungsspektrum¹³⁴⁴ die Auffassung vertreten wird, dass sich die §§ 223 ff StGB gleichfalls auf pränatale Handlungen erstrecken; die Körperverletzung eines „anderen“ Menschen also auch die eines ungeborenen Menschen sein kann.

Gefolgert wird letzteres aus dem auch dem Ungeborenen zustehenden Recht aus Art.2 II GG.¹³⁴⁵ Damit würde die Verweigerung von Sedierung, Analgesie und Anästhesie bei ärztlichen Eingriffen jenseits der 20./22. SSW p.c. u.U. zur Strafbarkeit des Arztes gem. § 223, § 224 StGB führen.

Wie der Wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer festgestellt hat¹³⁴⁶, war es lange Zeit üblich, sogar Säuglinge und Kleinkinder im Vergleich zu Erwachsenen als weniger schmerzempfindlich zu betrachten und die Reaktion von Früh- und Neugeborenen auf Schmerzreize als subkortikal (und somit unbewusst) ablaufende Reflexe einzuordnen. Der Schmerz wurde dabei zwar zutreffend als ein subjektives Erlebnis betrachtet, aber nahezu ausschließlich der bewussten, mitteilungs-fähigen, also kognitiv erlebten Welt des Erwachsenen zugerechnet. Zunehmend wird dies nun als Fehleinschätzung erkannt.

Die Problematik der Schmerzempfindung ist auch im Zusammenhang mit dem operativen Schwangerschaftsabbruch bzw. allgemein medizinisch begründeten intrauterinen Handlungen aufgetreten. Anlass dafür gab zunächst in den USA ein Titelbild des TIME – Magazin, auf dem ein Fötus abgebildet war, der – in einem sonographisch aufgezeichneten Film – während des operativen Schwangerschaftsabbruches seinen Mund weit geöffnet hatte, so dass er für den Betrachter laut zu schreien schien; dieser Eindruck wurde noch verstärkt durch die Bildunterschrift „the silent scream“.¹³⁴⁷

¹³⁴⁴ Siehe Weiß, GA 1995, S.376 ff; Gropp, GA 2000, 1ff

¹³⁴⁵ So insbesondere Weiß a.a.O.

¹³⁴⁶ Vgl. Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2714 ff

¹³⁴⁷ TIME – Magazin vom 25. März 1985, zitiert bei Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2714

Die Antwort auf die weltweit zur Diskussion entbrannte Frage nach der Indikation von sedierenden und/oder anästhesiologischen Maßnahmen zur Ausschaltung von Schmerzen bei Embryonen oder Föten während intrauteriner Eingriffe sowie bei Operationen an Neugeborenen stützt sich auf entsprechende morphologische, neurophysiologische und biochemische Befunde sowie klinische Beobachtungen.¹³⁴⁸

Es gilt dabei zu bedenken, dass die Entwicklung vom befruchteten Ei bis zum reifen Neugeborenen innerhalb von etwa 280 Tagen als stufenloses Kontinuum abläuft. Es werden zwar stetige, aber momentan nicht als deutliche Realisationsstufen erkennbare Fortschritte von Form, Struktur und Funktion des Embryo bzw. Föten gemacht. Letztlich gelingt aber auch ohne markante Einschnitte eine hinreichend zuverlässige Abgrenzung von Zeit-Zonen, in denen eine Schmerzempfindung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht möglich, in denen sie wahrscheinlich und in denen sie als sicher anzunehmen ist.¹³⁴⁹

(2.1.) Grundsätzliches

Zunächst einmal sollen grundsätzliche Erwägungen zum Schmerz – Definition, Kategorien und Schmerzleitung – angestellt werden.

Nach der noch heute gültigen wissenschaftlichen Definition der International Association for the Study of Pain von 1979 wird der Schmerz als eine unangenehme, sensorische und emotionale Erfahrung beschrieben, die mit einer tatsächlichen oder potentiellen Schädigung von Gewebe verbunden ist oder als eine solche beschrieben wird. Die Schmerzempfindung und Schmerzverarbeitung erfolgen durch örtliche Aufnahme der Schmerzreize¹³⁵⁰ und „Verarbeitung“ der Informationen im Zentralnervensystem (= ZNS). Das Ergebnis dieser Transformation des Schmerzreizes im ZNS sind reflektorisch-motorische, vegetative, neurophysiologische, neurochemische und affektive Reaktionen, möglicherweise auch unbewusste und/oder bewusste Erinnerungen sowie daraus resultierende Verhaltensänderungen, z.B. Vermeidungsverhalten.¹³⁵¹

¹³⁴⁸ Siehe näher dazu die Ausführungen des Wissenschaftlichen Beirats der BÄK in Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2715 – B-2719

¹³⁴⁹ Wissenschaftlicher Beirat der BÄK, Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2715

¹³⁵⁰ = Nozizeption = Wahrnehmung eines Schmerzreizes

¹³⁵¹ „Schmerz ist immer subjektiv. Jeder Mensch lernt die Anwendung des Begriffes durch Erfahrungen, die mit einer Verletzung im frühen Kindesalter verbunden sind.“, Merskey, H./Albe-Fessard, D./Bonica, J. zitiert in Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2715

Grundsätzlich gibt es zwei Schmerzkategorien, zum einen den Schmerz bei vollem Bewusstsein und zum anderen den Schmerz ohne Bewusstsein.

Ersterer führt zu einem komplexen psychophysisch manifest werdenden Schmerzerlebnis mit den verschiedenartigen, so eben genannten Reaktionsmustern.

Schmerz ohne Bewusstsein hingegen führt zu keinem Schmerzerlebnis, wohl aber zu verschiedenartigen (unbewusst bleibenden) Äquivalenten der Schmerzempfindung. Diese Vorgänge sind als Nozizeption¹³⁵² bezeichnet worden.

Die Schmerzleitung¹³⁵³ in einem funktionstüchtigen ZNS beginnt – bei vollem Bewusstsein ebenso wie bei Bewusstlosigkeit – nach einem entsprechenden, peripheren Reiz an den freien Nervenendigungen, die als Nozizeptoren in allen Geweben vorkommen. Nach dieser Nozizeption wird der Schmerz über die markhaltigen, schnell leitenden A-delta-Fasern¹³⁵⁴ und die marklosen, langsam leitenden C-Fasern¹³⁵⁵ weitergeleitet. Schon auf der Ebene des Rückenmarkes können erste erkennbare Reaktionen auftreten. Um das Trauma als Schmerz bewusst zu erleben, ist zumindest die Weiterleitung zum Thalamus¹³⁵⁶ erforderlich, wo eine Umschaltung auf das Limbische System (affektive Modulation) und zur Hirnrinde¹³⁵⁷ (Schmerzinterpretation) erfolgt. Im ZNS können die Schmerzereignisse moduliert werden.

(2.2.) Voraussetzungen der Schmerzempfindung

Um die Frage nach der pränatalen Schmerzempfindung beurteilen zu können, soll weiter auf die morphologischen Bedingungen dafür eingegangen werden.

Festzuhalten ist, dass alle Organe des menschlichen Körpers während der Embryonalentwicklung eine Periode der ersten Anlage, der Formentwicklung und der Funktionsentwicklung durchlaufen, so auch das Nervensystem.

Von der Neuralplatte über die Neuralwülste zum Neuralrohr und seinen unterschiedlich geformten Abschnitten als Anlage späterer Hirnteile besteht das Nervensystem zunächst aus einem rein epithelialen Zellverband, der noch keinerlei neuronale Differenzierung erkennen

¹³⁵² Wahrnehmung eines Schmerzreizes

¹³⁵³ Siehe Wissenschaftlicher Beirat der BÄK, Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2715

¹³⁵⁴ = „helle“ Schmerzqualität

¹³⁵⁵ = „dumpfer“ Schmerz

¹³⁵⁶ Thalamus = Sehhügel; größte graue Kernmasse des Zwischenhirns, die durch Marklamellen in vordere, mediale und laterale Kerngruppen unterteilbar ist u. die über entspr. Fasersysteme mit anderen Teilen des ZNS, v.a. Großhirnrinde, extrapyramidalem System, Kleinhirn und Rückenmark, in Verbindung steht; zudem dient der Th. als Umschaltstation für optische und akustische Bahnen

lässt. Alle Zellen dieses Verbandes nehmen am lebhaften Zellteilungsgeschehen teil; sie befinden sich alle im Stadium von Stammzellen für die späteren Nerven- und Gliazellen. Alle Neuroblasten müssen Wanderungswege durchlaufen, ehe sie am neuen Ort sich nochmals durch Zellteilung vermehren oder in die neuronale Differenzierung eintreten. Voraussetzung für letztere ist bei den Nervenzellen der Verlust der Teilungsfähigkeit.

Notwendige strukturelle Differenzierung für eine neuronale Verschaltung und damit einen Funktionsbeginn im ZNS ist dann die Ausbildung von Axonen und Dendriten und ihre Verknüpfung durch Synapsen. Erste Synapsen in der fetalen Rindenplatte des Gehirns werden bereits in der 9. SSW p.c. ausgebildet. Ausgereifte Nervenfasern sind durch den Einschluss der Axone in spezielle Hüllsysteme der Myelinscheiden gekennzeichnet. Lange Zeit wurde irrtümlich die Myelinisierung der Nerven und zentralen Bahnen als Zeichen der Funktionsreife und Voraussetzung für eine Schmerzleitung gewertet. Wie oben beschrieben, benötigt die Schmerzleitung aber keinesfalls eine vorherige Myelinisierung. Wäre dies der Fall, könnten Neugeborene und Kleinkinder durch die bis über das 2. Lebensjahr hinaus andauernde Myelinisierung keinen bzw. weniger Schmerz empfinden als Erwachsene.

Vorbedingung für ein Schmerzerlebnis, also einen Schmerz bei vollem Bewusstsein, ist die Verknüpfung des Thalamus mit der Hirnrinde, die allerdings erst in der 24.SSW p.c. erreicht wird.

Nach dieser morphologischen Bestandsaufnahme muss die Schmerzempfindung als eine werdende Funktion eingestuft und ihre Entwicklung vom Zustand der noch fehlenden Schmerzempfindlichkeit - noch keine morphologischen Voraussetzungen – über den Schmerz ohne Bewusstsein - noch keine Großhirnfunktion - bis zum Schmerz mit Bewusstsein - durch Erinnerung und Gedächtnis - gesehen und Zeitzonen zugeordnet werden.

Unstrittig ist, dass Säuglinge und Kleinkinder Schmerz empfinden.

Beim Embryo¹³⁵⁸ schließen die derzeitigen Kenntnisse über die Entwicklung des ZNS ein Schmerzerlebnis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dagegen aus.¹³⁵⁹

Da die morphologischen Voraussetzungen für eine Schmerzleitung von der Peripherie bis auf die spinale Ebene nicht vor der 8.Woche p.c. gegeben sind, ist auch die Schmerzperzeption

¹³⁵⁷ Das Gehirn unterteilt sich funktionell in die Hirnrinde, die Kerne, in Assoziationsbahnen, Kommissurenbahnen und Projektionsbahnen.

¹³⁵⁸ Als Embryo wird das ungeborene Kind in der Embryonalzeit bezeichnet, die am 16.Tag p.c. beginnt und bis zum Ende der 8.Woche p.c. geht. Diese umfaßt die Entwicklungsphase, in der die großen Organsysteme als Anlagen entstehen und sich in Organe untergliedern, vgl. Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2716

¹³⁵⁹ Wissenschaftlichen Beirat der Ärztekammer, Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2716

vor diesem Zeitpunkt kaum anzunehmen. Allerdings wurden bei überlebenden Embryonen erste, durch Hautberührung ausgelöste motorische Reaktionen im Alter von 50 bis 51 Tagen beobachtet, welche als Hinweis für einen möglicherweise auf spinaler Ebene durch einen Fluchtreflex beantworteten Schmerzreiz angesehen und gedeutet werden können.

Die Bildung einer funktionell wirksamen „Vernetzung“ - durch Synapsen und Neurotransmitter – von afferenten Fasern mit dem Hirnstamm macht – nach der 8. Woche p.c. beginnend bis zur 21. Woche p.c. fortschreitend¹³⁶⁰ – eine zunehmende Nozizeption sehr wahrscheinlich.¹³⁶¹

Erkennbar wurde und wird diese lt. Befunden im vegetativen Bereich durch den Anstieg von arteriellem Blutdruck und Herzfrequenz sowie der Ausschüttung von ACTH; motorische Aktionen des Fötus treten – mit unkoordiniertem Ablauf zuerst in der 8. Woche p.c. auf.¹³⁶² Nach dem Hinzukommen erster Synapsen in der 9. Woche p.c. werden als Zeichen von Hirnstamm-Aktivitäten von der 12. Woche p.c. an auch komplexe Bewegungsmuster beobachtet.

Zu beachten ist, dass die Nozizeption aber noch kein bewusstes Erleben des Schmerzes und damit kein Schmerzerlebnis bedeutet.

Ein solches (wie auch immer gestaltetes) Schmerzerlebnis des Fötus ist zunehmend dann wahrscheinlich, wenn die peripher beginnende Nozizeption mit der Ausbildung thalamokortikaler Fasern und der Bildung entsprechender Synapsen mit Neurotransmittern von der 22. Woche p.c. an auch neuro-physiologisch und neurochemisch „durchgeschaltet“ ist bis zur Großhirnrinde. Jenseits der 22. SSW p.c. ist daher mit einem Schmerzerlebnis des Fötus zu rechnen.¹³⁶³

Die verschiedenen, spätestens von der 28. Woche p.c. an erfolgreichen postnatalen Konditionierungsversuche (z.B. Unterscheiden der mütterlichen von einer fremden Stimme) rechtfertigen die Annahme einer (noch einfachen „vorbewussten“) Art des Bewusstseins und der Erinnerung. Im Verlauf der weiteren Hirnentwicklung wird über das sich differenzierende Bewusstsein auch die Fähigkeit zur Gedächtnisbildung „entfaltet“. Spätestens zu diesem Zeitpunkt muss mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein mehr oder weniger ausgereiftes Schmerzerlebnis beim Fötus (beziehungsweise Frühgeborenen) angenommen werden.¹³⁶⁴

¹³⁶⁰ Die Fetalzeit reicht von der 9. SSW p.c. bis zur 38. Woche p.c. bzw. bis zur Geburt. Sie gliedert sich in die „frühe“ Fetalzeit (9. bis 12. Woche p.c.), die „mittlere“ Fetalzeit (13. bis 24. Woche p.c.) und die „späte“ Fetalzeit (von der 25. SSW p.c. bis zur Geburt). – diese Gliederung wurde vom Wissenschaftlichen Beirat der Ärztekammer, Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2716, übernommen

¹³⁶¹ Weiß, GA 1995, S.376 ff

¹³⁶² Wissenschaftlichen Beirat der Ärztekammer, Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2716

¹³⁶³ Wissenschaftlichen Beirat der Ärztekammer, Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2716; Weiß, GA 1995, S.376 ff

¹³⁶⁴ Weiß, GA 1995, S.376 ff

Reife Neugeborene haben dann eine körpereigene Schmerzabwehr, die zwar als angemessen funktionstüchtig, im Hinblick auf das Schmerzerlebnis trotzdem noch als „werdende“ Leistung einzustufen ist.

(2.3.) Schlussfolgerungen

Für die vorgenommenen Spätabtreibungen haben die vorstehenden Erläuterungen zur Schmerzempfindung folgende Konsequenz:

Wie oben ausgeführt, sind als konfliktbehaftete, „späte Abtreibungen“ solche zu bezeichnen, die ab der 22. SSW p.c. vorgenommen werden. Dieser Zeitpunkt aber markiert auch die Scheidelinie dahingehend, dass nicht mehr nur eine Schmerzempfindung des Fötus in Form der Nozizeption¹³⁶⁵, sondern zunehmend auch ein (wie auch immer geartetes) Schmerzerlebnis¹³⁶⁶ für ihn wahrscheinlich ist.

Das ungeborene Kind empfindet also aller ärztlichen Erkenntnis nach bei einem Schwangerschaftsabbruch im späten Stadium Schmerzen.

(2.4.) Konsequenzen

Zum einen könnte dies bei einer späten Abtreibung die Notwendigkeit der Gabe von geeigneten Hypnotika oder Sedativa oder auch die der Einbeziehung des Fötus bei anästhesiologischen Maßnahmen begründen. Vom Wissenschaftlichen Beirat der Bundesärztekammer jedenfalls werden Vorkehrungen, die der Schmerzvermeidung beim Fötus in diesem Alter dienen, gefordert.¹³⁶⁷ Zwar müsse dabei das Komplikationsrisiko für die Mutter durch entsprechende Mittel der Schmerzbetäubung dem Risiko der Schmerzzufügung beim Fötus gegenübergestellt und abgewogen werden; insbesondere, ob bspw. eine Allgemein- oder aber „nur“ eine Lokalanästhesie durchgeführt wird. Erstere birgt hinsichtlich narkosebedingter Zwischenfälle ein höheres Risiko für die Mutter in sich. Insoweit werden auch Empfehlungen, die aber „nur“ einen dementsprechend unverbindlichen Charakter für die Ärzteschaft besitzen,

¹³⁶⁵ Wahrnehmung eines Schmerzreizes

¹³⁶⁶ Bewusstes Erleben des Schmerzes und Bewertung als unangenehme Empfindung

¹³⁶⁷ Dt. Ärztebl. 1991, S. B-2719

zur Sedierung, Analgesie und Anästhesie gegeben. Rechtlich vorgeschrieben sind derartige Maßnahmen jedoch nicht.¹³⁶⁸

Zum anderen könnte(n) die anzunehmende Schmerzempfindlichkeit beim Fötus und damit seine Schmerzen bei einem intrauterinen Eingriff wie dem Schwangerschaftsabbruch eine Strafbarkeit des Arztes gem. §§ 223 ff StGB nach sich ziehen.

Die Alternative der körperlichen Misshandlung als üble, unangemessene Behandlung, durch die das Opfer – hier der Fötus – in seinem körperlichen Wohlbefinden mehr als nur in unerheblichem Maße beeinträchtigt wird, setzt nicht notwendig das Zufügen von Schmerzen voraus.¹³⁶⁹ Daraus kann aber geschlussfolgert werden, dass die Herbeiführung von Schmerzen sehr wohl eine körperliche Misshandlung darstellen kann. Im Übrigen kann die Herbeiführung von Schmerzen auch eine Gesundheitsbeschädigung, die 2. Tatmodalität der Körperverletzung, sein.¹³⁷⁰ Enthält nun der mit der Abtreibung betraute Arzt dem ungeborenen Kind jenseits der 22. SSW p.c. die Linderung der mit diesem Vorgang verbundenen Schmerzen durch entsprechende sedierende und/oder anästhesiologische Maßnahmen vor, könnte er sich wegen Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 223, 13 StGB strafbar machen.¹³⁷¹ Diese Körperverletzung würde zwar regelmäßig hinter den Tötungsdelikten gem. §§ 211 ff StGB und wegen des „erst recht – Schlusses“¹³⁷² auch hinter die §§ 218 ff auf Konkurrenzebene zurücktreten.¹³⁷³ Es ist aber auch Ideal- oder Realkonkurrenz denkbar.¹³⁷⁴

Voraussetzung ist dafür erst einmal, dass eine „präinatale Körperverletzung“ überhaupt möglich ist.

Diese Frage der Anwendbarkeit der §§ 223 ff StGB ist umstritten.

Zumeist wird sie mit dem folgenden Argument verneint:

Da Schutzgut der Körperverletzungsdelikte das körperliche Wohl des Menschen ist und Tatobjekt seit dem Verbrechensbekämpfungsgesetz eine andere Person, statt wie vorher geschlechtsneutral ein „anderer“ sein muss, ist nach der alten Fassung und auch jetzt unstrittig nur der „geborene“ Mensch vom Schutz der §§ 223 ff StGB erfasst. Das Ungeborene fällt dagegen nicht in deren Anwendungsbereich.

¹³⁶⁸ Zu einer möglicherweise aus der Schmerzempfindlichkeit resultierenden Narkosepflicht siehe unten noch genauer

¹³⁶⁹ Sch/Sch-Eser, § 223, Rz.3

¹³⁷⁰ Sch/Sch-Eser, § 223, Rz.5

¹³⁷¹ Sch/Sch-Eser, § 223, Rz.5, Vorbem. §§ 211, Rz.23; Lt. Weiß, GA 1995, S.376, erfüllt Pflichtwidriges Unterlassen der Schmerzlinderung den Tatbestand der Körperverletzung.

¹³⁷² Argumentum a fortiori, a maiore ad minus

¹³⁷³ Nach der in der Rspr. vertretenen „Einheitstheorie“ schließt der Tötungsvorsatz den Körperverletzungsvorsatz mit ein.

¹³⁷⁴ Sch/Sch-Eser, § 212, Rz.20

Bestärkt wird diese Ansicht durch folgendes: Mensch i.S.d. StGB wird man mit Beginn des Geburtsaktes, wie sich im „alten“ Recht positiv-rechtlich aus § 217 a.F. ergab. Dieser wird in seinem Leben durch die Tötungsdelikte (§§ 211 ff StGB) und in der körperlichen Unversehrtheit durch die Körperverletzungsvorschriften (§§ 223 ff StGB) geschützt. Demgegenüber schützen die §§ 218 ff StGB nur das (menschliche) Leben der Leibesfrucht. Ein strafbewehrter Schutz auch der körperlichen Unversehrtheit des Ungeborenen ist durch diese nicht gewährleistet. Damit offenbart sich im Strafrecht ein prinzipieller Rundumschutz des Geborenen, während ein solcher beim Ungeborenen nicht gegeben ist.¹³⁷⁵

Mit folgenden gewichtigen Gegenargumenten werden dagegen das Eingreifen der §§ 223 ff StGB auch bei Ungeborenen und somit bei vorliegender Schmerzempfindlichkeit die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Schmerzvermeidung durch den Arzt bejaht:

Gem. Art.2 II S.1 GG hat jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Nach S.3 darf in diese Rechte nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. Lt. Weiß gibt es mangels irgendeiner weiteren Vorschrift des Grundgesetzes, die inhaltlich zwischen einem geborenen und einem ungeborenen Kind unterscheidet, keinen Anlass, den eindeutigen Wortlaut eines jeden Menschen einengend z.B. auf geborene Menschen zu interpretieren.¹³⁷⁶ Das BVerfG hat in seinem 2. Urteil zum Recht des Schwangerschaftsabbruches¹³⁷⁷ bestätigt, dass dem Ungeborenen das Recht auf Leben aus Art.2 II S.1 GG als eigenes Recht zusteht und das nicht erst durch die Annahme seitens der Mutter, sondern aufgrund seiner Existenz. Dieses unterschiedslos gewährte Recht auf körperliche Unversehrtheit könnte daher die Anwendbarkeit der §§ 223 ff StGB auch für das ungeborene Kind nahe legen.

Dem aber widerspricht der Blick auf § 218 StGB. Dieser Paragraph schränkt mit seiner Existenz den in §§ 211 ff StGB gebrauchten Begriff des „Menschen“ auf den des „geborenen Menschen“ ein. Dabei entsprechen die §§ 218 ff StGB dem in Art.2 II S.3 GG eingeräumten Gesetzesvorbehalt. Der Gesetzgeber konnte also Vorschriften erlassen, die in die verfassungsrechtlich gewährten Rechte eingreifen; zudem entspricht es seiner gesetzgeberischen Freiheit, den Begriff des Menschen im Strafrecht nach seiner Vorstellung zu definieren.

Weiß¹³⁷⁸ zufolge entfaltet § 218 StGB mit seinem Schutz „nur“ des ungeborenen Lebens lediglich Sperrwirkung hinsichtlich der vorgeburtlichen Anwendbarkeit der §§ 211 ff StGB,

¹³⁷⁵ Gropp, GA 1/2000, S.1 ff

¹³⁷⁶ Weiß, GA 1995, S.376

¹³⁷⁷ BVerfG E 88, 252; siehe schon das 1.Urteil, BVerfG E 39, S.1 ff (S.37f) in dem es heißt: „Das Recht auf Leben wird jedem gewährleistet, der ‚lebt‘; zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden. ...Jeder im Sinne des Art.2 II S.1 GG ist...daher auch das noch ungeborene menschliche Wesen.“

¹³⁷⁸ In GA 1995, S.377 f

nicht jedoch gegenüber den §§ 223 ff StGB. Denn zum einen würden die Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch nur die Strafbarkeit bei Tötung regeln, zum anderen würde schon die unterschiedliche Stellung im Gesetz, §§ 211 ff und §§ 218 ff StGB im 16. Abschnitt, §§ 223 ff StGB dagegen im 17. Abschnitt, anzeigen, dass die strafrechtliche Interpretation von „Mensch“ nur begrenzte Wirkung haben kann.

Dagegen ist einzuwenden, dass mit der Verdeutlichung durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz – „andere Person“ statt „anderen“ – der Bezug zum „geborenen Menschen“, wie ihn die §§ 211 ff StGB benutzen, hergestellt wurde. Dass die Körperverletzungsdelikte sich in einem anderen Abschnitt des StGB befinden, spielt dabei keine Rolle. V.a. kommt hier zum Tragen, dass der Gesetzgeber nicht nur zwischen den strafbewehrten Handlungen Tötung und Körperverletzung unterscheiden wollte, sondern auch zwischen den davon betroffenen Objekten und ihren Rechtsgütern, Leben und körperliches Wohl des geborenen und des ungeborenen Menschen. Die Vornahme einer solchen Differenzierung zwischen menschlichem Leben und ungeborenen menschlichen Leben, die verbunden ist mit einem bedeutsamen Wertunterschied¹³⁷⁹, steht ihm auch zu. Da nur die §§ 218 ff strafbare Handlungen gegen das Ungeborene aufstellen, sind diese für dieses Tatobjekt abschließend. Anderweitige Handlungen, die sich gegen die Leibesfrucht richten, werden gerade nicht relevant.

Demzufolge muss die Anwendbarkeit der §§ 223 ff StGB beim ungeborenen Kind abgelehnt werden. Auch wenn der Fötus jenseits der 22.SSW p.c. Schmerzen bei einem intrauterinen Eingriff wie der Abtreibung empfindet, entfällt eine Strafbarkeit des Arztes gem. §§ 223, 13 StGB bei der Nicht-Gabe von anästhesiologischen Mitteln.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Spätabtreibungen aufgrund des mit sehr großer Wahrscheinlichkeit zu diesem Zeitpunkt anzunehmenden Schmerzerlebnisses des Ungeborenen¹³⁸⁰ für dieses ohne die notwendigerweise¹³⁸¹ durchzuführende Gabe von Hypnotika oder Sedativa ein qualvolles Sterben bei zumeist mehrfach nötigen Tötungsversuchen vermuten lässt¹³⁸² und trotzdem straflos bleibt.

¹³⁷⁹ Siehe Gropp, GA 1/2000, S.1 ff

¹³⁸⁰ Siehe obige Ausführungen

¹³⁸¹ Weil die Schmerzzufügung beim Ungeborenen nicht strafrechtlich sanktioniert ist

cc) Begrenzungsmöglichkeiten für Spätabtreibungen

V.a. die soeben aufgezeigten negativen Folgen von Spätabtreibungen führen dazu, nach Begrenzungsmöglichkeiten zu suchen.

Die mit den Schwangerschaftsabbrüchen in einem späten Stadium einhergehenden Probleme wurden dabei nicht erst nach der Gesetzesänderung von 1995 erkannt, sondern hatten schon vorher zu den von Gesetzes wegen vorgeschriebenen Abtreibungsfristen geführt. Dementsprechend handelt es sich bei den folgenden Vorschlägen zur Eindämmung von späten Abbrüchen teils um bereits bekannte, teils um neue Argumente aus Literatur und medizinischer Praxis.

(1) Begrenzungen i.R.d. Pränataldiagnostik

Zunächst könnten als solche Begrenzungsmöglichkeit Einschränkungen i.R.d. pränatalen Diagnostik in Betracht kommen.

Wie schon oben¹³⁸³ näher ausgeführt, wurde durch die Methoden der p.D. der Umfang der vorgeburtlichen Ermittlungen entscheidend ausgeweitet und die hierdurch eröffneten Möglichkeiten scheinen in vielfacher Hinsicht „nahezu unbegrenzt“ zu sein.¹³⁸⁴ Verbunden sind damit nicht nur positive, sondern auch negative Folgen; befürchtet wird v.a., dass – im Zusammenhang mit einer strengen zivilrechtlichen Haftungsrechtsprechung – die (invasiven) Methoden der Pränataldiagnostik zu einer „Routineuntersuchung“¹³⁸⁵ „verkommen“ und letztlich eine ernste Gefährdung für das sich entwickelnde Leben werden, da selbst kleinste, festgestellte Makel zunehmend dem Traum vom „perfekten“ Kind entgegenstehen. Denn die Brücke zwischen Untersuchung und sich daran anschließender Abtreibung ist bereits geschlagen.¹³⁸⁶

Mit Begrenzungen i.R.d. Pränataldiagnostik könnten nun nicht nur Schwangerschaftsabbrüche allgemein, sondern besonders die in einem späten Stadium stattfindenden unterbunden werden.

¹³⁸² Davon geht auch Hepp, Gynäkologie 1996, S.410 aus.

¹³⁸³ Siehe unter Pkt. C.I.2.a.(aa)

¹³⁸⁴ So auch Pluisch, S.5

¹³⁸⁵ Jedes Kind ist liebenswert, Woche für das Leben 1997, S.18

(1.1.) Generelles Verbot der Pränataldiagnostik

Möglich wäre dies z.B. durch eine generelle Untersagung der Durchführung pränataldiagnostischer Untersuchungen oder zumindest einer solchen nach der 20.SSW p.c. im Hinblick auf die ärztlich anerkannte, nicht unwahrscheinliche Lebensfähigkeit des Fötus außerhalb des Mutterleibes bereits ab der 20.SSW p.c.

Während bei ersterem Vorschlag Konflikte gar nicht erst entstehen könnten, da ihre Ursache unbekannt bleiben würde, würde eine Zeitgrenze für die p.D. von 20.Wochen p.c. bestimmte Untersuchungen ebenfalls zum ersten Mal oder aber zur Wiederholung nicht mehr zulassen. Im Unterschied zur ersten Variante würde aber in den meisten Fällen die Konkretisierung eines schon gegebenen Ergebnisses entfallen. Insbesondere weil der Schwangerschaftsabbruch häufig immer noch die einzige „Therapie“ ist, könnte diesem Trend des „Abortautomatismus“ mit dem vollständigen Verbot der p.D. – zumindest ab einem bestimmten Alter des Fetus - am besten entgegengewirkt werden.

(1.2.) Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen zur pränatalen Diagnostik

Indem die Zugangsvoraussetzungen zur pränatalen Diagnostik im späten Schwangerschaftsstadium angehoben und damit der Zugang dazu an sich beschränkt werden würde, könnte eine Begrenzung der Spätabtreibungen erreicht werden.

Die Pränataldiagnostik ist im Hinblick auf ihre Folgen für die Rechte des Nasciturus (Art.1 I; 2 II S.1 GG) nach Auffassung Cramers¹³⁸⁷ nur zulässig, wenn sie indiziert ist. Die Indikationen sollten in Form eines Indikationskataloges festgelegt werden. Dort sollte die strenge Einzelfallbezogenheit der invasiven pränatalen Diagnostik betont werden. Der Vorschlag Cramers, die Indikation zur p.D. auf erkennbare Schädigungsdeterminationen des ungeborenen Kindes zu beschränken, die entweder pränatal oder postnatal therapierbar sind oder aber so schwer wiegen, dass von vornherein eine eugenische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch anzunehmen wäre, müsste mit dem Abstellen des Gesetzeswortlauts in § 218 a II StGB n.F. auf eine gesundheitliche Gefahr für die schwangere Mutter dahingehend abgewandelt werden, dass nur die Erkennbarkeit der Schädigung eindeutig abgeklärt wäre. Die Schwere

¹³⁸⁶ Wegener, Jedes Kind ist liebenswert, Woche für das Leben 1997, S. 19 führt aus, daß „in den allermeisten Fällen ...eine ungünstige Diagnose ...zu einem Schwangerschaftsabbruch (führt).“

¹³⁸⁷ ZRP 1992, S.139 f

der Schädigung beim Ungeborenen an sich kann – wie oben aufgezeigt¹³⁸⁸ – nicht mehr entscheidend sein.

(1.3.) Verschweigen des Diagnostikresultats

Eine weitere Möglichkeit i.R.d. Pränataldiagnostik würde das Verschweigen des Resultats der pränatalen Untersuchung, die erst nach der 20. Woche p.c. durchgeführt wird, darstellen.¹³⁸⁹

(1.4.) Würdigung der Möglichkeiten

Gegen ein Verbot der Pränataldiagnostik zumindest ab der 20. SSW p.c. muss zunächst einmal eingewandt werden, dass deren Möglichkeiten gerade erst ab diesem Zeitpunkt effektiv nutzbar sind; viele Erkrankungen lassen sich dann sicher und genau prognostizieren, insbesondere liefern die zu dieser Zeit anwendbaren Methoden die zuverlässigsten Ergebnisse.¹³⁹⁰ Nicht ohne Grund ist deshalb auch im „alten“ Recht die Frist für die Abtreibungen infolge der Schädigung des Ungeborenen auf die 22. SSW p.c. gelegt worden, um die eben genannten Vorteile ausnutzen zu können.¹³⁹¹

Hinzukommend muss beachtet werden, dass die p.D., wie andere medizinische Untersuchungsmethoden auch, als solche „ethisch“ neutral ist, problematisch und relevant können lediglich die praktischen Folgen der aus ihr gewonnenen Erkenntnisse sein.¹³⁹² Demzufolge wäre es sicherlich der falsche Weg, der Pränataldiagnostik nach der 20. SSW, gleichsam als „Urheberin“ der ihr nachfolgenden Schwierigkeiten, den Kampf anzusagen und sie generell zu verbieten.

Denn außer Acht gelassen würden damit ihre Vorzüge in der Erkenntnisgewinnung und der daraus resultierenden praktischen Anwendung.¹³⁹³ Die eigentlich von der p.D. verfolgten Ziele, wie die Früherkennung von Fehlbildungen, um eine optimale Behandlung von Mutter und

¹³⁸⁸ Siehe unter Pkt. Teil 2.B.III.3.

¹³⁸⁹ Plüsch, S.136 ff diskutiert das Verschweigen des Ergebnisses der p.D. unter dem Gesichtspunkt, daß die Schädigungen des Kindes „leichte“ oder solche mit ungewisser Bedeutung sind.

¹³⁹⁰ Siehe die eigene Argumentation der Verfasserin unter Pkt. Teil 2.C.I.2.a.)aa)

¹³⁹¹ Vgl. Cramer, ZRP 1992, S.137

¹³⁹² Siehe Gemeinsame Texte 11, S.12

¹³⁹³ Plüsch, S.137

Kind zu ermöglichen, Befürchtungen und Sorgen der Schwangeren zu objektivieren und abzubauen, ihr Hilfe bei der Entscheidung über die Fortsetzung oder den Abbruch der Schwangerschaft zukommen zu lassen, würden mit einem generellen Verbot dieser als nicht wirklich gewünscht hingestellt. Mit einem Verbot von Untersuchungen nach der 20. Woche p.c. würde der Schwangeren zumeist verweigert, im Falle schon vorgenommener (ungezielter oder gezielter) Diagnostik – bspw. i.R.d. Schwangerenvorsorge – mit dem Ergebnis eines auffälligen Befundes weitere exakte Resultate zur Schädigung des Ungeborenen erlangen zu können; sie würde vielmehr mit einer bloß vagen Prognose zurückgelassen. Gerade dann aber wäre die Fortsetzung der Schwangerschaft für sie eine Qual mit der immer wieder gestellten bangen Frage: Bestätigt sich der gegebene Verdacht in einer Schädigung des Kindes oder nicht? Ebenfalls könnte der Arzt seinen spätestens mit der übernommenen Betreuung der Schwangerschaft abgeschlossenen Behandlungsvertrag nicht mehr entsprechend der anerkannten ärztlichen Standards und Kunstregeln erfüllen. Wie sollte er die Schwangere in ihren möglichen Schritten umfassend beraten, wenn die die genaueren Ergebnisse liefernde Untersuchungsmethode nicht mehr zulässig ist?¹³⁹⁴

Bevor ein Verbot der pränatalen Diagnostik vorschnell gefordert wird, gilt auch noch dieses zu bedenken: Es ist ein Urbedürfnis des Menschen, immer mehr wissen zu wollen. Man kann Neugierde nicht verbieten.¹³⁹⁵ Fortschritt – hier i.R.d. medizinisch-technischen Entwicklung – lässt sich nicht durch Verbote eingrenzen oder gar stoppen. Fortschritt muss aber behutsam an ethische Werte und Vorstellungen gekoppelt werden. Die bestehenden Missbrauchsgefahren, insbesondere nach der 20. SSW p.c., machen deshalb die p.D. nicht unerlaubt, sondern fordern von allen Beteiligten höchste Wachsamkeit und Sensibilität.¹³⁹⁶

Ein Verbot der Pränataldiagnostik, zumindest aber ein solches ab der 20.SSW p.c., ist daher abzulehnen. Ursache für die aufgrund der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Fälle durchgeführten Abtreibung gem. § 218 a II StGB n.F. ist zudem nicht der aus der p.D. resultierende, auffällige Befund als solcher, sondern die sich darauf gründende Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der schwangeren Mutter.¹³⁹⁷

Ebenso ist auch die Eingrenzung der p.D. und damit die von Spätabtreibungen mittels Verschweigen des Resultats einer nach der 20.SSW p.c. durchgeführten Untersuchung abzulehnen.

¹³⁹⁴ So auch die BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. A -3015

¹³⁹⁵ Zu dieser Erkenntnis gelangen auch die katholische und evangelische Kirche Deutschlands in ihren Gemeinsamen Texte(n) 11, S.20

¹³⁹⁶ Gemeinsame Texte 11, S.14

¹³⁹⁷ S.o. und nochmals BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. A-3015

Würde der Schwangeren das Ergebnis vorenthalten, könnte schon vorher die Untersuchung unterlassen werden. Denn wenn die Mutter alle zu einer möglichst exakten Diagnose erforderlichen und ihr zumutbaren Eingriffe erdulden soll, darf ihr auch ein entsprechender Befund über den Gesundheitszustand des Kindes nicht vorenthalten werden.

Zu beachten sind hier auch die aus dem Behandlungsvertrag folgenden zivilrechtlichen Informationsansprüche der Mutter gegen den Arzt.¹³⁹⁸ Dieser ist ihr gegenüber nämlich zur umfassenden Aufklärung und Beratung verpflichtet, um der Schwangeren eine Entscheidung in verantwortungsvoller Weise zu ermöglichen.¹³⁹⁹ U.U. könnte der Schwangeren bei Verletzung der Informationspflicht ein Schadenersatzanspruch gegen den Arzt zustehen, wie er bereits zuerkannt worden ist.¹⁴⁰⁰

Würde man einen Befund der Schwangeren bzw. den Eltern generell verschweigen, würde ihnen die Möglichkeit genommen, in einer unklaren Situation weiteren ärztlichen Rat, u.U. von einem Spezialisten, einzuholen und sich unter Vorbereitung der zukünftigen Situation für die Fortsetzung der Schwangerschaft zu entscheiden. Da der Abbruch gerade nicht notwendige Folge des Untersuchungsergebnisses „behindertem Kind“ sein soll und auch nicht ist¹⁴⁰¹, könnte mit der Ungewissheit dann erst recht das Verlangen nach Schwangerschaftsbeendigung und damit dieses ungewissen Zustandes einhergehen.

Der Eingrenzung der p.D. im Wege einer Beschränkung ihres Zugangs nach der 20.SSW p.c. kann nur insoweit zugestimmt werden, als dass derartig gezielte Untersuchungsmethoden, insbesondere invasive, nur durchgeführt werden sollen, wenn ein individuelles und spezifisches, statistisch über dem Durchschnitt liegendes, höheres Krankheitsrisiko des Ungeborenen mit Hilfe humangenetischer Beratung und Diagnostik abgeklärt werden kann. Gerechtfertigt durch das mit den invasiven Techniken verbundene Risiko für das Ungeborene hinsichtlich der Auslösung einer Fehlgeburt oder Schädigungen, können – wie von ärztlicher Seite bislang schon gehandhabt¹⁴⁰² – Indikationen¹⁴⁰³ für die Zulassung pränataler Diagnostikmethoden

¹³⁹⁸ Siehe Pluisch, S.137, Fn.498; Beller, Pränatale Medizin, S. 141 ff

¹³⁹⁹ Gemeinsame Texte 11, S.9

¹⁴⁰⁰ Sog. „wrongful birth“ – Klagen; neuestes Bsp. für die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruches auf Ersatz des Unterhaltsbedarfes für ein Kind mit schweren Behinderungen und darüber hinaus auf Schmerzensgeld für die Mutter ist das Urteil des BGH vom 18.06.2002 in NJW 2002, S.2636 ff. Dort wurde noch einmal bestätigt, dass die Verletzung der Pflicht zur Beratung und genauen Information über die erkennbare Gefahr einer Schädigung der Leibesfrucht eine schuldhaftige Verletzung des ärztlichen Behandlungsvertrages darstellt, und dass darauf beruhende Unterbleiben eines nach den Grundsätzen der medizinischen Indikation gem. § 218 a II StGB rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruches die Schadenersatzpflicht des Arztes auslösen kann.

¹⁴⁰¹ Ein „Abortautomatismus“ (zum Begriff: Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.38) hat sich trotz Befürchtungen realiter noch nicht eingestellt.

¹⁴⁰² Siehe BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3013 (A-3015 f)

gefordert werden. Vorgebeugt wird damit auch, dass der Arzt nicht in zunehmendem Maße zum Serviceleistenden mit einer Unterwerfung unter die Forderungen der Schwangeren „verkommt“.¹⁴⁰⁴ Denn ebenso wie die Schwangere kein „Recht auf den Schwangerschaftsabbruch“¹⁴⁰⁵ inne hat, so dürfte ihr auch kein Recht auf eine bestimmte Pränataldiagnostik zustehen, zumal wenn dafür keine Indikation anzunehmen ist. Ein solches Recht wird auch nicht mit dem Abschluss des Behandlungsvertrages zwischen Arzt und Schwangerer begründet, denn dieser verpflichtet den Arzt „nur“ zur „lege artis“ - Behandlung und in deren Rahmen zur umfassenden Aufklärung und Beratung.¹⁴⁰⁶ Da der Arzt die ärztlichen Kunstregeln zu beachten hat, obliegt ihm die Beurteilung des jeweiligen Einzelfalles und seiner dafür anzuwendenden, als Standard anerkannten Behandlung. Er bestimmt demgemäß den (Be-) Handlungs- und Aufklärungsbedarf nach den dafür bestehenden Anzeichen.

Wie schon erwähnt, bergen v.a. die invasiven Diagnostikmethoden große Gefahren für den Embryo/Fötus in sich. Da er nicht recht- und somit schutzlos gestellt ist – auch nicht gegenüber der Mutter, wie das BVerfG in seinem 2.Urteil bestätigte¹⁴⁰⁷ – müssen seine Rechte, insbesondere das auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art.2 II S.1 GG) in die Risikoabwägung für einen ärztlichen Eingriff wie die Pränataldiagnostik eingebracht werden. Ohne Indikation dürfte ein Überwiegen der Rechte des Ungeborenen festgestellt werden. Die Bestimmung der Indikationen – Altersindikation, Indikation aufgrund gesundheitlicher Vorgeschichte etc.¹⁴⁰⁸ - obliegt aufgrund der Sachkenntnis dabei dem behandelnden Arzt.

Nicht beigeplantet werden kann der Ansicht Cramers¹⁴⁰⁹, den Zugang weiter von Anhaltspunkten einer Krankheit abhängig zu machen, die entweder pränatal oder postnatal therapierbar ist oder aber so schwer wiegt, dass eindeutig eine Indikation für den Schwangerschaftsabbruch angenommen werden könnte. Für letzteres müsste nämlich dazukommend ein sog. „Negativkatalog“ für die Ausnahmelage zum Schwangerschaftsabbruch erstellt werden, der exemplarisch die pränatal diagnostizierbaren kindlichen Schädigungen enthält, die grundsätzlich keinen Einfluss auf die Entscheidung über die Zumutbarkeit der Fortsetzung der Schwan-

¹⁴⁰³ Als Indikationen werden anerkannt: das Alter der Schwangeren (35 Jahre und älter) und des Kindsvaters (50 Jahre und älter); Gendefekte, Krankheiten bei schon vorhandenen Kindern, der Schwangeren, des Kindsvaters und den Familien = Anamnese; Infektionen der Schwangeren während der Schwangerschaft

¹⁴⁰⁴ Hepp, Gynäkologie, 1996, S.408

¹⁴⁰⁵ Ein solches, der Mutter zugestandenes Recht ist nicht anerkannt. Die Möglichkeit, bei Vorliegen der vom Gesetzgeber bestimmten Ausnahmelagen eine Rechtfertigung des abbrechenden Tuns anzunehmen, ist nicht mit einem Recht gleichzusetzen, da die Erfüllung eines Ausnahmetatbestandes nur das Überwiegen von Rechten der Mutter gegenüber dem des Ungeborenen kennzeichnet. Ausnahmsweise tritt das grundsätzliche Verbot der Schwangerschaftsunterbrechung zurück, so dass eine Austragung nicht mit dem Mittel des Strafrechts erzwungen werden muß(te). Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.9c; BVerfG E 88, 255 ff

¹⁴⁰⁶ Sch/Sch-Eser, § 223, Rz.35

¹⁴⁰⁷ BVerfG E 88, 203 ff, LS 3

¹⁴⁰⁸ Siehe BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3013 ff

¹⁴⁰⁹ Cramer, ZRP 1992, S.140

gerschaft haben sollten.¹⁴¹⁰ Gerade ein derartiger Katalog beinhaltet aber die Gefahr, Schwangerschaften bei Krankheiten „automatisch“ zu unterbrechen, die nicht in der Liste aufgeführt sind.¹⁴¹¹

Abgelehnt werden muss auch die ähnliche Forderung der Fraktion der SPD, eine Liste zu schaffen, die Erbinformationen enthält, auf deren Untersuchung die pränatale Diagnose nicht angewendet werden darf. Denn da die mit der Gesetzesänderung von 1995 neu geschaffene Abbruchsmöglichkeit des § 218 a II StGB n.F. gerade nicht auf dem Befund der p.D., sondern der durch die Belastung ausgelösten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter beruht, entbehrt die nicht gesetzlich festgelegte Beschränkung auf bestimmte Erbinformationen eines inneren Grundes. Zudem folgt aus dem Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Schwangerer die Pflicht zur lege-artis-gerechten, also auf dem jeweiligen Standard befindlichen, umfassenden Behandlung, womit eine „willkürliche“ Herausnahme von Untersuchungen auf bestimmte Informationen hin entfallen muss.

Fraglich ist auch, wie die Strafbarkeit der Beteiligten bei Nichtbeachtung der von Cramer vorgeschlagenen, über die Voraussetzung der Indikation hinausgehenden Zugangsbeschränkung zur p.D. aussehen sollte. Würden sie sich des Schwangerschaftsabbruches strafbar machen? Bestraft würde in diesem Fall nicht, dass trotz fehlender Indikation eine Schwangerschaft beendet werden würde, sondern dass die die Ausnahmelage beweisende Diagnostik zu einem Zeitpunkt vorgenommen wurde, an dem dies nicht mehr hätte geschehen dürfen. Vorschläge Cramers dazu fehlen.

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass eine Begrenzung der Spätabtreibungen durch Einschränkungen i.R.d. pränatalen Diagnostik, die über die Anforderung der Notwendigkeit von Indikationen für die Untersuchungsmethoden hinausgehen, nicht erreicht werden kann (s.o.).

(2) Wiedereinführung einer Frist

Um Spätabtreibungen zurückzudrängen, wird vermehrt die Wiedereinführung einer Frist

¹⁴¹⁰ Cramer a.a.O.

¹⁴¹¹ Zu dieser Gefahr äußert sich auch die Bundesregierung in ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage, BT-Drs.13/5364, S.18

für die nunmehr der medizinisch-sozialen, aber nach „altem“ Recht der eugenischen Indikation zugeordneten Fälle gefordert.

Beispielsweise schlägt Gropp¹⁴¹² bei einer Präzisierung der medizinisch-sozialen Indikation hinsichtlich der früheren eugenischen Indikation die erneute Unterbringung der 22 - Wochen – Frist seit der Empfängnis im Wortlaut der medizinisch-sozialen Ausnahmelage vor. Schumann/Schmidt-Recla¹⁴¹³ treten für die Wiedereinführung der bis 1995 geltenden und vom BVerfG nicht beanstandeten eugenischen Indikation samt Frist, die jedoch nur noch bis zur 20. SSW p.c. geht, ein. Damit schließen sie sich der verschiedentlich von medizinischer Seite erhobenen Forderung nach einem Abtreibungsverbot ab der 20. Woche p.c.¹⁴¹⁴ an.

Dagegen hat sich die frauenpolitische Sprecherin von Bündnis 90 /Die Grünen, Irmgard Schewe – Gerik gegen eine generelle 20-Wochen-Frist ausgesprochen¹⁴¹⁵: „Der Paragraph 218 muss so bleiben wie er ist. Eine generelle 20-Wochen-Frist lehnen wir ab. Wenn eine Mutter ihr Kind wirklich nicht austragen kann, muss ihr auch später noch die Möglichkeit zum Schwangerschaftsabbruch gegeben werden.“

Eine Änderung lehnt ebenso der Deutsche Ärztinnenbund in Köln ab¹⁴¹⁶, denn das Eintreten der medizinischen Indikation lasse sich nicht zeitlich rigide festlegen. Stattdessen sollte ein ethischer Kodex, der die Ärzteschaft verpflichte, Schwangerschaften nur noch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (bis zur 20. Woche) abzubrechen, verabschiedet werden.¹⁴¹⁷

Mit der Wiedereinführung einer Frist – unabhängig davon, ob es sich um eine 20 - Wochen oder 22-Wochen-Frist handelt – könnte v.a. das Problem einer infolge der Spätabtreibung möglichen Lebendgeburt, bei der der Arzt grundsätzlich zur Behandlung und Lebenserhaltung verpflichtet ist, vermieden werden.

Dieser Grund war bereits in die Argumentation des Gesetzgebers bei der Einführung der 22-Wochen (p.c.)-Frist i.R.d. 15.StÄG eingeflossen: „Es bedarf keiner Erörterung, dass das Kind in diesem Schwangerschaftsstadium schon außerordentlich weit entwickelt ist. Gegenwärtig wird das Ende des 6. Schwangerschaftsmonats als die Grenze angesehen, von der an die

¹⁴¹² Gropp, GiKS, Bnd.10, S.285 ff (303)

¹⁴¹³ MedR 1998, S.504

¹⁴¹⁴ Vilmar, zitiert bei Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57; sich nicht auf einen Zeitpunkt festlegend, aber trotzdem in die gleiche Richtung wie Vilmar tendierend: BÄK, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3015, die den „...Zeitpunkt, zu dem die extrauterine Lebensfähigkeit des Ungeborenen gegeben ist, in der Regel als zeitliche Begrenzung für einen Schwangerschaftsabbruch“ ansehen will. Auch Vilmar stellte vor seiner Forderung klar, daß „.....Abbrüche nur in jenem Schwangerschaftsstadium erlaubt sein sollten, in dem der Embryo außerhalb des Mutterleibes noch nicht lebensfähig sei.“

¹⁴¹⁵ Schewe-Gerik, in Jungle World vom 16.01.1998, „Zwischen Medizin und Ethik“

¹⁴¹⁶ Zitiert bei Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57

Chance besteht, das Kind außerhalb des Mutterleibes am Leben zu erhalten“.¹⁴¹⁸ Durch die Fortschritte der Neonatologie hat die Begründung der Befristung nichts an Aktualität eingebüßt. Schon unter der „alten“ Gesetzesregelung konnte man nicht nur in Einzelfällen, sondern eher regelmäßig bei einem missglückten Schwangerschaftsabbruch oder einem Spontanabort in der 24.SSW p.c. das lebend geborene Kind mit einem durchschnittlichen Geburtsgewicht von nur 500 Gramm am Leben erhalten. Bereits damals wurde vor diesem Hintergrund von der Notwendigkeit einer – eventuell sogar verkürzten – Frist ausgegangen.¹⁴¹⁹ Ausschlaggebend für in die gleiche Richtung tendierende Überlegungen nach der Gesetzesänderung von 1995 und der mit ihr einhergehenden vollständigen Fristbeseitigung für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Konstellationen war der sog. Oldenburger Fall, bei dem es nach einem ärztlich eingeleiteten SSA in der 25. SSW zur Geburt eines an Trisomie 21 leidenden Kindes kam, das lediglich in eine Decke gewickelt und beobachtet wurde. Erst 10 Stunden nach der Geburt war das inzwischen schwer geschädigte, aber am Leben gebliebene Kind ärztlich behandelt worden.¹⁴²⁰ Dieser Fall verdeutlicht, wohin der Verzicht auf eine Abtreibungsbegrenzung im schlimmsten Ausmaß führen kann.

Zum einen stellt eine Lebendgeburt, deren Tötung erst durch einen neuerlichen Eingriff erfolgt, für die Beteiligten nicht mehr „nur“ einen Schwangerschaftsabbruch dar, sondern einen Angriff auf das Leben eines Menschen i.S.d. §§ 211 ff StGB. Zum anderen können lebende Kinder, die zudem auch „lebensfähig“ sind, nicht einfach „liegengelassen“- wobei auf deren Sterben ohne weiteres Zutun gehofft wird - werden, wie der Oldenburger Fall gezeigt hat. Das Kind besaß trotz Trisomie 21 die Fähigkeit zu eigenständigem, nicht nur von medizinischen Möglichkeiten abhängigem Leben. Diese Konflikte zu vermeiden, hilft die Begrenzung des Schwangerschaftsabbruchs ab einem bestimmten Schwangerschaftsalter mittels einer Frist.

Durch eine Frist von 20 bzw. 22 Wochen p.c. würden weiterhin die Techniken, die zur Vermeidung von Lebendgeburten durch die Ärzteschaft gesucht und gefunden worden sind¹⁴²¹, überflüssig und umgehbar. Der Fetozyd, der als Zumutung durch die von einem Abbruch be-

¹⁴¹⁷ Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57

¹⁴¹⁸ BT-Drs.7/1981 (neu), S.15

¹⁴¹⁹ So Cramer, ZRP 1992, S.138

¹⁴²⁰ Davon berichten Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.9 c; Klinkhammer, Dt. Ärztebl. 1998, S. A-57; Beckmann, MedR 1998, S. 158 f

¹⁴²¹ Insbesondere ist hier der Fetozyd des Ungeborenen im Mutterleib gemeint. In einzelnen Fällen wird auch das Desinfektionsmittel Rivanol angewandt, welches zu langsamer Wehentätigkeit mit Ausstoßung der Frucht nach 36 bis 44 Stunden führen soll. Ähnlich wie bei den (anderen) Fetozyd-Methoden stirbt das Kind über Stunden hinweg ab und wird nach zusätzlicher Einleitung eines Wehenmittels gelb verfärbt ausgestoßen. (BT-Drs.13/5364, S.13/Frage22) Bekannt sind auch das Abschneiden des Kopfes des Ungeborenen im Mutterleib, oder die Exenteration (partielle bis totale Entfernung von Organen), vgl. BT-Drs. 13/5364, S.16

troffenen Ärzte angesehen wird¹⁴²², müsste nicht mehr angewandt werden, um das Kind mit seinem krankheits- oder behinderungsbedingtem Leiden der Mutter zu ersparen. In derartigen Konstellationen würde die Induktion einer Wehentätigkeit den gewünschten Erfolg des Schwangerschaftsabbruches ebenso herbeiführen können, da das Ungeborene mit großer Wahrscheinlichkeit zu diesem Zeitpunkt noch keine Lebensfähigkeit besäße.

Mittels der Frist könnten auch die oben genannten Nachteile der späten Pränataldiagnostik vermieden werden. Insbesondere der befürchtete „unheilvolle“ Zusammenhang zwischen auffälligem Befund beim Kind und Abtreibung würde möglicherweise unterbrochen, da das Resultat der pränatalen Untersuchung nach Ablauf der Frist von der Mutter hingenommen werden müsste.

Dieser Forderung nach Begrenzung von Schwangerschaftsabbrüchen ab dem Zeitpunkt der möglichen extrauterinen (Über-)lebensfähigkeit des Fötus, welcher mit etwa 20 SSW p.c.¹⁴²³ angegeben wird, sind jedoch folgende Bedenken entgegenzusetzen.

Zu beachten ist, dass mit der Wiedereinführung einer Frist die Punkte der schon i.R.d. „alten“ Gesetzesregelung geäußerten Kritik hinsichtlich einer zeitlichen Begrenzung der Abbrüche nicht ausgeräumt, sondern wieder eingeräumt werden.

Vor 20 Wochen p.c. werden viele Missbildungen nicht erkannt, manche können zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht erkannt werden oder nur durch Verlaufsbeobachtung überhaupt oder in ihrem Schweregrad gesichert werden.¹⁴²⁴ Aus diesem Grund könnten Schwangerschaftsabbrüche, die aus Angst, die Frist zu überschreiten, vorgenommen werden, geradezu provoziert werden. Die Gefahr, einem Abortautomatismus Tür und Tor zu öffnen, besteht hier umso mehr.¹⁴²⁵ Denn im Gegensatz zur Abbruchmöglichkeit ohne zeitliche Grenzen, muss bei einem Abtreibungsverbot ab der 20.SSW p.c. zumeist auf ungenaue, nicht nochmalig bestätigte Untersuchungsergebnisse zurückgegriffen werden. Im unklaren über die Entwicklung oder Ausprägung des Defektes beim Kind, dessen Vorhandensein und Ausmaß aus zeitlichen Gründen ja auch nicht mehr ausreichend abgeklärt werden konnte, malt sich die Schwangere oftmals aus, wie schrecklich doch das Kind und das Leben mit ihm wohl sein wird und trifft

¹⁴²² So Hepp, Gynäkologe 1996, S.410, der mit der gegebenen Situation die Würde des Frauenarztes und des ganzen Berufsstandes als verletzt ansieht.

¹⁴²³ Wie schon erwähnt, überlebt bei 30% der Abtreibungen der Fötus nach der 20. SSW.

¹⁴²⁴ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.78

¹⁴²⁵ Solch eine Befürchtung äußerte schon Pluisch, S. 90, der Bedenken gegen die 22-Wochen-Frist der ehemaligen eugenischen Indikation hatte.

ihre Entscheidung dementsprechend oft in einer Art Panikstimmung; der vorsorgliche Abbruch wird zumeist als letzter Ausweg angesehen.

Neben den größeren Unsicherheiten bei der Diagnose der Schädigungen des Ungeborenen kommt es aufgrund des Zeitdrucks oft zu einer größeren Gefahr der Schädigung des Kindes durch frühere und häufigere Untersuchungen.¹⁴²⁶

Zudem wäre denkbar, dass das vorhandene Mutterschaftsvorsorgemodell aus den Angeln gehoben wird, da jede Schwangere vor der 20.SSW p.c. einmal, wenn nicht sogar mehrfach mindestens die Stufe-2-Diagnostik durchlaufen müsste. Dies wiederum wäre mit beträchtlichen ökonomischen Aufwendungen verbunden; die faktische medizinische Situation spricht also eher gegen eine Fristeinführung ab der 20.SSW p.c. /auch der 22.SSW p.c.

Da der Schwangeren nicht nur das medizinische Resultat noch vor Fristablauf mitgeteilt werden müsste, sondern ihr hinzukommend eine „kurze Bedenkzeit“ hinsichtlich der Frage der Fortsetzung der Schwangerschaft gewährt werden muss, verbleibt für letzteres bei der erst ab einer bestimmten Entwicklungsstufe des Fötus erkennbaren Schädigung die wenigste Zeit. Gerade deren Verkürzung führt i.d.R. zu einer unüberlegten, weil übereilten Entscheidung, die zumeist eine gegen das ungeborene Leben ist.¹⁴²⁷

Ebenso wenig außer Acht gelassen werden dürfen bei der Betrachtung der Fristenfrage die gesellschaftlichen Einstellungen. Gerade diese müssen im Bemühen, Richtlinien für medizinisch-ethische Konflikte und Dilemma zu entwickeln und damit den beteiligten Ärzten moralischen und rechtlichen Schutz zu geben, ihren Widerhall finden. Denn man sollte anerkennen, dass die Bevölkerungsmehrheit „das Recht auf Schwangerschaftsabbruch“ nach gravierender pränataler Diagnose für sich allein aus diesem Grund in Anspruch nimmt und sich dieses Recht auch nicht nehmen lassen wird, was immer an korrigierenden Erklärungen und Handlungsmaximen entwickelt wird.¹⁴²⁸ Diese Realität beugt sich nicht dem Interesse, die unerträgliche Situation eines lebenden und behandlungsbedürftigen Fötus nach indizierter Abortio und auch den Fetozid vor Spätabortio auszuschließen.¹⁴²⁹ Diese gesellschaftliche Realität sollte respektiert werden, auch wenn der eigene ethische Standpunkt nicht mit ihr in Übereinstimmung steht. Gewinnen demgegenüber dies nicht beachtende Empfehlungen bindenden Charakter durch Standes- oder öffentliches Recht, droht eine Verschärfung der Situation für Ärzte und Patientinnen einerseits durch Illegalisierung von jetzt und (wahrscheinlich) auch zukünftig angewandten Maßnahmen und andererseits durch den erhöhten Druck auf per-

¹⁴²⁶ Helmke, ZRP 1995, S.442

¹⁴²⁷ Helmke a.a.O.

¹⁴²⁸ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.78

fekte Diagnostik schon vor der 20. SSW p.c.¹⁴³⁰ Letzteres wiederum könnte eine mögliche Prozessflut nach sich ziehen, wenn nämlich eine derartige Untersuchung nicht verwirklicht ist und folglich einige Krankheiten noch nicht erkennbar sind und darüber nicht aufgeklärt werden kann.¹⁴³¹

Mit dem Anregen und Führen von ethischen Diskussionen ist es nicht getan. Auch gesetzliche Regelungen, die einem moralischen Höchstmaß entsprechen, aber an der gesellschaftlichen Wirklichkeit und dem medizinisch Machbaren vorbeigehen, führen lediglich zu Konflikten und einer Belastung des Arzt/Patienten – Verhältnisses, keinesfalls aber zu einer den Maximalforderungen entsprechenden tatsächlichen Lage.

Demzufolge ist auch die Wiedereinführung einer Frist in Hinblick auf die faktische medizinische und die gesellschaftliche Situation abzulehnen.

Wie oben erwähnt, zielt eine Frist v.a. auf die Vermeidung einer Lebendgeburt und (alternativ) den sie umgehenden Fetozid ab.

Liegt ein lebendes Kind vor, welches aber gemäß sicherer Diagnose lebensunfähig ist, stellt sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Frist. Soll das Leben des Kindes, welches nach der Geburt anerkanntermaßen i.R.e. Früheuthanasie nicht mit allen medizinischen Mittel erhalten werden muss, soweit geschützt werden, dass nach Überschreitung der gesetzlich festgesetzten, zeitlichen Grenze eine Austragung der Schwangerschaft bis zur Geburt von der Schwangeren verlangt werden kann? Die Frau würde hier dazu gezwungen, die Leibesfrucht zur Welt zu bringen, um das Kind sodann sterben zu sehen, weil das Rechtsgut „menschliches Leben“ in solch einem Fall unter keinen Umständen erhalten werden kann.¹⁴³² Um dem auszuweichen, wären zum wiederholten Male diese Fälle nicht ausdrücklich mit dem Gesetz, sondern nur durch Auslegung lösbar.

Mittels Frist müssten ebenfalls die Schwierigkeiten um die Bestimmung der Anwendungsfälle für den gesetzlich zwar nicht geregelten, aber trotzdem erlaubten Behandlungsverzicht zunehmen. Denn soweit der Behandlungsverzicht vorgenommen werden dürfte – wie soeben gezeigt – würde auch eine Abtreibung trotz Fristversäumnis im Wege der Auslegung ermöglicht.¹⁴³³

Gerade in den Konstellationen, in denen die Frist als zu strikt und ohne vom Sinn der Verhinderung der Geburt lebender und lebensfähiger Kinder getragen angesehen wird, und demge-

¹⁴²⁹ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.78

¹⁴³⁰ Diese Schlußfolgerungen zieht Hille, Der Frauenarzt 1999, S.78.

¹⁴³¹ Fälle des wrongful birth

¹⁴³² So Pluisch, S.92

¹⁴³³ Siehe zum „alten“ Recht (mit eigener eugenischer Indikation) Pluisch, S.92; Hanack, Noll-GS, S.202 ff

mäß dort die Ungeborenen auch darüber hinausgehend abgetrieben werden durften und dürften¹⁴³⁴, stellt sich jedoch wieder das Problem, dass auf eine bestimmte Schwere der Schädigung des Kindes abgestellt wird. Die verpönte Entscheidung über „lebensunwertes“ Leben ist dann nicht weit entfernt. Ein Anencephalus¹⁴³⁵ bspw. würde zwar als menschliches Leben angesehen, jedoch als solches, das unter keinen Umständen erhalten werden kann und deshalb ein Schwangerschaftsabbruch in jedem Schwangerschaftsstadium trotz zeitlich vorgegebener Begrenzung zugeführt werden kann.¹⁴³⁶ Damit ist indirekt auch die Wertung verbunden, dass dieses Leben nicht „wertvoll“, nicht „lebenswert“ ist, sondern wegen baldigen Sterbens nach der Geburt schon vor diesem Zeitpunkt zur Tötung „freigegeben“ werden kann.

Gerade aber die mit dem Abheben auf eine bestimmte Behinderung des Kindes oftmals einhergehende Diskriminierung und Abwertung behinderten Lebens sollte eindeutig mit dem neuen Gesetzeswortlaut für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Fälle ausgeschlossen werden.¹⁴³⁷ Noch besser verdeutlicht werden sollte, dass es nicht um die Verhinderung kranken Nachwuchses als solchen geht. Mit einer Frist für zulässige Abbrüche und den davon gemachten Ausnahmen aber würden wieder Unterschiede in der Behandlung behinderten Lebens vorgenommen, die möglicherweise nicht mit den Anforderungen aus Art.3 III S.2 GG in Übereinstimmung zu bringen wären. Demzufolge ist eine Wiedereinführung einer zeitlichen Begrenzung abzulehnen.

Gegen eine Frist spricht zudem, dass in diesem Zusammenhang auch eine Wiedereinführung der eugenischen Indikation selbst, zumindest aber – wie Gropp¹⁴³⁸ es vorschlägt – eine Präzisierung der medizinisch – sozialen Indikation im Hinblick auf die frühere eugenische Indikation mit folgendem Wortlaut erfolgen müsste: „Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist – im Falle der Gefahr einer schwerwiegenden nicht behebbaren Schädigung des Gesundheitszustandes des erwarteten Kindes nur innerhalb von 22 Wochen seit der Empfängnis – nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen

¹⁴³⁴ So vertreten z.B. Hiersche/Jähnke, MDR 1/1986, S.4 f die Ansicht, daß die Fristbegrenzung des § 218 a III StGB a.F. bei lebensunfähigen, weil todkranken Fötus entsprechend den Grundsätzen über den erlaubten Behandlungsverzicht beim schwerstgeschädigten Neugeborenen durchbrochen werden könnte.

¹⁴³⁵ Anencephalie = sog. Froschkopf, Fehlbildung mit Fehlen des Schädeldaches und Fehlen bzw. Degeneration wesentlicher Teile des Gehirns infolge des Ausbleibens des Neuralrohrschlusses in der Gehirnregion

¹⁴³⁶ Ausführlich zu den Rechtsproblemen des Schwangerschaftsabbruches bei Anencephalen vgl. Gescher

¹⁴³⁷ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.38

¹⁴³⁸ Gropp, GiKS, Bnd.10, S.285 ff (303)

Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann“.¹⁴³⁹

Da aber die klassische medizinische Indikation mit ihrer Intention der Rettung der Mutter anerkanntermaßen¹⁴⁴⁰ unbegrenzt zum Abbruch führen konnte und kann, bietet sich eine Frist in deren Wortlaut trotz der darin integrierten ehemaligen Konstellationen der eugenischen Indikation nicht an. Verhindert werden mittels Frist sollten ja lediglich die Spätabtreibungen von behinderten Ungeborenen¹⁴⁴¹; verhindert wird aber, wenn die Fruchtschädigung zugleich zu einer Gefahr i.S.v. § 218 a II StGB n.F. führen muss und tatsächlich führt, der Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation.

Aber auch bei einer eigenständigen eugenischen Indikation erscheint eine Frist nicht nachvollziehbar. Denn wenn diese – ähnlich wie in der alten Fassung – in ihrer tragenden Erwägung wie die medizinische Ausnahmelage an der Mutter orientiert ist, also im Grunde genommen es sich um den gleichen Konfliktfall handelt, ist es nicht nachvollziehbar, wenn eine derartige zeitliche Differenzierung zwischen beiden Indikationen gegeben ist.

Angesichts der soeben aufgezeigten Widersprüche bei Wiedereinführung einer Fristsetzung ist nach Ansicht der Verfasserin von einer solchen abzuraten. Die Schärfung des Gewissens und der Verantwortung kann auch auf anderem Wege mit Erfolg betrieben werden.¹⁴⁴²

(3) Wortlaut des § 218 a Abs.2 StGB neue Fassung

Um die Spätabtreibungen in Fällen, welche zunächst der ehemaligen eugenischen Indikation unterfielen und nunmehr der medizinisch-sozialen Indikation unterfallen, auf ein geringes Maß zu begrenzen, könnte der Wortlaut des § 218 a II StGB n.F. selbst herangezogen werden. § 218 a II StGB setzt neben der Gefahr für das Leben oder einer Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren auch voraus, dass die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann. Diese Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten könnte der

¹⁴³⁹ Gropp, a.a.O.

¹⁴⁴⁰ Darüber gibt es keinerlei Streit, siehe bspw. Hepp, Gynäkologie 1996, S.407 ff; neben der vordergründigen Intention der Rettung der Mutter wurde – wenn möglich – auch die Rettung des Kindes angestrebt. Letzteres war aber ein glückliches Zufallsprodukt, keine Bedingung der Rechtfertigung der medizinischen Indikation.

¹⁴⁴¹ Gropp, GiKS a.a.O., S.301 ff

Ausgangspunkt für Eingrenzungsversuche von Schwangerschaftsabbrüchen in einem späteren Stadium sein.

Dieses Unzumutbarkeitskriterium beinhaltet eine Interessenabwägung. Gegenüber stehen sich auf der einen Seite die Interessen des Ungeborenen, insbesondere sein Lebensrecht und auf der anderen Seite die der Schwangeren, v.a. ihr Recht auf körperliche Unversehrtheit, ihr Persönlichkeitsrecht und u.U. ihr Lebensrecht. Bei einem Konflikt beider würden die Interessen der Schwangeren am „besten“ durch einen Abbruch der Schwangerschaft vertreten; damit würde diesen im umfangreichsten Maße Geltung verschafft. Das Lebensrecht des Ungeborenen würde dabei aber vollkommen vernachlässigt.

Ein in etwa gerechter Ausgleich soll durch die Unzumutbarkeitskomponente hergestellt werden. Insoweit müssen in diesem Rahmen Ausweichmöglichkeiten gesucht werden, die sowohl die Interessen der Schwangeren respektieren, aber auch das Leben des Kindes schonen, mit anderen Worten: was kann der Schwangeren unter dieser Prämisse statt einem Abbruch zugemutet werden?¹⁴⁴³

Zur Begrenzung von Spätabbrüchen könnte nun vertreten werden, dass die Anforderungen an eine zu bejahende Unzumutbarkeit mit der fortschreitenden Schwangerschaft ebenfalls zunehmen, der Schwangeren gegen Ende der Schwangerschaft also mehr zugemutet werden könnte, bevor der Ausweg des Schwangerschaftsabbruches beschritten wird.

In der juristischen Literatur¹⁴⁴⁴ breitet sich die Ansicht aus, dass die Gründe für die Annahme einer medizinischen Indikation in einem späten Schwangerschaftsstadium gravierender sein müssen als in einem weniger fortgeschrittenen.¹⁴⁴⁵ Bspw. geht Eser¹⁴⁴⁶ davon aus, dass in der Endphase (der Schwangerschaft) die Zumutbarkeit des Eingriffs, durch den das Leben des Kindes geschont werden könnte, besonders sorgfältig zu erwägen sein (wird).

Diese Einschränkung der ansonsten bei gegebener Leibes- oder Lebensgefahr möglichen Abtreibung bis zum Beginn der Geburt könnte deshalb vorgenommen werden, weil bei einem Schwangerschaftsabbruch in einem späteren Schwangerschaftsstadium (nach der 20.SSW p.c.) das Ungeborene zumeist schon Lebensfähigkeit besitzt. Diese aber lässt das Lebensrecht des Kindes (Art.2 II S.1 GG) greifbar hervortreten. Mit gegebener Lebensfähigkeit, selbst im Mutterleib, wird erstmalig deutlich, dass das Kind u.U. nicht mehr (notwendigerweise) auf die

¹⁴⁴² In ähnlicher Weise Hille, Der Frauenarzt 1999, S.78 f

¹⁴⁴³ Sch/Sch-Eser, § 218 ; Rz.34

¹⁴⁴⁴ Vgl. Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.15; Lackner, § 218 a, Rz. 13; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.34

¹⁴⁴⁵ Siehe Beckmann, MedR 1998, S.157

¹⁴⁴⁶ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.42

Mutter angewiesen ist, die „Zweiheit in Einheit“ sich mehr und mehr zu einer bloßen „Zweiheit“ entwickelt.

Insoweit nimmt die Gewichtung auf Seiten des (nun lebensfähigen) Ungeborenen zu. Folglich müssen ebenso die Interessen der schwangeren Mutter an Bedeutungszuwachs erfahren, um bei der zu erfolgenden Abwägung ein Überwiegen zuungunsten des Ungeborenen erreichen zu können. Die Forderung nach gravierenden Gründen für die Annahme einer medizinischen Indikation gegen Ende der Schwangerschaft als in einem weniger fortgeschrittenen Stadium ist demnach grundsätzlich als berechtigt einzustufen. Der Mutter ist daher grundsätzlich ab dem Entwicklungsstadium des Fötus, wo seine Lebensfähigkeit angenommen werden kann, mehr zumutbar, um das Leben des Kindes zu schonen.

Daraus kann geschlussfolgert werden, dass, wenn das Leben des Noch - Ungeborenen nicht erhalten werden kann, bspw. weil dieses nicht lebensfähig ist¹⁴⁴⁷, Abtreibungen zu jedem Zeitpunkt, also auch Spätabtreibungen, zulässig sind.¹⁴⁴⁸

Die Bundesregierung zieht zudem die Konsequenz, dass die medizinische Indikation zu einem Schwangerschaftsabbruch in einem späten Stadium auf Fälle beschränkt werden soll, in denen das Leben der Mutter in Gefahr ist.¹⁴⁴⁹

Dagegen ist mit Beckmann¹⁴⁵⁰ einzuwenden, dass bei eugenisch begründeten Abtreibungen sich jedoch niemand auf diese Bestimmungen berufen wollen wird. Denn wenn man diese Klausel ernst nimmt, wären eugenisch motivierte Abtreibungen jenseits der 22.SSW p.c. (=24.SSW p.m.) generell nicht zulässig, da ab diesem Zeitpunkt für das Kind Überlebenschancen außerhalb des Mutterleibes bestehen, die ihm ggf. durch eine Schnittentbindung gewährt werden müssten. Mit der Entbindung würden sich allerdings gerade die befürchteten und aus Sicht der Frau zu vermeidenden Unterhalts- und Sorgepflichten verwirklichen.

Eine solche Eingrenzung auf Abtreibungen vor dem Eintritt der Lebensfähigkeit beim Kind würde dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers widersprechen, dass die Fälle der nicht mehr geregelten eugenischen Indikation nach den Voraussetzungen der unbefristeten medizinisch-sozialen Indikation zu beurteilen sind.¹⁴⁵¹ Die Einordnung hätte ansonsten ihren Sinn verloren. Hinzukommend muss beachtet werden, dass die Schwangere nicht unbedingt auf die das Leben des Ungeborenen schonende Alternative der Einleitung der Frühgeburt verwiesen wer-

¹⁴⁴⁷ Diskutiert wird hier der Anencephalus.

¹⁴⁴⁸ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz. 43

¹⁴⁴⁹ BT-Drs.13/5364, S.8 f

¹⁴⁵⁰ MedR 1998, S.157

¹⁴⁵¹ Indem sie von dieser „aufgefangen“ worden sind, so in der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/1850, S. 26

den muss. Liegt die gesundheitliche Überforderung der Schwangeren nicht nur in der Austragung der Schwangerschaft, sondern auch oder gerade in der fortwirkenden Dauerbelastung nach der Geburt, so kann die Schwangere nicht ohne weiteres auf eine Frühgeburt verwiesen werden.¹⁴⁵²

Andererseits sind aber gerade mit der Einordnung der der ehemaligen eugenischen Ausnahmelage zugeordneten Fälle in § 218 a II StGB n.F. und der damit letztlich vorliegenden medizinisch-sozialen Indikation die Interessen des Kindes, insbesondere sein Lebensrecht nicht völlig außer acht zu lassen. Zwar soll bei den „eugenischen“ Konstellationen innerhalb des § 218 a II StGB nicht nur der Zustand der Schwangerschaft als solcher, sondern das Haben des Kindes vermieden werden. Allerdings ändert das entgegen der Meinung Beckmanns nichts daran, dass auch bei den Fällen mit Behinderung des Kindes eine medizinische Indikation vorliegen muss, für die dementsprechend die Eingrenzung über das Zumutbarkeitskriterium wie bei den anderen Varianten der medizinischen Ausnahmelage gelten muss.

Fraglich ist, inwieweit der Schwangeren mehr zugemutet werden kann, welche gravierenden Gründe auf ihrer Interessenseite gegeben sein müssen, um doch noch eine Spätabtreibung bejahen zu können.

Da – wie soeben erwähnt – versucht wird, dem „Haben“ des Kindes zu entgehen und es damit –um dieses Ziel zu erreichen – keinen Eingriff gibt, mit dem das Leben des Kindes tatsächlich verschont werden kann, besteht nur die Möglichkeit, die Interessen des Kindes ab dem Stadium der (extrauterinen) Lebensfähigkeit hoch anzusetzen. Ein Überwiegen der Interessen der Schwangeren gegenüber denen des Kindes kommt in einem späten Schwangerschaftsstadium dann nur in Betracht, wenn – wie die Bundesregierung es in der Stellungnahme zu einer kleinen Anfrage vorgeschlagen hat¹⁴⁵³ – das Leben der Mutter in Gefahr ist.

Tröndle/Fischer¹⁴⁵⁴ dagegen wollen auch besonders gravierende Gesundheitsgefahren als Voraussetzung für ausnahmsweise vorgenommene Spätabbrüche zulassen, weil als schwerwiegende Beeinträchtigungen des Gesundheitszustandes nur solche anzusehen sind, die auch zur Erhaltung des ungeborenen Lebens nicht zuzumuten sind. Um Schwierigkeiten bei der Bestimmung „besonders gravierender Gesundheitsgefahren“ vorzubeugen, soll es bei der An-

¹⁴⁵² Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.34

¹⁴⁵³ BT-Drs. 13/5364, S. 8 f

¹⁴⁵⁴ Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.15

forderung der Gefahr für das Leben bei der Schwangeren für die Bejahung der (Un-) Zumutbarkeit bleiben.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass über das Zumutbarkeitserfordernis eine Eingrenzung von Spätabtreibungen behinderter Kinder geschehen kann. Nur noch der gravierende Grund der Lebensgefahr für die Schwangere vermag nach der 20. bzw. 22. SSW p.c.¹⁴⁵⁵ die Interessen des Kindes zu überwiegen.

(4) Ergebnis zu den Begrenzungsmöglichkeiten

Bis auf das Erfordernis von Indikationen für die jeweilige Untersuchungsmethode sind Einschränkungen i.R.d. pränatalen Diagnostik abzulehnen. (s.o.)

Als Begrenzungsmöglichkeit für Spätabtreibungen in Fällen, die im „alten“ Recht der eugenischen Indikation zugeordnet waren und jetzt der medizinisch-sozialen Indikation unterfallen, entfällt aus oben aufgezeigten Gründen auch die Wiedereinführung einer Frist.

Dagegen kann, wie oben gezeigt, über den Wortlaut des § 218 a II StGB n.F. über das Unzumutbarkeitskriterium sehr wohl eine Begrenzung von Spätabtreibungen stattfinden.

Schwangerschaftsabbrüche von behinderten Ungeborenen in einem späten Stadium (zumindest ab der 22. SSW p.c., teilweise wird schon die 20.SSW p.c. angesetzt) sind somit trotz fehlender Fristbegrenzung nicht völlig frei durchführbar. Insoweit können die dabei auftretenden Nachteile, zumindest teilweise, vermieden werden.

(b) Vermehrung von Fällen der sog. „Früheuthanasie“

Mit dem Fortfall der Frist von 22-Wochen für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten und nunmehr der medizinisch-sozialen Indikation unterfallenden Konstellationen könnte es ebenfalls zu einer Vermehrung von Fällen der „Früheuthanasie“ kommen.

Als Fälle der Früheuthanasie, d.h. der Euthanasie in einem frühen Alter des Menschen, werden diejenigen bezeichnet, in denen eine Lebenserhaltung und –verlängerung nicht „um jeden

Preis“ erfolgen muss und demzufolge lebensrettende Maßnahmen nicht unter allen Umständen ergriffen, sondern sogar unterlassen werden müssen.¹⁴⁵⁶ Der Arzt ist dort nicht verpflichtet, die Behandlungsmöglichkeiten vollständig auszuschöpfen; die Grundversorgung muss jedoch gewährleistet, leidensmindernde Maßnahmen müssen durchgeführt und menschliche Zuwendung weiterhin gewährt werden.¹⁴⁵⁷

Diese Ausnahme zur ansonsten grundsätzlich bestehenden Behandlungspflicht und somit versuchten oder vollendeten Tötung durch Unterlassen bei Untätigkeit des Arztes ist zwar umstritten.¹⁴⁵⁸ Allerdings geht die Meinungsvielfalt in Rechtswissenschaft und Medizin in der Grundtendenz dahin, eine solche anzuerkennen und von einer Bestrafung gem. §§ 211 ff, 13 StGB abzusehen.¹⁴⁵⁹

Derartig konfliktbehaftete Konstellationen mit schwerbehinderten Kindern könnten nun durch den mit dem Wegfall der eugenischen Indikation verbundenen Fristfortfall vermehrt auftreten. Denn ohne Bindung an eine bestimmte Zeitgrenze für die Abtreibungen kann es bei einem durch Induktion einer Wehentätigkeit durchgeführten Schwangerschaftsabbruch im späteren Schwangerschaftsstadium zur Geburt eines lebenden Kindes kommen. Da diese Abbruchmethode dem normalen Geburtsverlauf eines Frühgeborenen entspricht und lt. Bundesregierung auch vorrangig zur Anwendung gelangt, wird die Lebendgeburt zumeist der Regelfall sein.¹⁴⁶⁰ Gerade weil aber bei den ehemals „eugenischen“ Konstellationen in der medizinisch-sozialen Indikation des § 218 a II StGB nicht nur die Schwangerschaft als solche, sondern insbesondere das „Haben des Kindes“ unerwünscht ist und somit vermieden werden soll, wird mit der Geburt eines lebenden Kindes die ursprüngliche Intention – Tötung des Kindes – zu Lasten der Schwangeren übersprungen. Vielmehr wird sie noch zeitlich früher in die Lage als Mutter eines behinderten Kindes versetzt.

Der Arzt könnte nun – um doch noch das von der Frau gewünschte Ergebnis herbeizuführen – den Tod des geschädigten Kindes mittels Unterlassen der notwendigen Behandlung bewirken.

¹⁴⁵⁵ Nach Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit des Ungeborenen

¹⁴⁵⁶ Pluisch, S.123 f

¹⁴⁵⁷ Beckmann, MedR 1998, S.159

¹⁴⁵⁸ Übereinstimmend wird eine Begrenzung der ärztlichen Lebenserhaltungspflicht angenommen, wo der Arzt mit seinem Handeln überhaupt erst die Voraussetzungen für die Existenz des Schwergeschädigten schafft, ihn also gleichsam „wider der Natur“ produziert¹⁴⁵⁸. Dazu zählen v.a. auch derartig geschädigte Kinder, die aufgrund ihrer Behinderung als nicht lebensfähig eingeschätzt werden. Wie schon erwähnt, nimmt das Kriterium der Lebensfähigkeit eine Schlüsselrolle ein. Ist das behinderte Neugeborene in der Lage, wenn auch nur für eine kurze Zeit ohne intensivmedizinische Betreuung ein eigenständiges Leben zu führen, wird es als lebensfähig eingeschätzt und unterliegt keinem Behandlungsverzicht. Ist dies nicht der Fall, darf die Behandlung unterlassen werden. Daneben wurden verschiedene Kriterien und Fallgruppen aufgestellt, unter anderem i.R.d. Einbecker Workshops – „Einbecker Empfehlungen“, bei denen keine Lebenserhaltungspflicht um jeden Preis statuiert wird.

¹⁴⁵⁹ So schon Pluisch, S.124 f

¹⁴⁶⁰ BT-Drs. 13/5364, S.13

Dabei besteht die Gefahr, dass das auch dann geschieht, wenn eigentlich kein bisher anerkannter Fall des erlaubten Behandlungsverzichts vorliegt.

Als Beispiel für die nicht allzu entfernte Realität dient wiederum der Oldenburger – Fall¹⁴⁶¹ mit dem Liegenlassen eines an Trisomie 21 leidenden Kindes, welches nach einem ärztlich eingeleiteten Schwangerschaftsabbruch in der 25. SSW zur Welt gekommen ist. Das dortige Verhalten zeigt, dass die Erlaubnis der vorgeburtlichen Tötung behinderter Kinder bereits zu einer Erosion des Rechtsbewusstseins in Hinblick auf die Behandlung geborener Behinderter geführt hat. Wenn von vornherein die Tötung des Kindes durch Abtreibung beabsichtigt ist, muss befürchtet werden, dass die nach der Geburt bestehenden Behandlungspflichten nicht mehr mit der gebotenen Sorgfalt beachtet werden.¹⁴⁶² Insoweit könnte es also zu einer Zunahme von Fällen der sog. Früheuthanasie kommen, auch wenn deren Voraussetzungen tatsächlich nicht anzunehmen wären

In ähnlicher Weise äußert sich auch Hepp, der hinterfragt, warum das (schwerkranke) Leben nach der Geburt plötzlich dem vollen Rechtschutz unterstellt ist, so dass aktives Handeln (beim Abbrucheingriff) von Passivität abgelöst wird.¹⁴⁶³ Schließlich war die Tötung des Ungeborenen noch kurz zuvor „juristisch erlaubt“ und von der Schwangeren auch gewünscht. Insoweit gelangt Hepp zu dem Schluss, dass, in logischer Konsequenz der Entwicklung dieses Indikationsbereiches im § 218, der Gesetzgeber – eines fernen(?) Tages – die postpartale¹⁴⁶⁴ Tötung geschädigter Kinder erlauben wird wie er mit Hinweis auf die Zumutbarkeit der Eltern die vorgeburtliche Tötung gestattet.¹⁴⁶⁵

Ebenfalls eine Vermehrung der Fälle der Früheuthanasie befürchtet Hiersche.¹⁴⁶⁶ Dies könnte v.a. durch die mit der Abschaffung der ehemaligen 22-Wochen-Frist und auch im Hinblick auf die sonstige gesetzliche Regelung gegebene Schutzlosigkeit der Föten gegenüber z.B. den durch das Embryonenschutzgesetz behüteten Embryonen auftreten.

Letztlich kann festgestellt werden, dass nach dem Fristfortfall zu Recht eine Zunahme von Fällen der sog. „Früheuthanasie“ zu befürchten ist.

¹⁴⁶¹ Vgl. Focus vom 20.12.1997, S.22

¹⁴⁶² So Beckmann, MedR 1998, S. 159

¹⁴⁶³ Hepp, Gynäkologe 1996, S.409 f

¹⁴⁶⁴ Post partal = (Zeitraum) nach der Geburt

¹⁴⁶⁵ Hepp a.a.O. S.410

¹⁴⁶⁶ Hiersche, ZfG&N 1996, S.240

(c) Die mögliche Narkosepflicht für vorgenommene Spätabtreibungen

Mit dem Fristfortfall von 22 Wochen für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Fallkonstellationen könnte weiterhin eine Pflicht zur Anwendung von narkotisierenden Maßnahmen bei derartig vorgenommenen Spätabtreibungen einhergehen.

Die mit der Aufhebung der Frist ermöglichten Schwangerschaftsabbrüche in einem späten Stadium werden an einem zumeist lebensfähigen und auch Schmerz empfindenden Fötus (s.o.) unternommen. Demnach stellt sich die Frage nach einer strafbewehrten Narkosepflicht im Bereich der „eugenisch motivierten“ Spätabbrüche.

Wie oben unter Pkt.C.I.2.a.)bb) schon erläutert, beginnt mit der 22.SSW p.c. die „Durchschaltung“ der Nozizeption durch (Aus-)bildung thalamokortikaler Fasern und entsprechender Synapsen mit Neurotransmittern bis zur Hirnrinde, so dass ein Schmerzerlebnis des Fötus wahrscheinlich ist. Zum gleichen Zeitpunkt werden die dort und danach vorgenommenen Abbrüche als „konfliktbehaftete späte“ bezeichnet, da in aller Regel auch die (extrauterine) Lebensfähigkeit des Kindes einsetzt. Die Scheidelinie zwischen Schmerzempfindung in Form der Nozizeption und der des bewussten Schmerzerlebnisses verläuft also zur gleichen Zeit, zu der die Lebensfähigkeit eines Fötus angenommen wird. Folglich könnte bei „späten“ Abtreibungen und ihrem bewussten Erleben des Schmerzes durch den Eingriff beim Fötus die Notwendigkeit der Gabe von geeigneten Hypnotika oder Sedativa oder auch die Einbeziehung in anästhesiologische Maßnahmen begründet sein.

Fraglich ist, ob es rechtliche Vorschriften gibt, die eine solche Pflicht zur Narkose, zur Schmerzvermeidung vorschreiben.

Aus dem Bereich des Strafrechts käme dafür § 223 StGB in Betracht.

Wie oben erläutert, ist die Anwendbarkeit der §§ 223 ff StGB wegen des nicht erfassten Tatobjektes abzulehnen. Eine „präinatale Körperverletzung“ durch die Zufügung von Schmerzen ist daher nicht möglich. (s.o.) Insoweit kommt auch eine strafbewehrte Narkosepflicht nicht in Betracht.

Da andere rechtliche Vorschriften, die die Gabe von schmerzvermeidenden Mitteln bei schmerzempfindlichen Menschen vorschreiben, fehlen, kann eine Pflicht zur Narkose nicht postuliert werden. Der Fötus muss demzufolge bei einer späten Abtreibung die Schmerzen seiner eigenen Tötung bewusst „miterleben und ertragen“.

Dies ist umso unverständlicher, als dass – wie Beckmann¹⁴⁶⁷ schildert – schon nach dem Tierschutzgesetz ein Wirbeltier nur unter Betäubung oder sonst unter Vermeidung von Schmerzen getötet werden darf.

Selbst die Ärzteschaft hat – vertreten durch den wissenschaftlichen Beirat der Ärztekammer – nur eine unverbindliche Stellungnahme¹⁴⁶⁸ zu dieser Problematik verfasst. Im Hinblick darauf, dass es gerade der abtreibende Arzt ist, der mit seinem Wissen um die Schmerzempfindlichkeit des Fötus das qualvolle Sterben bildlich mitverfolgen kann, verwundert es, dass von dieser Seite keine eindeutigen Forderungen bezüglich einer Narkosepflicht erhoben worden sind.

Festzustellen bleibt, dass es – trotz der allgemein anerkannten Tatsache der Schmerzempfindung¹⁴⁶⁹ - bisher nur zu einer Verweisung des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages im Jahr 1990 mit Bitte um Einführung einer strafbewehrten Narkosepflicht an die zuständigen Länderparlamente gereicht hat. In den Ländern indes sind bis heute keine Gesetzesinitiativen ergriffen oder anderweitige verbindliche Regelungen geschaffen worden.¹⁴⁷⁰

(d) Die (potentielle) Zwangslage der Schwangeren

Durch den Wegfall der 22-Wochen-Frist für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Konstellationen könnte in verschiedener Hinsicht eine Zwangslage für die schwangere Frau entstanden sein.

Zum einen könnte dieser Fortfall bewirken, dass die Schwangeren sich genötigt fühlen, neben den ihnen routinemäßig zur Verfügung stehenden Maßnahmen der Schwangerenvorsorge schon bei geringen Verdachtsmomenten¹⁴⁷¹ weitere vorgeburtliche Untersuchungen – invasive und nicht-invasive – durchführen zu lassen. Gerade die Methoden der invasiven pränatalen Diagnostik sind aber erst ab einem bestimmten, recht späten Schwangerschaftsstadium einsetzbar und liefern daher, unter Berücksichtigung einer eventuellen Wiederholung, wiederum erst zu einem späten Zeitpunkt zuverlässige Ergebnisse.¹⁴⁷² Mit der Steigerung des medizi-

¹⁴⁶⁷ MedR 1998, S.158

¹⁴⁶⁸ Dt.Ärztebl.1991, S. B-2714 ff, Auf S. B-2714 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es sich nur um eine Empfehlung handelt.

¹⁴⁶⁹ Vgl. unter Pkt. Teil 2.C.I.2.(c)

¹⁴⁷⁰ so Beckmann, MedR 1998, S.158

¹⁴⁷¹ wie z.B. einem auffälligen Ultraschall oder schon ab einem Alter der Schwangeren von 35 Jahren

¹⁴⁷² s.o.

nisch-technisch Realisierbaren, was vom Fernsehen bis zum Spielplatz bekannt gemacht wird, kommt es unweigerlich auch zu einem „Mehr“ an Pränataldiagnostik; Angebot und Nachfrage stehen in einem proportionalem Verhältnis zueinander.¹⁴⁷³ Die Schwangere könnte die Meinung vertreten, sie müsste eine „vermeidbare“, weil erkennbare, Belastung ihres Lebens (und der Gesellschaft) vermeiden; denn vor der Geburt erkennen können, hieße sogleich auch, krankes und behindertes Leben zu verhindern, weil sie sonst „schuld“ an der Geburt dieses Kindes sei.¹⁴⁷⁴

Seit Schwangerschaft und Geburt aus den Händen der Hebammen fast ausschließlich in den Verantwortungsbereich der Gynäkologen übergegangen sind, wurden die „anderen Umstände“ mehr und mehr zum „riskanten biologischen Zustand“ erklärt, zu einer Komplikation, die von der Medizin unter Kontrolle gehalten werden muss. Dies führt dazu, dass der Fötus unter Beobachtung genommen und die Frau zu einer Apparatur degradiert wird, die (...) nur unter Aufsicht der Mediziner „ordentlich funktionieren“ kann.¹⁴⁷⁵ Gerade weil die Schwangeren „es“ (alles, was mit der Schwangerschaft zusammenhängt) richtig machen wollen, greifen sie zu dem, was gewissermaßen in der modernen Gesellschaft Religion und Tradition ersetzt: die Anweisung von Experten.¹⁴⁷⁶ Die Inanspruchnahme der pränatalen Diagnostik unterliegt dieser Anweisung ebenso.

Zwar ist die Entscheidung für die Pränataldiagnostik freiwillig, trotzdem empfinden viele Frauen einen Erwartungsdruck von ihrer Umgebung oder der Gesellschaft.¹⁴⁷⁷ Eine maßgebliche Rolle spielt insbesondere auch die Haltung des zukünftigen Vaters.

Desweiteren wird es als schwierig empfunden, das Angebot der p.D. abzulehnen.

Dieses Gefühl könnte sich mit dem Wegfall der 22-Wochen-Frist und der damit verbundenen „Unbegrenztheit der Möglichkeiten“ noch verstärken. Dass diese Furcht nicht unbegründet ist, lässt sich daran nachweisen, dass bspw. schon jetzt von einem Großteil befragter Frauen es als problematisch empfunden wird, einem behinderten Kind das Leben zu schenken, das möglicherweise mit Hilfe der Fruchtwasseruntersuchung zu verhindern gewesen wäre.¹⁴⁷⁸

Neben den Frauen, von denen die vorgeburtliche Diagnostik als Pflichterfüllung und nicht als großzügiges Angebot der Medizin für Schwangere erlebt wird, gibt es natürlich auch jene, die auf der Suche nach dem perfekten Kind regelmäßig beim Gynäkologen anzutreffen sind. Sie gehen nur zu technisch hervorragend ausgerüsteten Ärzten und formulieren unabhängig vom

¹⁴⁷³ Schroeder-Kurth, Geistige Behinderung 1988, S.182

¹⁴⁷⁴ Schroeder-Kurth, Geistige Behinderung 1988, S.187

¹⁴⁷⁵ So Schindele, Gläserne Gebärmutter, S.33 f

¹⁴⁷⁶ E. Beck-Gernsheim, zitiert bei Schindele, Gläserne Gebärmutter, S.34

¹⁴⁷⁷ Davon geht E. Schindele, Gläserne Gebärmutter, S.101 ff aus.

¹⁴⁷⁸ So Schindele, Gläserne Gebärmutter, S.101 f

Alter einen Anspruch auf alle nur möglichen Untersuchungen, die die Medizin heute bereitstellt. Sie haben auch kein Verständnis für Frauen, die diese Untersuchungen als Einschnitt in ihre Schwangerschaft empfinden. Sie gehen in jeder Hinsicht vernünftig mit ihrer Schwangerschaft um und halten andere Schwangere, die von Zweifeln geplagt sind, für egoistisch, ignorant oder dumm.¹⁴⁷⁹

Zu einer Zwangslage der Schwangeren könnte es weiterhin auch deshalb kommen, weil das mit der pränatalen Diagnostik herausgefundene Untersuchungsergebnis zum Abbruch der Schwangerschaft nötigen könnte. Die Pflicht zum unbehinderten Kind¹⁴⁸⁰ und der vermeintliche Anspruch, behinderte ungeborene Kinder ohne Fristbegrenzung abtreiben zu dürfen, lässt Schwangere unter den Druck geraten, beim tatsächlichen Vorliegen eines pathologischen Befundes einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen.¹⁴⁸¹ Ein Automatismus zwischen Feststellung einer Anomalie beim Kind und der Einleitung eines Abbruchverfahrens könnte sich einstellen.

Falls es tatsächlich zu einem Schwangerschaftsabbruch in einem späten Stadium aufgrund später Sicherheit der Diagnose kommt, gerät die Schwangere in eine weitere Zwangslage; i.d.R. ist bei einem Abbruch nach der 22.SSW p.c. durch Induktion einer Wehentätigkeit mit einem lebend geborenen Kind zu rechnen. Dieses unterliegt – wie oben beschrieben – dem strafrechtlichen Schutz und muss ärztlich versorgt werden. Deshalb müsste die betroffene Schwangere, um die Schwangerschaft „erfolgreich“ abzuberechnen, angesichts der voranschreitenden Medizin auf dem Gebiet der Frühgeborenenversorgung einen Termin für die Abtreibung wählen, der so früh liegt, dass der Fötus keinesfalls bereits lebend geboren werden kann und lebensfähig ist¹⁴⁸², aus Sicherheitsgründen bereits vor der 20.SSW p.c.¹⁴⁸³

Hintergrund für die genannten Zwänge der Schwangeren ist folgender:

Einerseits gab und gibt es insgesamt noch nie eine so große gesellschaftliche Akzeptanz und auch Unterstützung von behinderten Menschen wie heute; aus der Perspektive der Statistik der Schwangerschaftsabbrüche sieht es nur anders aus, weil heute eine Wahl besteht gegenüber dem, was früher Zwang und Schicksal war.¹⁴⁸⁴

Andererseits stehen die Leistungsgesellschaft und das moderne Anspruchsdenken der Annahme eines behinderten Kindes entgegen. Auch der Bedeutungszuwachs des Kindes heute für die Selbstverwirklichung der Eltern und der viel stärkere emotionale Bezug von Eltern zu

¹⁴⁷⁹ Schindele, Gläserne Gebärmutter, S.102

¹⁴⁸⁰ Hepp, Gynäkologie 1996, S.408

¹⁴⁸¹ Beckmann, MedR 1998, S.158

¹⁴⁸² Helmke, ZRP 1995, S.442

¹⁴⁸³ Helmke schlägt zwar die 22.SSW p.c. vor, aufgrund der eigenen Ausführungen (s.o.) ist jedoch von der 20.SSW p.c. auszugehen.

¹⁴⁸⁴ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.80

den Kindern in der Moderne machen das Akzeptieren eines behinderten Kindes so schwer.¹⁴⁸⁵ Denn je mehr der Zeitpunkt der Familiengründung und die Zahl der Kinder im Zusammenhang individueller Lebensplanung stehen, um so konkretere Vorstellungen werden von den Eltern darüber entwickelt, wie ihre Wunsch Kinder sein sollen und welche Zukunftsaussichten für sie verwirklichtbar sind.¹⁴⁸⁶ Kinder sind heutzutage für viele Eltern die nahe stehenden Personen, in denen sie sich selbst wieder erkennen wollen.

Eine Abschaffung der Zwänge für die Schwangere ist damit nur möglich, wenn der Prozess der Akzeptanz- und Toleranzentwicklung gegenüber angeborener Erkrankung und Behinderung in der Gesellschaft weiter voranschreitet¹⁴⁸⁷, der Mutter das „Haben dieses Kindes“ erleichtert wird.¹⁴⁸⁸ Die Medizin bzw. der Arzt kann dabei die Aufgabe eines Korrektivs gegenüber gesellschaftlichen ein- und ausgrenzenden inhumanen Bestrebungen von menschlichem Leben mit Behinderung oder Handicap einnehmen, indem sie bzw. er kritischer und deutlicher gegen gesellschaftliche Normierungen Stellung bezieht, die im Sinne der Leistungsgesellschaft das handicapfreie Leben zum einlösbaren Anspruch erklären.¹⁴⁸⁹ Der Arzt ist gerade nicht nur zivilrechtlicher Vertragspartner, der den Auftrag der Schwangeren erfolgreich zu erfüllen hat. Das historische Erbe der besonderen ethischen Anforderungen an den Arzt lässt ein „Verkommen“ der Medizin als bloße Dienstleistung für den Patienten, hier die Schwangere, nicht zu.

Festgehalten werden muss, dass Zwangslagen für die schwangere Mutter mit dem Wegfall der ehemaligen 22-Wochen-Frist für eugenische Konstellationen durchaus denkbar sind und nur durch Ebengenanntes abgewendet werden können.

(e) Zwischenergebnis

Als Auswirkungen des Fortfalls der Frist von 22-Wochen für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Fallkonstellationen sind die Spätabtreibungen, die mögliche Vermehrung von Fällen der sog. Früheuthanasie, die mögliche Narkosepflicht für vorgenommene

¹⁴⁸⁵ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.80

¹⁴⁸⁶ Ehrlich, Denkverbot, S.76 f

¹⁴⁸⁷ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.80

¹⁴⁸⁸ Auch die Entscheidung für das behinderte Leben muß akzeptiert werden. Denn „Jedes Kind ist liebenswert“, so von der katholischen und evangelischen Kirche in der Woche für das Leben, vom 01.06.-07.06.1997 festgestellt.

¹⁴⁸⁹ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.80

Spätabtreibungen und die potentielle Zwangslage der Schwangeren genannt und erläutert worden.

Insbesondere erstgenannte Folge – die Spätabtreibungen - zieht weit reichende Probleme nach sich und lässt daher nach Einschränkungsmöglichkeiten suchen.

Die Furcht vor einer Vermehrung von Fällen der sog. „Früheuthanasie“ muss (s.o.) geteilt werden; ebenso das Entstehen von bestimmten – oben näher erläuterten – Zwängen für die Schwangere.

Dagegen kann eine Rechtspflicht zur Anwendung von narkotisierenden Mitteln bei Spätabbrüchen trotz vorhandener Schmerzempfindlichkeit des abzutreibenden Fötus und dem befürtwortenden Vorstellungen und Wünsche nicht aufgestellt werden.

II. Der Wegfall des Weigerungsrechtes, § 12 Abs.2 SchKG

Neben dem Wegfall der 22-Wochen-Frist könnte es mit dem „Auffangen“¹⁴⁹⁰ der ehemals der eugenischen Indikation unterfallenden Konstellationen in der medizinisch-sozialen Ausnahmelage zu einem Wegfall des schon im „alten“ Recht in Art.2 Abs.1 des 5.StRG verankerten Weigerungsrechtes zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruches gekommen sein. Denn seine Begrenzung fand und findet dieses Weigerungsrecht nur dort, wo die Mitwirkung zur Rettung der Schwangeren aus einer anders nicht abwendbaren Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung notwendig war/ ist; im Zweifel bei Vorliegen einer medizinischen Indikation. Da nach der geltenden Gesetzeslage auch bei „eugenisch motivierten“ Abtreibungen eine medizinisch-soziale Indikation gegeben sein muss, könnte das nun in § 12 Abs.1 SchKG weiterhin zu findende Weigerungsrecht für diese Abbrüche an seine Anwendungsgrenze stoßen.

1. Das Weigerungsrecht gem. § 12 Abs.1 SchKG und seine Möglichkeiten

Nach § 12 SchKG ist niemand verpflichtet, an einem nach den Abs.2 und 3 gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken. In ähnlicher Weise legt § 14 Abs.1 BO der Sächsi-

¹⁴⁹⁰ „Auffangen“ ist im oben näher (Pkt. Teil 2, B.III.3.) beschriebenen Sinne gemeint.

schen Landesärztekammer fest: Der Arzt kann nicht gezwungen werden, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen oder ihn zu unterlassen.

Aus strafrechtlicher Sicht besagt die Vorschrift des § 12 I SchKG nichts Neues. Niemand ist gezwungen, einen ihm zur Seite stehenden Rechtfertigungsgrund in Anspruch zu nehmen.¹⁴⁹¹

Die Frage, inwieweit bei einer Rechtfertigung nicht nur eine Berechtigung, sondern sogar eine Verpflichtung zur Durchführung, Mitwirkung oder Zulassung eines Abbruchs besteht, kann demgemäß für letzteres verneint werden. Deshalb kann auch von einem „Recht“ auf Schwangerschaftsabbruch keine Rede sein; jedenfalls nicht in dem Sinne, dass damit gegenüber einem bestimmten Arzt oder Krankenhaus ein (zivilrechtlich einklagbarer) „Anspruch“ auf Durchführung des indizierten Abbruchs bestünde.¹⁴⁹²

Verankert ist das Weigerungsrecht im einfachrechtlichen § 12 Abs.1 SchKG nach seiner Erstausführung in Art.2 Abs.1 des 5.StRG. Bestätigt wurde es auch vom BVerfG in dessen 2.Urteil zum Recht des Schwangerschaftsabbruchs, wo dieses Recht als das in den Schutzbereich des durch das ärztliche Berufsbild geprägten Persönlichkeitsrechts (Art.2 I i.V.m. Art.12 I GG) des Arztes fallendes angesehen wurde.¹⁴⁹³

Gesetzgeberischer Grund für die Anerkennung eines solchen Rechtes war die Berücksichtigung von Gewissensgründen.¹⁴⁹⁴ Denn der Arzt, der die Beratung und Begleitung in Schwangerschaftskonflikten übernimmt und die Konflikte als Entscheidungssituationen anerkennt, wird in den Prozess involviert und macht sich potentiell oder tatsächlich schuldig an der Tötung unschuldigen und wehrlosen embryonalen oder fetalen Lebens.¹⁴⁹⁵

Lt. Tröndle/Fischer¹⁴⁹⁶ hat er die Letztverantwortung für einen Schwangerschaftsabbruch zu tragen, weil er auch – wie bei jedem anderen medizinischen Eingriff - für die Folgeschäden einzustehen hat. Da nicht jeder Arzt eine derartige Verantwortung und Last mit seinem Gewissen vereinbaren kann, sollte und soll er nach Ansicht des Gesetzgebers die Möglichkeit zur Verweigerung der Teilnahme an Abtreibungen haben.

Fraglich ist, wer alles diese Weigerungsklausel in § 12 Abs.1 SchKG für sich in Anspruch nehmen darf. In erster Linie wird diese für den Arzt bedeutsam. Da jedoch „niemand“ zur „Mitwirkung“ verpflichtet ist und Mitwirkung in weitem Sinne zu verstehen ist, gilt § 12 I SchKG auch für alle anderen Personen, deren (unmittelbare) Hilfe bei dem Eingriff des Ab-

¹⁴⁹¹ Jähnke, LK, § 218 a, Rz.81; Notwehr kann, muss aber nicht geübt werden.

¹⁴⁹² Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.84; Jähnke, LK, § 218 a, Rz. 81

¹⁴⁹³ BVerfG E 88, 294

¹⁴⁹⁴ Jähnke, LK, § 218 a, Rz.85

¹⁴⁹⁵ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.79

¹⁴⁹⁶ Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.5 e f

bruches erforderlich ist.¹⁴⁹⁷ Dazu zählen z.B. Operations- und Anästhesieschwestern und die Krankenhausleitung; umstritten ist, ob auch die Krankenhausträger die Schwangerschaftsabbrüche verweigern können.¹⁴⁹⁸ Nicht auf das Weigerungsrecht dagegen können sich die Angestellten des Krankenhauses und der Versicherung berufen, die lediglich mit der finanziellen Abwicklung beschäftigt sind. Ebenso kann das ärztliche oder nichtärztliche Personal, das nur die Nachbehandlung durchzuführen hat, das Weigerungsrecht nicht geltend machen, weil dieses Recht seinem Wortlaut nach nur den Abbruch der Schwangerschaft als solchen erfasst.¹⁴⁹⁹

Unter Berufung auf § 12 Abs.1 SchKG können also Ebengenannte die Mitwirkung an einem Schwangerschaftsabbruch ablehnen. Die Verweigerung bedarf dabei keinerlei Begründung.¹⁵⁰⁰ Dies folgt daraus, dass die zunächst vom Gesetzgeber vorgesehene Einschränkung des Weigerungsrechtes auf die Geltendmachung von Gewissensgründen gerade nicht in das Gesetz übernommen wurde.¹⁵⁰¹ Damit wird klargestellt, dass jeder, ohne Zwang zur Offenlegung seiner Motive über die Mitwirkung an einem Schwangerschaftsabbruch frei entscheiden können darf. So wenig, wie der sich Weigernde überhaupt Gründe für seine Entscheidung anzugeben braucht, so wenig trifft ihn auch eine Beweislast für die Ernsthaftigkeit oder Annehmbarkeit einer etwaigen Begründung.¹⁵⁰² Die Verweigerung ist also sowohl generell wie für den konkreten Fall als zulässig anzusehen, es sei denn, dass eine missbräuchliche Inanspruchnahme anzunehmen ist. So steht das Weigerungsrecht wegen offensichtlicher Willkür bspw. demjenigen nicht zur Seite, der damit ein Sonderentgelt für die Mitwirkung an der Abtreibung durchsetzen will.¹⁵⁰³ Missbräuchlich ist die Berufung auf das Weigerungsrecht dagegen nicht, wenn ein Arzt oder Krankenhaus mit Rücksicht auf seine übrigen Patienten die Durchführung von Abbrüchen auf „schwere“ Fälle oder Fallgruppen beschränken will; denn trotz formeller Gleichstellung aller Indikationen ist nicht zu verkennen, dass die Interessenkollision materiell von unterschiedlichem Gewicht und unterschiedlicher Dringlichkeit sein kann.¹⁵⁰⁴

¹⁴⁹⁷ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.84; SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.49; Jähnke, LK, § 218 a, Rz.84 f

¹⁴⁹⁸ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.49, der dies mit der Berufung auf das Gewissen der entscheidenden Organe der Krankenhausträger nicht verneinen möchte. Zweifelnd dagegen Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.84; eher verneinend Jähnke, LK, § 218 a, Rz.84

¹⁴⁹⁹ So eindeutig SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.49; etwas unklarer schon Jähnke, LK, § 218 a, Rz.84

¹⁵⁰⁰ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.50; Jähnke, LK, § 218 a, Rz.85; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.84

¹⁵⁰¹ So SK-Rudolphi, § 218 a, Rz. 50

¹⁵⁰² Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.84

¹⁵⁰³ Jähnke, LK, § 218 a, Rz.85; Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.84

¹⁵⁰⁴ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.85

Fraglich ist, ob das Weigerungsrecht „verwirkt“ sein könnte, wenn man (Arzt, ärztliches Hilfspersonal, Krankenhausleitung) in früheren Fällen bereits zur Mitwirkung bereit war.¹⁵⁰⁵ Die gleiche Frage stellt sich, wenn der Arzt sich zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen verpflichtet hat¹⁵⁰⁶, z.B. durch Anstellung als Gynäkologe in einer Abtreibungsklinik. Tröndle/Fischer gehen davon aus, dass in solch einem Fall die Weigerung nicht mehr auf die Klausel in § 12 Abs.1 SchKG, sondern nur noch auf Art. 4 Abs.1 GG gestützt werden kann. Letztlich könnte somit eine Abbedingung des einfach-rechlichen Weigerungsrechtes gem. § 12 I SchKG vorgenommen werden.

Wie schon Art.2 des 5.StRG als zwingende gesetzliche Regelung nicht abbedingbar war, so ist es aber ebenso § 12 SchKG nicht.¹⁵⁰⁷ Demzufolge schlägt das Weigerungsrecht auch gegenüber vertraglichen Bestimmungen durch.¹⁵⁰⁸ Denn die Annahme prinzipieller vertraglicher Bindung mit Lösungsbefugnis bei nachträglich eintretenden Gewissensbedenken müsste dann im Streitfall zur Nachprüfung der Gewissensentscheidung des Betroffenen führen. Das aber ist – wie oben erläutert – nicht angängig. Das BVerfG geht ebenfalls von der grundsätzlichen Unabdingbarkeit des Weigerungsrechtes aus, trotzdem sollen Ausnahmen offenbar nicht völlig ausgeschlossen sein.¹⁵⁰⁹

Ebengenanntes lässt bereits Grenzen des Weigerungsrechtes, § 12 Abs.1 SchKG, erkennen. Die in § 12 Abs.2 SchKG ausdrücklich niedergelegte Grenze des Weigerungsrechtes an der Mitwirkung an Schwangerschaftsabbrüchen soll nun folgend, v.a. in ihrem Bezug auf die nunmehr in der medizinisch-sozialen Indikation untergeordneten Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation, näher erläutert werden.

¹⁵⁰⁵ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.85

¹⁵⁰⁶ Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.6

¹⁵⁰⁷ So das BVerfG E 88, 294; Jähnke, LK, § 218 a, Rz.85

¹⁵⁰⁸ Jähnke, LK, a.a.O.; zweifelnd Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.85

¹⁵⁰⁹ Eine Ausnahme läßt das BVerfG E 88, 294 in Form einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei genereller Weigerung der Vornahme nicht medizinisch indizierter Schwangerschaftsabbrüche zu, „...wenn der Arbeitgeber keine andere Möglichkeit hat, den Arzt zu beschäftigen.“

2. Die Grenze des Weigerungsrechtes in § 12 Abs.2 SchKG und das daraus folgende Fazit für ein Bestehen des Weigerungsrechtes bei „eugenischen“ Fallkonstellationen innerhalb § 218 a II StGB n.F.

Gemäß § 12 II SchKG findet das Weigerungsrecht dort seine Grenze, wo die Mitwirkung am Schwangerschaftsabbruch zur Rettung der Schwangeren aus einer anders nicht abwendbaren Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung notwendig ist.

Das BVerfG in seinem 2.Urteil zum Recht des Schwangerschaftsabbruchs will dagegen eine Begrenzung offenbar schon beim Vorliegen einer jeden medizinisch-sozialen Indikation annehmen.

Hinsichtlich der nunmehr dem § 218 a II StGB unterfallenden „eugenischen“ Konstellationen ist dabei problematisch, ob diese nach ihrer „Einordnung“ auch unter § 12 II SchKG fallen und eine Weigerung zur Durchführung /Mitwirkung an solch einem Abbruch nicht in Betracht kommt oder aber ob gerade bei diesen Fällen die dafür berechtigten Personen sich weiterhin (wie nach Art.2 Abs.1 des 5. StRG) auf ihr Weigerungsrecht berufen können.

Hepp¹⁵¹⁰ geht bspw. davon aus, dass durch die Streichung der eugenischen Indikation und Subsumierung in die medizinische Indikation auch die im § 218 a (§ 12 Abs.1) verankerte Freistellungsklausel unterlaufen ist. Von der selben Vorstellung geprägt, fordern Tröndle/Fischer¹⁵¹¹, „dass die ursprünglich auf die Fälle der medizinischen Indikation zugeschnittene Weigerungsklausel des Art.2 II des 5.StRG nicht durch die Erweiterung des (§ 218a) II in eine Erstreckung des § 12 II SchKG auch auf die Fälle einer psychosozialen Indikation umgedeutet werden darf“.

Da nach oben erfolgter Darstellung ein „Auffangen“ der der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Fallkonstellationen in der medizinisch-sozialen Ausnahmelage des § 218 a II StGB nur i.d.S. erfolgen kann, dass die Feststellung der Schädigung beim Kind unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis zu einer nicht anders abwendbaren, unzumutbaren Lebens- oder Gesundheitsgefahr führt, letztlich also eine medizinische Indikation mit Erfüllung ihrer Voraussetzungen vorliegt, könnte das Weigerungsrecht an seine Grenzen stoßen. Denn es ist auch bei diesen Konstellationen eine medizinische Ausnahmesituation gegeben, in der, wie das

¹⁵¹⁰ Hepp, Gynäkologie 1996, S.407 f

¹⁵¹¹ Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz.6, die mit Blick auf die Folgen der Einbeziehung – qualvoller Fetozid, zunehmende Spätabtreibungen mit lebenden Frühgeburten, Früheuthanasie – unter Berufung auf die ärztliche Verantwortung die Möglichkeit der Verweigerung weiter bejahen.

BVerfG fordert, das Weigerungsrecht des § 12 I SchKG keine Anwendung finden kann, (§ 12 II SchKG).

Danach würde die Freistellungsklausel also nicht greifen; selbst bei einem Schwangerschaftsabbruch, der zur Tötung des behinderten, ungeborenen Kindes vorgenommen wird, muss der Arzt den Eingriff vornehmen. Das Müssen bestimmt sich dabei nach den allgemeinen Regeln über die Garantenstellung beim Unterlassungsdelikt und, wo diese nicht eingreifen, nach § 323 c StGB.

Fraglich ist, ob sich an dem Nicht-Eingreifen der Weigerungsklausel bei „eugenischen“ Konstellationen etwas ändert, wenn die Grenze einer Verweigerungsmöglichkeit erst bei Lebens- und/oder schwerer Gesundheitsgefahr bei der schwangeren Mutter gezogen werden kann.

Eine derartige Einschränkung des Weigerungsrechtes bei (bloß) schwerer Gesundheitsgefahr ist dabei nicht wegen Verstoßes gegen das Grundrecht der Gewissensfreiheit verfassungswidrig, weil diese der gesetzgeberischen Wertung eines Vorrangs der Gesundheit der Mutter vor dem Recht des Nasciturus entspricht.¹⁵¹² Diese Wertung wurde vom BVerfG gebilligt.¹⁵¹³ Die Gesundheit der Mutter ist grundrechtlich geschützt (Art.2 II S.1 GG); niemand kann verlangen, dass bei einer Kollision von Grundrechten Dritter mit dem eigenen Gewissen die Entscheidungen des Gesetzgebers ihre Kraft verlieren. Daher kann auch nicht entscheidend sein, dass – wie Rudolphi¹⁵¹⁴ es verlangt – neben dem sich weigernden Arzt kein anderer zur Vornahme des Abbruchs bereiter und fähiger Arzt rechtzeitig erreichbar ist. § 12 II SchKG stellt rechtlich auf das objektive Erfordernis der Hilfe ab, womit jedermann in die Pflicht genommen ist.¹⁵¹⁵ Die Begrenzung des Weigerungsrechtes auch bei schweren Gesundheitsgefahren ist also zulässig.

Problematisch ist die Bestimmung, wann eine schwere Gesundheitsgefahr vorliegt. Nach Jähnke ist dies im „engen medizinischen Sinne“ gemeint. Unklar bleibt dabei jedoch, was er darunter verstanden wissen will. Ist eine Gesundheitsgefahr schwer, die zwar nicht nur körperlich ist, aber doch eine Krankheit im medizinischen Sinne mit spezifischem Krankheitsbild ausmacht? Oder liegt eine solche Gesundheitsgefahr vor, wenn diese in ihrer Schwere einer Lebensgefahr gleichkommt?

Mit der oben unter Pkt. B.III.3. vorgenommenen Auslegung des Begriffes der schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes i.S.e. Krankheit mit spezifischen Krankheitsbild dürfte das Erfordernis der „schweren Gesundheitsgefahr“ erfüllt sein.

¹⁵¹² Jähnke, LK, § 218 a, Rz.83

¹⁵¹³ Siehe die beiden Urteile zum Recht des Schwangerschaftsabbruches, BVerfG E 39, 1 ff und E 88, 203 ff

¹⁵¹⁴ SK-Rudolphi, § 218 a, Rz.51

Da nun die „eugenischen“ Konstellationen, um zu einem gerechtfertigten Abbruch der Schwangerschaft gem. § 218 a II StGB n.F. führen zu können, dessen Tatbestandsvoraussetzungen, also eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr im eben genannten Sinne, erfüllen müssen, ist bei Bejahung des § 218 a II StGB aber auch § 12 II SchKG als gegeben anzunehmen. Dementsprechend stößt bei Abtreibungen von behinderten Ungeborenen auch das Weigerungsrecht an seine Grenzen. Das Vorliegen einer Lebens – oder schweren Gesundheitsgefahr lässt, selbst ausgelöst durch die Schädigung des Kindes, eine Verweigerung des Abbruchs nicht zu.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es zu einem Wegfall des Weigerungsrechtes (§ 12 I SchKG) im Falle der Abtreibung behinderter Kinder gekommen ist. Grund dafür ist, dass solche Ungeborene nur noch gerechtfertigt abgetrieben werden dürfen, wenn dadurch ausgelöst bei der Mutter eine anders nicht abwendbare, unzumutbare Lebens- oder Gesundheitsgefahr anzunehmen ist. Gerade eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr aber stellt die Grenze dar, wo die Mitwirkung am Abbruch zur Rettung der Mutter notwendig ist.

III. Wegfall der Beratungspflicht

Im Zuge der Neuregelung der §§ 218 ff, insbesondere des § 218 a StGB, könnte es auch zu einem Wegfall der Beratungspflicht gekommen sein.

1. Die Beratungspflicht in § 218 b Abs.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG

Die Beratung hatte zwei Komponenten¹⁵¹⁵:

Zum einen musste eine Sozialberatung (§ 218 b Abs.1 Nr.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG) durchgeführt werden. Diese hatte die Entscheidungshilfe für die Frau im Hinblick auf Fortsetzung

¹⁵¹⁵ So Jähnke, LK, § 218 a, Rz.83

¹⁵¹⁶ So ausdrücklich Sch/Sch-Eser, 24.Aufl. § 218 b, Rz.3 ff: „...beide Beratungen (sind) nicht als alternativ, sondern als kumulativ zu verstehen...“; Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.165 ff

oder Abbruch der konkreten Schwangerschaft zum Ziel; es sollte über mögliche öffentliche oder private Hilfen für Schwangere, Mütter und Kinder unterrichtet werden.¹⁵¹⁷

Zum zweiten hatte gem. § 218 b Abs.1 Nr.2 StGB a.F. eine ärztliche Beratung durch einen Arzt stattzufinden, die die Schwangere über die ärztlich bedeutsamen Gesichtspunkte informierte.¹⁵¹⁸ Dabei sollte(n) nicht nur über die mit jedem Eingriff verbundenen Risiken aufgeklärt, sondern alle Gesichtspunkte erfasst werden, die aus medizinischer Sicht für das Austragen oder Abbrechen der Schwangerschaft von Bedeutung sein konnten. Insbesondere sollte der Schwangeren auch verdeutlicht werden, dass durch den Eingriff ungeborenes Leben vernichtet wird.¹⁵¹⁹ Damit ging die „ärztliche“ Beratung nach wohl herrschender Meinung über die (bloße) Eingriffsaufklärung hinaus.¹⁵²⁰

Diese „zweispurige“ Beratungspflicht wurde durch eine eigene Strafvorschrift (§ 218 b StGB) sanktioniert; im Unterschied und in Ergänzung zu § 218 richtete sich § 218 b primär nicht gegen den Schwangerschaftsabbruch als solchen, sondern diente der Sicherung des ergänzenden Beratungssystems. Als selbständiger Tatbestand blieb bei seiner Verletzung die Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruches als solche unberührt, lediglich der abbrechende Arzt machte sich nach § 218 b StGB a.F. strafbar, während die Schwangere straffrei blieb.¹⁵²¹

Diese Beratung also, die in § 218 b Abs. 1 StGB i.d.F. des 15.StÄG verankert war, könnte durch das SFHÄndG entfallen sein.

2. Die Beratung der Schwangeren nach der Neuregelung durch das SFHÄndG in den Konsultationen der ehemaligen eugenischen Indikation

Nach der Neuregelung durch das SFHÄndG hat die Beratung teils eine Aufwertung, teils aber auch eine Zurückdrängung erfahren: während einerseits die Erfüllung der Pflicht zur „sozialen“ Beratung nunmehr bereits ein konstitutives Element der Straffreistellung nach § 218 a

¹⁵¹⁷ Sch/Sch-Eser ebd. Rz.5 f; Der Gesetzgeber, BT-Drs. 7/1981 (neu) schrieb dazu: „Nummer 1 betrifft die Unterrichtung der Schwangeren über die zur Verfügung stehenden Hilfen für Schwangere, Mütter und Kinder. Sie dient im besonderen Maße der Erhaltung des ungeborenen Lebens; sie soll zugleich der Schwangeren durch Aufzeigen der Unterstützungsmöglichkeiten helfen, einen Kinderwunsch zu stärken und zu realisieren.“

¹⁵¹⁸ Sch/Sch-Eser, 24. Aufl., § 218 b, Rz.17 f; Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.170

¹⁵¹⁹ Letzterer Gesichtspunkt wurde v.a. aus der bewußten Wahl des Begriffes „ärztlich“ statt „medizinisch“ geschlußfolgert, siehe BT-Drs. 7/1981 (neu), S.16.

¹⁵²⁰ So Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.170; Die Gegenauffassung, nach der ärztliche Beratung und ärztliche Aufklärung deckungsgleich sind, unterscheidet sich von der herrschenden Meinung im Ergebnis nicht, da sie den Informationsrahmen der Eingriffsaufklärung weiter steckt und bereits unter diesem Aspekt zu einer umfassenden Informationspflicht der Schwangeren kommt. (so Koch a.a.O.)

Abs.1 StGB (nicht-indizierte, straflose Abbrüche) ist, ist diese „soziale“ Beratung für alle Fälle eines indizierten Schwangerschaftsabbruches nach § 218 a II, III StGB gänzlich entfallen.¹⁵²²

Geblichen ist die weiterhin mit Strafe bewehrte Pflicht zur „ärztlichen“ Beratung gem. § 218 c Abs.1 Nr.2 StGB. Diese Pflicht deckt sich zum Teil mit dem, worüber der Arzt ohnehin nach den allgemeinen Grundsätzen für ärztliche Eingriffe aufzuklären hat, um gegenüber der Frau im Hinblick auf § 223 StGB gerechtfertigt zu sein.¹⁵²³ Der Arzt ist v.a. bei den der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten und nun der medizinisch-sozialen Indikation unterfallenden Konstellationen der kompetente Ansprechpartner bei der Diagnose der Schädigung des Kindes und der Beurteilung ihrer medizinischen Auswirkungen.¹⁵²⁴

Damit könnte also eine Beratung im oben beschriebenen, zweiteiligen Sinne für die „eugenisch motivierten“ Abtreibungen entfallen sein.

Neben Eser¹⁵²⁵ und Lackner¹⁵²⁶ sind u.a. auch Tröndle¹⁵²⁷ und Beckmann der Ansicht, dass es zu einem Wegfall der Beratungspflicht, nämlich der Sozialberatung, gekommen ist; z.B. sieht es Beckmann als rechtlich äußerst bedenklich an, dass durch die Verlagerung der eugenischen Indikation die frühere Pflichtberatung entfallen ist.¹⁵²⁸

Selbst der Gesetzgeber geht von einem Wegfall der Pflichtberatung aus, den er aber wegen dem ausreichenden Beratungsangebot gem. §§ 2 ff SchKG, um der Schwangeren hinreichende Hilfe bei ihrer Entscheidung zu bieten, für vertretbar hält.

In Bezug auf die Konstellationen, die unter die ehemalige eugenische Indikation fallen würden, könnte der Gesetzgeber auch davon ausgegangen sein, dass die betroffene Schwangere bzw. die betroffenen Eltern im Falle der Diagnose „behindertes Kind“ freiwillig und mit großer Wahrscheinlichkeit die Beratung in Anspruch nehmen würde(n).

Fraglich ist, ob, wie verschiedentlich zum Ausdruck kommt, eine Sozialberatung wieder in den Pflichtenkatalog auch für Fälle, die eine rechtfertigende Indikation auslösen, aufgenommen werden sollte. Warum gab es denn im „alten“ Recht eine Pflicht zur „sozialen“ Beratung, wenn diese in gleicher Intensität selbst bei einer freigestellten Nutzung in Anspruch genom-

¹⁵²¹ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 a, Rz.65; § 218 b, Rz.1 f

¹⁵²² So schreibt neben Sch/Sch-Eser, § 219, Rz.1 bspw. Lackner, § 218 a, Rz.7a: „(...) für alle gerechtfertigten Schwangerschaftsabbrüche (ist) eine Konfliktberatung (§ 219) nicht mehr vorgeschrieben.“

¹⁵²³ Sch/Sch-Eser, § 218 c, Rz.5

¹⁵²⁴ Beckmann, MedR 1998, S. 159

¹⁵²⁵ § 219, Rz.1

¹⁵²⁶ Lackner, § 218 a, Rz.7a

¹⁵²⁷ NJW 1995, S. 3015

men werden könnte? Was beinhaltet die Pflichtberatung, wenn sie jetzt „einfach“ weggelassen werden kann? Oder ist ein „Weglassen“ nicht angebracht?

Wie schon erwähnt, sollte die Beratung eine Entscheidungshilfe für die Frau im Hinblick auf die Fortsetzung oder den Abbruch ihrer konkreten Schwangerschaft sein. Insbesondere sollte sie über Hilfen aufgeklärt werden, welche die Fortsetzung der Schwangerschaft und die Lage von Mutter und Kind erleichtern; egal war, ob diese Hilfen öffentliche Mittel und Maßnahmen¹⁵²⁹ (Heimunterbringung, Sozialhilfe, Versicherungsschutz, Lohnfortzahlung, Schwangerschaftsurlaub etc.) oder private (z.B. finanzielle Unterstützung von Haushaltshilfen durch kirchliche oder private Organisationen) waren. Denn wie schon der Gesetzgeber festgestellt hatte, gab es genügend „(...) Fälle..., in denen die Schwangere nur aus Unkenntnis über die zur Verfügung stehenden Hilfen ihre gegenwärtige oder künftige soziale Situation zu negativ einschätzt(e), während in Wirklichkeit der Notlage durch den Einsatz entsprechender Mittel oder durch sonstige Maßnahmen so abgeholfen werden (konnte), dass die Schwangere das Kind austragen kann (konnte) und will (wollte)“.¹⁵³⁰

Die nur für die „kriminologische“ Indikation gegebene Begründung bezüglich der Streichung der Konfliktberatung¹⁵³¹, das eine solche überflüssig aufgrund des vorhandenen Beratungsangebotes gem. §§ 2 ff SchKG war, überzeugt nach Lackners Ansicht nicht, da auch bei der - durch das SFHÄndG erweiterten - medizinisch-sozialen Indikation soziale Gesichtspunkte, wie schon die Bezeichnung der Ausnahmelage zeigt, relevant sind.¹⁵³²

Ebenso hält Beckmann¹⁵³³ wegen der starken sozialen Komponente der erweiterten medizinischen Indikation eine Sozialberatung für erforderlich. Denn gerade in den Fällen der ehemaligen eugenischen und nunmehr der medizinisch-sozialen Indikation wären i.R.d. Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse die Unterstützung durch den Partner, durch die Familie, das soziale Umfeld, die finanziellen und räumlichen Umstände sowie die zu erwartende Hilfe durch Staat und Gesellschaft (Nutzung von Behinderteneinrichtungen) von entscheidender Bedeutung. Wie aber soll der Arzt dafür der kompetente Ansprechpartner sein? Ihm steht regelmäßig nur die Befragung der Patientin als Erkenntnisquelle

¹⁵²⁸ So Beckmann, MedR 1998, S. 159

¹⁵²⁹ Heimunterbringung, Sozialhilfe, Versicherungsschutz, Lohnfortzahlung, Schwangerschaftsurlaub etc.

¹⁵³⁰ BT-Drs. 7/1981 (neu), S.16

¹⁵³¹ Lackner, § 218 a, Rz.7a

¹⁵³² Lackner, § 218 a, Rz.7a

¹⁵³³ MedR 1998, S. 159

zur Verfügung; ihre Angaben können zutreffen, oder aber unvollständig oder „gefärbt“¹⁵³⁴ sein.

Nach Ansicht des BGH ist er nicht verpflichtet, sich gleichsam als Ermittlungsbehörde zu betätigen und an andere Personen und Einrichtungen heranzutreten als bei sonstiger ärztlicher Behandlung, zumal nicht gegen den Willen der Frau.¹⁵³⁵

Selbst das BVerfG geht davon aus, dass der Arzt bei anderen Gründen¹⁵³⁶ regelmäßig von den Angaben der Frau ausgehen darf, sofern sie ihm glaubhaft erscheinen. Etwaige tiefer liegende Ursachen des Schwangerschaftskonflikts soll er (auch nur) in Erfahrung zu bringen suchen.¹⁵³⁷ Seine Kompetenz scheitert nach Beckmann also aufgrund der fehlenden Erkenntnisquellen und der mangelnden Spezialkompetenz in sozialen, finanziellen und familiären Fragen.¹⁵³⁸ Folglich tritt er für eine Sozialberatung ein, die – um den Schutz auch zu erzielen – verpflichtend vorgeschrieben sein müsste.¹⁵³⁹ Zur Postulation der Pflicht greift Beckmann allerdings auf ein Zitat des BVerfG in seinem 2.Urteil zum Recht des Schwangerschaftsabbruches zurück, welches von jenem im Zusammenhang mit dem Beratungskonzept des neuen § 218 Abs.1 StGB abgegeben worden ist.¹⁵⁴⁰ Dabei verkennt er, dass auch vom BVerfG zwischen der Beratungskonzeptsregelung in Absatz 1 des § 218 und den Indikationen in Absatz 2 und Absatz 3 unterschieden wird.

Tröndle bspw. ist darauf eingegangen, dass das Beratungskonzept nur eine rein medizinische Indikation neben sich duldet, weil soziale Komponenten, auch wenn sie im Blick auf die zu berücksichtigenden gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse zugleich medizinische Relevanz aufweisen, primär in den Rahmen des Beratungskonzepts gehören.¹⁵⁴¹

Darin ist ein Grund für den Wegfall der (sozialen) Beratungspflicht zu sehen. Denn schon das BVerfG konnte sich eine auf eine notlagenorientierte Beratung gestützte Regelung mit rechtfertigender Wirkung nur in einem alternativen „entweder –oder“ von ergebnisoffener, aber nicht eine Rechtfertigung begründende Beratung einerseits¹⁵⁴² oder einer rechtfertigungsfähigen, dafür aber einer mit einer ergebnisoffenen Beratung angeblich unvereinbaren Indikati-

¹⁵³⁴ Diesen Begriff verwendend: Beckmann, MedR 1998, S. 159, der auf einen Bericht der Kommission zur Auswertung der Erfahrungen mit dem reformierten § 218 Bezug nimmt, in dem es heißt, daß „...bei den Indikationen nicht etwa ‚Gründe‘ erfaßt werden können, sondern ausschließlich ‚Begründungen‘.“ (BT-Drs.8/3630, S.77)

¹⁵³⁵ BGH St 38, 155

¹⁵³⁶ Solchen, die nicht ärztlicher Untersuchung zugänglich sind

¹⁵³⁷ BVerfG E 88, 290

¹⁵³⁸ MedR 1998, S.159

¹⁵³⁹ MedR 1998, S.159

¹⁵⁴⁰ BVerfG E 88, 270

¹⁵⁴¹ NJW 1995, S.3015; Tröndle/Fischer, § 218 a, Rz. 9a

¹⁵⁴² Wie nun in § 218 a I StGB umgesetzt

onsfeststellung andererseits¹⁵⁴³ vorstellen.¹⁵⁴⁴ Die „von oben herab urteilende Indikationsfeststellung“ unterscheidet sich grundlegend von der im Vergleich dazu „gleichrangigen“ Beratung.¹⁵⁴⁵

Trotzdem könnte das Bedürfnis für eine mögliche Kombination von obligatorischer Beratung und Indikationsfeststellung bestehen, da selbst bei einem medizinisch indizierten (einschließlich eines eugenisch begründeten) Schwangerschaftsabbruch(s) zumindest für die Zukunft durch Aufklärung über entsprechende Empfängnisverhütungsmethoden einer Schwangerschaft von vornherein vorgebeugt werden kann.¹⁵⁴⁶

Dem ist entgegenzuhalten, dass eine derartige Aufklärung auch i.R.e. fakultativen Beratung der Schwangeren erfolgen kann.

Im übrigen spricht für ein Recht auf Beratung bei möglicher Behinderung des Kindes, statt einer Pflicht hierzu, dass der psychologische Sinn einer Autonomie fördernden Beratung von einer Schwangeren mit Abtreibungsabsichten gerade darin liegt, das Situationsverständnis der Beratenen so zu verändern, dass sie sich Entscheidungen zutraut, die sie möglichst auch in Zukunft nicht bereuen wird, da sie persönlich hinter ihren Entscheidungen steht. Ein Recht auf Beratung ist dann hinreichend.¹⁵⁴⁷ Ein Recht zur freiwilligen Inanspruchnahme von Beratung bei Bedarf hat seine stärkste rechtsethische Begründung im Ethos sozialstaatlicher Hilfeleistung.¹⁵⁴⁸ Zwar liegt in der Rechtspflicht zur Beratung ein guter moralischer Sinn – nämlich die Konfrontation von Staatsbürgern mit dem Menschenwürdegrundsatz unserer Verfassung. Und im Prinzip dürfte die Konfrontation mit diesem Grundsatz allen Staatsbürgern zugemutet werden, wie mit allen übrigen normativen Gehalten unserer Verfassung. Durch die Aufbürdung dieses zweiten, moralisierenden Sinnes jedoch, wird der erste, psychologisch gute Sinn der Beratung eher beeinträchtigt als gefördert. In den Fällen, in denen er beeinträchtigt wird, entgeht den betroffenen Frauen zudem eine Hilfeleistung, die ihnen moralisch betrachtet nicht vorenthalten werden dürfte.¹⁵⁴⁹

Gegen eine Pflichtberatung, wie sie nach „altem“ Recht für die (rechtfertigenden) Ausnahmefälle vorgeschrieben war und somit auch für die Fälle der ehemaligen eugenischen Indikation

¹⁵⁴³ Wie nun in § 218 a II, III StGB i.V.m. § 218 b StGB verwirklicht

¹⁵⁴⁴ Sch/Sch-Eser, § 219, Rz.1

¹⁵⁴⁵ Sch/Sch-Eser a.a.O.; Während nämlich bei der Beratung der Schutz des ungeborenen Lebens mit Hilfe einer verantwortlichen und gewissenhaften Entscheidung der Schwangeren geschehen soll, trifft die Entscheidung über das Vorliegen einer Indikation nicht die Schwangere selbst, sondern, der Natur der Ausnahmefälle nach, ein Dritter. So BVerfG E 88, 268 f

¹⁵⁴⁶ So Sch/Sch-Eser, § 219, Rz.1

¹⁵⁴⁷ Kettner, Beratung, S.35 f

¹⁵⁴⁸ Kettner, Beratung, S.36

¹⁵⁴⁹ Kettner a.a.O.

galt, spricht zudem deren fehlende praktische Effizienz.¹⁵⁵⁰ Der weitaus größte Teil der Schwangeren suchte die Beratungsstellen vorentschieden auf und nur wenige Frauen konnten durch die Beratung zum Austragen der Schwangerschaft bewogen werden. Dagegen lässt der Rechtsanspruch auf eine umfassende Beratung nach §§ 2 ff SchKG die Möglichkeit offen, interessierte Frauen, bei denen die Möglichkeit des Habens eines behinderten Kindes besteht, auch wirklich zu erreichen, Hilfsangebote aufzuzeigen und u.U. eine Entscheidung für dieses Kind zu treffen. Die Freiwilligkeit der Inanspruchnahme fördert im Zweifel die Annahmefähigkeit durch die betroffene Schwangere mehr. Natürlich kann nicht völlig aus der Betrachtung ausgeblendet werden, dass der Abbruch im Falle der Diagnose „geschädigtes Kind“ von der Mutter auch als „einfacherer und bequemerer Weg“ angesehen werden könnte; allerdings ist das Vorliegen einer rechtfertigenden Indikationslage in solchen Konstellationen an hohe Voraussetzungen (s.o.) geknüpft.

Argument für den Wegfall der Sozialberatung und der Beibehaltung nur einer ärztlichen Beratung bei den nunmehr unter die medizinisch-soziale Indikation unterfallenden Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation ist zudem auch, dass nach der Neuregelung in diesen Fällen i.R.d. Gesundheitsgefahr zwar eine ganzheitliche Beurteilung (mit Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte) vorgenommen wird, letztlich nach zu bevorzugender Ansicht für die Bejahung der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes aber eine Krankheit im medizinischen Sinne vorliegen muss.(s.o.)

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass es zu einem Wegfall der sozialen Pflichtberatung auch bei der medizinisch-sozialen Indikation gekommen ist. Dieser Wegfall kann jedoch durch den Rechtsanspruch auf Beratung gem. §§ 2 ff SchKG, insbesondere durch die auf die Fälle der bisherigen eugenischen Indikation zugeschnittenen Beratungsregeln gem. § 2 II Nr.5 und § 6 III Nr.2 SchKG, ausgeglichen werden. Ob dies tatsächlich geschieht, muss in der Praxis beobachtet und bei Nichteintritt gegebenenfalls nachgebessert werden.

¹⁵⁵⁰ Vgl. SK-Rudolphi, Vor § 218, Rz.41; Tröndle, Vor § 218, Rz.14 c, der darauf verweist, dass „...die im Rahmen der früheren Indikationsregelung bestehende Beratungspflicht von jeher als ‚Fehlschlag‘ bezeichnet worden ist...“.

IV. Weitere Konsequenzen aus der geltenden Gesetzeslage für die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Konstellationen

Als solche sind die Streichung der Drei-Tages-Frist zwischen „sozialer“ Pflichtberatung und Schwangerschaftsabbruch und die Erschwerung der statistischen Kontrolle zu nennen.

1. Wegfall der Drei-Tages-Frist zwischen „Sozialberatung“ und Schwangerschaftsabbruch

Mit dem Wegfall der sozialen Beratung (s.o.) ist es notwendig auch zu einem Wegfall der Drei-Tages-Frist nach dieser Beratung und vor dem Abbruch gekommen.¹⁵⁵¹ Diese Zeitspanne sollte sicherstellen, dass überstürzte Entscheidungen der Schwangeren vermieden wurden, dass sie das Beratungsergebnis verarbeiten und mit Vertrauenspersonen besprechen konnte¹⁵⁵², bevor ein endgültiger Entschluss hinsichtlich der Abtreibung getroffen wurde. Nicht erforderlich war, dass die Beratung und ihre Karenz noch vor der Indikationsfeststellung stattfand; v.a. bei der ehemaligen eugenischen Indikation war ein anderweitiges Vorgehen verständlich, wenn man davon ausgeht, dass die Schwangere zunächst einmal Gewissheit über Art und Wahrscheinlichkeitsgrad einer etwaigen Schädigung haben wollte, um sich dann über (gezielte) mögliche Hilfsmaßnahmen beraten zu lassen.¹⁵⁵³

Die Streichung der Drei-Tages-Frist ist insoweit unproblematisch, weil nach der freiwilligen Inanspruchnahme der Sozialberatung bei gegebener Diagnose „behindertem Kind“ wegen einer fehlenden Abtreibungsbegrenzung i.R.d. dafür notwendig vorliegenden medizinisch-sozialen Indikation eine überstürzte Entscheidung nicht vorgenommen werden muss. Im Gegenteil, die Schwangere kann zunächst einen sicheren Befund abwarten, sich dann ohne Zwangsausübung ausführlich über Hilfsangebote informieren lassen und sich danach das Beratungsergebnis mit seinen Folgen für die Zukunft in Ruhe bedenken. Eine Frist, wie die des § 218 a II Nr.1 StGB a.F., drängt nicht zum Abbruch, so dass die gesetzliche Niederlegung einer Bedenkzeit, wie die des § 218 b Abs.1 Nr.1 StGB a.F., als überflüssig anzusehen ist.

¹⁵⁵¹ Siehe Hepp, Gynäkologie 1996, S.407

¹⁵⁵² Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 b, Rz.9

¹⁵⁵³ Sch/Sch-Eser, 24.Aufl., § 218 b, Rz.9

2. Statistische Kontrolle

Der Wegfall der eugenischen Indikation im unter Pkt. B.III.1.beschriebenen Sinne führt dazu, dass eine gesonderte statistische Erfassung nicht mehr stattfinden kann. Dies erkannte auch der Gesetzgeber: „Die statistische Erfassung einer Behinderung oder vorgeburtlichen Schädigung des Kindes im Rahmen der Bundesstatistik über Schwangerschaftsabbrüche ist aufgrund des Wegfalls der entsprechenden Indikation nicht mehr möglich“.¹⁵⁵⁴

Ziel der statistischen Kontrolle war und ist es, die Folgen einer Gesetzesänderung im Laufe der Zeit mit verfolgen zu können. Nur mit der Erfassung von Daten ist weiterhin eine Erfolg versprechende Ursachenforschung und Qualitätssicherung realisierbar, gerade auf dem Gebiet von Fehlbildungen.¹⁵⁵⁵ Mit Blick auf die vom BVerfG¹⁵⁵⁶ festgestellte Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht ist die statistische Erfassung auch nötig. Wie sonst kann die Notwendigkeit einer Verbesserung der geltenden Regeln erkannt werden als über die Registrierung deren Auswirkungen?

Zwar leidet die Abtreibungsstatistik selbst an erheblichen Mängeln¹⁵⁵⁷; gar keine Daten sind jedoch noch schlechter als eine lückenhafte und unzureichende Erfassung.¹⁵⁵⁸ Schon zur Vorbeugung eines Missbrauchs der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a II StGB n.F. und der von ihr erfassten Konstellationen sollte eine spezielle statistische Kontrollmöglichkeit von denjenigen Schwangerschaftsabbrüchen, bei denen eine embryonale/fetale Erkrankung, Entwicklungsstörung oder Anlageträgerschaft für eine Erkrankung von Bedeutung ist, durch gesetzliche Regelungen gewährleistet werden. Dabei sollten – einem begrüßenswerten Vorschlag der BÄK zufolge¹⁵⁵⁹ – die Indikationsgrundlage, das Schwangerschaftsalter, die Methode des Schwangerschaftsabbruches sowie die postnatale Befundsicherung aufgenommen werden.

An dieser Forderung ändert auch die Tatsache nichts, dass ein auffälliger Befund beim Kind nur dann zur Indikationsstellung nach § 218 a II StGB n.F. führt, wenn dessen (medizinische) Voraussetzungen vorliegen; also „nur“ eine medizinische Indikation gegeben ist. Auch dann ist eine Erfassung der einzelnen, § 218 a II StGB unterfallenden Konstellationen nötig. Demzufolge ist die Streichung der bisherigen statistischen Kontrolle als hinderlich für die Beobachtung und Nachbesserung einzuschätzen.

¹⁵⁵⁴ In Antwort der Bundesregierung auf kleine Anfrage in BT-Drs. 13/5364, S.8 (Antwort auf Frage 12)

¹⁵⁵⁵ BÄK, Dt.Ärztebl.1998, S. A-3016

¹⁵⁵⁶ BVerfG E 88, 269

¹⁵⁵⁷ Vgl. Giesen, ZfL 1997, S.57 ff

¹⁵⁵⁸ So auch Beckmann, MedR 1998, S.159

¹⁵⁵⁹ Dt. Ärztebl. 1998, S. A-3016

V. Stellungnahme und Vorschläge

Wie soeben dargelegt, hat die nunmehr bestehende Gesetzeslage, § 218 a II StGB n.F., hinsichtlich der Abtreibung von behinderten Kindern im Vergleich zum „alten“ Recht auf den ersten Blick nur negative Folgen nach sich gezogen.

Sowohl der Fortfall der ehemaligen 22-Wochen-Frist, der Wegfall des Weigerungsrechtes von Ärzten und klinischem Personal hinsichtlich der Pflicht zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruches, der Wegfall der „sozialen“ Beratung und der der 3-Tages-Frist zwischen Sozialberatung und erfolgtem Schwangerschaftsabbruch als auch der der gesonderten statistischen Kontrolle können – mit Blick auf die Erläuterungen – lediglich als überwiegend¹⁵⁶⁰ nachteilig aufgefasst werden.

Hervorzuheben wegen seiner Auswirkungen ist besonders der Fristfortfall und daraus folgend wiederum die Möglichkeit der vermehrten Spätabtreibungen, die wiederum für die ansteigende Zahl von Fällen der „Früheuthanasie“, eine (mögliche) Narkosepflicht und einer Zwangslage der Schwangeren von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Ob und welche Begrenzungsmöglichkeiten für die mit dem Wegfall der 22-Wochen-Frist verbundenen Spätabbrüche existieren, wurde bereits oben ausführlich gewürdigt.¹⁵⁶¹

Aber auch der Wegfall der Sozialberatung, der der 3-Tages-Frist und der der statistischen Kontrolle wirken dem Wegfall der eigenständigen eugenischen Indikation bezweckten besseren Schutz behinderter Ungeborener eher entgegen.

Fraglich ist, ob diese Auswirkungen der bestehenden Gesetzeslage durch eine anderweitige Regelung hinsichtlich der „eugenischen“ Fallkonstellationen abgemildert bzw. gänzlich entfallen können.

¹⁵⁶⁰ Als positive Konsequenz des Fristfortfalles kann die nunmehr verlängerte Möglichkeit zur Durchführung von pränatalen Diagnostikmaßnahmen angesehen werden.

¹⁵⁶¹ Siehe Pkt. C.I.2.a.

1. Der Vorschlag von Schumann und Schmidt-Recla

Bspw. könnte dem Vorschlag von Schumann und Schmidt-Recla¹⁵⁶² gefolgt werden, die bis 1995 geltende und vom BVerfG nicht beanstandete eugenische Indikation wieder ein(zu)föhren, allerdings bis zur 20. SSW p.c. befristet.

Für die oben näher betrachteten Auswirkungen würde dies folgende Vorteile mit sich bringen:

Zum einen könnten sich Ärzte und klinisches Personal bei diesen „eugenischen“ Konstellationen wieder auf das Weigerungsrecht gem. § 12 Abs.1 SchKG berufen. Denn eine nicht anders abwendbare Gefahr des Todes oder eine schwere Gesundheitsbeschädigung für die Schwangere wäre bei einer in einem eigenen Tatbestand ausgestalteten eugenischen Indikation im Regelfall nicht anzunehmen. Vielmehr wäre mit dem (teilweisen) Abstellen auf den Zustand des Ungeborenen gerade nicht der der Mutter ausschlaggebend, was jedoch Voraussetzung der Grenze des Weigerungsrechtes in § 12 Abs.2 SchKG ist.

Zudem wären mit der von Schumann/Schmidt-Recla vorgeschlagenen Indikation und ihrer Fristbegrenzung die ohne die Begrenzung oben vorgestellten Probleme hinfällig. Dafür würden allerdings – wie bereits erläutert – die schon im „alten“ Recht geäußerten Kritikpunkte an einer zeitlichen Begrenzung von Abtreibungen „wieder eingeräumt“ werden.¹⁵⁶³

Positiv an einer eigenständigen Indikation, wie von Schumann und Schmidt-Recla angeraten, wäre auch die damit abermals eingeräumte Möglichkeit einer statistischen Kontrolle. Gerade in einem sensiblen Bereich wie dem der „eugenischen“ Indikation ist eine Überwachung angebracht, ja notwendig, um einen stattfindenden Wandel in den Ansichten innerhalb der Gesellschaft und in den Lebensverhältnissen der Einzelnen frühzeitig festzustellen und gegebenenfalls korrigierend in die Folgen einer Gesetzesänderung eingreifen zu können.

Nachteilig wirkt sich der Vorschlag von Schumann und Schmidt-Recla jedoch dahingehend aus, dass mit der optischen Trennung von „medizinischer“ und „eugenischer“ Indikation die Verdeutlichung, dass die eugenische ebenfalls wie die medizinische nur mit Rücksicht auf die Mutter zugelassen wurde und wird, kaum zum Vorschein gelangt.

Ebenfalls ist mit einer derartigen „Wiedereinföhierung“ der Indikation die der Beratungspflicht (ehemals § 218 b Abs.1 StGB i.d.F. des 15.StÄG) noch nicht vollzogen.

¹⁵⁶² MedR 1998, S. 504

¹⁵⁶³ Siehe dazu unter Pkt.C.I.2.a.(2)

2. Der Vorschlag von Gropp

Gefolgt werden könnte aber auch dem Vorschlag Gropps¹⁵⁶⁴, der eine Präzisierung der medizinisch-sozialen Indikation im Hinblick auf die frühere eugenische Indikation im Wortlaut anrät:

„Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist – im Falle der Gefahr einer schwerwiegenden nicht behebbaren Schädigung des Gesundheitszustandes des erwarteten Kindes nur innerhalb von 22 Wochen seit der Empfängnis – nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere, für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.“

Gegenüber dem von Schumann und Schmidt-Recla gemachten Vorschlag verdeutlicht dieser besser die Bezugnahme zur medizinisch-mütterlichen Indikation. Dass es bei dieser Alternative um die Rücksichtnahme auf die schwangere Mutter geht und nicht um „versteckte“ platte Eugenik, wird mit der Notwendigkeit der Erfüllung der neben den „Kindesvoraussetzungen“¹⁵⁶⁵ aufgestellten Voraussetzungen auf Seiten der Schwangeren¹⁵⁶⁶ klar. Damit wird im Falle der Schädigung des Kindes eine doppelte „Annahmehürde“ für die Verwirklichung der Indikation aufgebaut.

Ebenso wie bei dem anderen Vorschlag ist als Vorteil die Wiedereinführung einer Frist zu werten, wobei dieser Vorteil wiederum mit Nachteilen verbunden ist (s.o.), die sich „wieder einstellen“.

Nachteilig dagegen könnte der ebenfalls bei dieser Lösung zu verzeichnende Wegfall des Weigerungsrechts für Ärzte und klinisches Personal zu beurteilen sein. Denn mit dem letztlich erforderlichen Vorliegen einer Lebens- oder Gesundheitsgefahr der Mutter ist selbst bei die-

¹⁵⁶⁴ GiKS Bnd.10, S.285 ff (303)

¹⁵⁶⁵ Als solche sind einzuordnen: die Gefahr einer schwerwiegenden, nicht behebbaren Schädigung des Gesundheitszustandes des erwarteten Kindes

¹⁵⁶⁶ Unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren; um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, die nicht auf eine andere, für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann; nach ärztlicher Erkenntnis.

sem Vorschlag wiederum der Grenzfall für die Weigerung zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs gegeben.¹⁵⁶⁷ Der Beurteilung hinsichtlich des Rechts aus § 12 Abs.1 SchKG läge die gleich Lage wie die nunmehr gesetzliche zugrunde.

Möglicherweise würde dieser Wegfall des Weigerungsrechtes hinsichtlich der Durchführung von Abbrüchen aber gar nicht negativ ins Gewicht fallen, da mit der Zeitbegrenzung der eugenisch intendierten Abtreibungen v.a. die höchst umstrittenen und zumeist für das Weigerungsrecht relevanten Spätabbrüche ausgeschlossen sind. Für Abtreibungen nach der 22.SSW p.c., bei denen es zumeist erst an Bedeutung gewinnt, wäre das Weigerungsrecht also hinfällig.

Vermieden werden kann jedoch nicht, dass Ärzte bzw. klinisches Personal „(...) im Falle der Gefahr einer schwerwiegenden Schädigung des Gesundheitszustandes des erwarteten Kindes (...)“ innerhalb von 22 Wochen seit Empfängnis einen Schwangerschaftsabbruch durchführen müssen, nämlich wenn diese Gefahr eine für „(...) das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren (...)“ auslöst; eine Weigerung bei Vorliegen solcher Konstellationen erscheint auch bei diesem Vorschlag nicht möglich.

Mit diesem Präzisierungsvorschlag hinsichtlich der eugenischen Fallkonstellationen in der medizinisch-sozialen Indikation ist gleichfalls die Pflicht zur sozialen Beratung noch nicht „wiedereingeführt“.¹⁵⁶⁸

Ebenfalls nicht unproblematisch erweist sich beim Vorschlag Gropps die gesonderte statistische Kontrollmöglichkeit der Abbrüche aufgrund einer Behinderung oder einer vorgeburtlichen Schädigung des Kindes.

Zum einen werden zwar Tatbestandsvoraussetzungen im Hinblick auf das Kind aufgestellt; andererseits handelt es sich beim Vorschlag Gropps „nur“ um eine näher konkretisierte, aber doch letztlich medizinisch-soziale Indikation, die sich von den anderen Alternativen dieser Indikation durch ihre Fristgrenze absondert. Gesondert „erfasst“ können daher im Rahmen der medizinischen Indikation nur diejenigen Fälle, die vor der 22. SSW p.c. und die, die nach der 22. SSW p.c. zur Abtreibung führen, wobei erstere allerdings nicht notwendig nur solche bei Behinderung des Kindes sein müssen.

¹⁵⁶⁷ Vgl. Wortlaut des § 12 Abs.2 SchKG

3. Würdigung der Vorschläge

Fraglich ist, ob beide Vorschläge bzw. einer von beiden gegenüber der jetzigen Gesetzesregelung hinsichtlich der eugenischen Fallkonstellationen so zu überzeugen vermag, dass eine Gesetzesänderung in Betracht zu ziehen wäre.

Die Anregung Schumann/Schmidt-Reclas zur Wiedereinführung der bis 1995 geltenden eugenischen Indikation weist zunächst einmal insoweit ein großes Manko auf, als das alle, sich bereits im alten Recht¹⁵⁶⁹ im Zusammenhang mit dieser Indikation und ihren Tatbestandsmerkmalen stellenden Probleme wiederum Geltung erlangen würden, z.B. was für eine „Nichtbehebbarkeit“ gegeben sein muss. Muss eine vollständige und endgültige Heilbarkeit vorliegen oder reicht die wirksame, lediglich symptomatische Therapierbarkeit und Milderung von Schädigungen aus? Welcher Grad von Wahrscheinlichkeit rechtfertigt die Annahme, dass eine nichtbehebare Schädigung vorliegt und ist der „Schwere-Grad“ der voraussichtlichen Schädigung des Kindes objektiv oder subjektiv (an der Mutter und ihrem Zustand) zu bestimmen?¹⁵⁷⁰ Mit der Übernahme der alten Regelung würden also auch „altbekannte“, bisher nicht befriedigend gelöste Schwierigkeiten übernommen.

Negativ an diesem Änderungsvorschlag ist zudem – wie bereits erwähnt – dass er den Eindruck erwecken könnte, mit dem Abheben auf eine bestimmte Schädigung des Ungeborenen sei eine Diskriminierung und Abwertung behinderten Lebens an sich verbunden. Zwar ging und ginge es niemals um die Verhinderung erbkranken Nachwuchses als solchen, sondern allein um die einer befürchteten Belastung der Schwangeren.¹⁵⁷¹ Die Nähe zur medizinischen („mütterlichen“) Indikation würde damit allerdings nicht hervorgehoben.

Ebenso würde eine derartige Regelung, wie von Schumann/Schmidt-Recla unterbreitet, die Diskussion, ob damit ein Verstoß gegen Art.3 Abs.3 S.2 GG anzunehmen ist, von neuem stark beleben. Ein solcher Verstoß ist zwar abzulehnen; allerdings nicht wie Schumann/Schmidt-Recla behaupten, weil ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung hinsichtlich der längeren Abtreibungsmöglichkeit bei behinderten Föten gegeben

¹⁵⁶⁸ Zu den Konsequenzen siehe oben

¹⁵⁶⁹ Fassung gem. dem 15. StÄG

¹⁵⁷⁰ Eine tiefgehende Auseinandersetzung mit der „kindlichen“ Indikation und den hier exemplarisch gestellten Fragen führt Pluisch in „Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik“, 1992.

¹⁵⁷¹ Vgl. Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.38

ist, sondern mit der Begründung, dass bereits keine Benachteiligung „wegen“ der Behinderung vorliegt.¹⁵⁷²

Gropps Präzisierungsratschlag bezüglich der früheren eugenischen Indikation leidet neben den bereits genannten Nachteilen (s.o.) an der Verwendung unbestimmter, wenn auch bestimmbarer Begriffe, die als Voraussetzungen an das behinderte Kind gestellt werden. Mit der „Wiederverwendung“ alter Termini werden auch die damit verbundenen Problemstellungen „wieder eingeführt“.

4. Resümee

Wie die Empfehlung von Schumann und Schmidt-Recla¹⁵⁷³ enthält auch die von Groppe¹⁵⁷⁴ eine Fristbegrenzung für den Schwangerschaftsabbruch. Unabhängig davon, dass erstere diese bei 20 Wochen seit Konzeption und Groppe die Grenze bei 22 Wochen seit Konzeption ansetzt, erscheint fraglich, ob überhaupt eine Frist gegenüber der derzeitigen „fristlosen“ Abbruchmöglichkeit von Vorteil ist. Denn ebenso wie bei anderen Problempunkten wären auch bei einer erneuten zeitlichen Begrenzung die im „alten“ Recht geäußerten Kritikpunkte wieder relevant. Da bereits im Rahmen der vorangegangenen Arbeit¹⁵⁷⁵ auf die Probleme bei Wiedereinführung der Frist eingegangen worden ist, soll darauf verwiesen werden; lediglich folgendes soll zusammenfassend noch einmal angefügt werden:

Das leitende Interesse einer Begrenzung der Abbruchmöglichkeit ist die unerträgliche Situation eines lebenden und behandlungsbedürftigen Feten¹⁵⁷⁶ nach indizierter Abruptio und auch (alternativ) den Fetozid vor Spätabortio auszuschließen. Offensichtlich beugt sich aber die Realität diesem Interesse nicht gänzlich und lässt den Rückzug der Ärzte auf eine solche widerspruchsärmere Position nicht zu.¹⁵⁷⁷ Man muss wohl mit Hille¹⁵⁷⁸ anerkennen, dass die

¹⁵⁷² Siehe unter Pkt. Teil 2.B.III.2.a) genauer dazu

¹⁵⁷³ In MedR 1998, S.497 ff (504)

¹⁵⁷⁴ Formuliert in GiKS Bnd.10,S.285 ff (303)

¹⁵⁷⁵ Siehe unter Pkt. C.I.2.a) (cc) (2)

¹⁵⁷⁶ Eine Ausnahme von der 20-Wochen-Frist p.c. wollen Schumann/Schmidt-Recla (MedR 1998, S.504) für sog. todgeweihte Kinder zulassen. „Sobald ein Sterbenlassen nach der Geburt erlaubt wäre, sollte zu jedem Zeitpunkt der Schwangerschaft auch ein Fetozid möglich sein.“

¹⁵⁷⁷ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.74 ff (78)

¹⁵⁷⁸ Siehe vorherige Fn.

Bevölkerungsmehrheit das „Recht auf Schwangerschaftsabbruch“ nach gravierender pränataler Diagnose für sich allein aus diesem Grund in Anspruch nimmt und sich dieses Recht auch nicht nehmen lassen wird, was immer an korrigierenden Erklärungen und Handlungsmaximen entwickelt wird und der eigene ethische Standpunkt mit dieser Realität nicht in Deckung steht.

Fraglich ist, ob trotzdem auf einer Eingrenzung der Möglichkeit zum Schwangerschaftsabbruch bestanden werden sollte.

Bedacht werden sollte dabei zunächst, obwohl dies nicht als ahlumfassende Rechtfertigung dienen kann, dass Praktiken der kindlichen Zerstückelung noch vor nicht allzu langer Zeit gelehrt wurden, wenn das mütterliche Leben nicht anders zu retten war; dass der Fetozyd also schon mit der historischen Entwicklung der Disziplin Geburtshilfe in die Welt kam.¹⁵⁷⁹

Zum anderen würde mit einer Eingrenzung eine Verschärfung der Situation für Ärzte und Patientinnen einerseits durch eine Illegalisierung von jetzt und (sicherlich auch) später noch angewandten Maßnahmen und andererseits durch den selbst geschaffenen Druck auf perfekte Diagnostik vor der 20. SSW mit möglicher Prozessflut bei Nichterfüllung herbeigeführt.

Zu bedenken ist weiterhin, dass potentiell mit der Eingrenzung das vorhandene Mutterchaftsvorsorgeregime aus den Angeln gehoben würde, da dann jede Schwangere vor der Frist mindestens einmal, wenn nicht mehrfach die Stufe II –Diagnostik durchlaufen müsste. Nur nebenher sei die dabei entstehende Kostenexplosion erwähnt.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass eine „Wiedereinführung“ der zeitlichen Begrenzung für die Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation neben dem Vorteil der Vermeidung oben genauer erläuteter Konsequenzen auch Nachteile mit sich bringt. Die vorgeschlagene Einführung einer Frist ist damit nicht als vorzugswürdiger gegenüber der geltenden fristlosen Regelung anzusehen.

Denn letztlich müssen eine Schärfung des Gewissens und der Verantwortung nicht die Einschränkung der ärztlichen Freiheit bedeuten.¹⁵⁸⁰

Da beide Änderungsansätze insbesondere Wert auf eine Fristgrenze legen, wären sie als Vorlage für eine Gesetzesänderung nicht in Betracht zu ziehen.

¹⁵⁷⁹ Hille, Der Frauenarzt 1999, S.74 ff (75)

¹⁵⁸⁰ So auch Hille, Der Frauenarzt 1999, S.74 ff (79)

Wie oben bei den einzelnen Vorschlägen erwähnt, beinhalten diese – ebenso wie die geltende Regelung in § 218 a II StGB - keine Pflicht zur sozialen Beratung, wenn Konstellationen der ehemaligen eugenischen Indikation vorliegen.

Zwar ist eine solche Beratungspflicht auch wegen des gegebenen Rechtes zur Beratung gem. §§ 2 ff SchKG abzulehnen¹⁵⁸¹; bei Nichteintritt der mit dieser Freiwilligkeit bezweckten Folgen kann jedoch jederzeit auf die „Pflichtberatung“ zurückgegriffen werden, wobei die Forderung danach grundsätzlich in den Fällen mit Behinderung bzw. Schädigung des Kindes (unstrittig) als sinnvoll anzusehen ist.

Nicht ganz unproblematisch ist nur eine z.T. geforderte¹⁵⁸² „umfassende Beratung“. Eine solche dürfte aber in der Mehrzahl der Situationen über die realen Bedingungen und Möglichkeiten hinausgehen und eher einen „Beratungsutopismus“ darstellen.

Festzuhalten ist damit, dass derzeit eine Pflicht zur sozialen Beratung nicht statuiert werden muss, die gesetzliche Festlegung einer solchen jedoch auch möglich wäre, wenn sie sich in realistischen Maßen hielte.

In dieser Hinsicht wäre eine Gesetzesänderung also u.U. angebracht, jedoch wurde sie von keinem der beiden Vorschläge angeregt.

Ohne die Fristbegrenzung ist – wie bereits unter Pkt.C.IV.1. erwähnt – eine (Überlegungs-) Frist zwischen Beratung und durchgeführtem Abbruch wegen ihrer Zweckbestimmung (Übereilungsschutz) obsolet geworden. Daher müsste diese bei obligatorischer Sozialberatung, aber „fristloser“ Abbruchsmöglichkeit auch nicht „wiedereingeführt“ werden.

Fraglich ist, ob die Gewährung eines Weigerungsrechtes bei Abbrüchen von behinderten Ungeborenen angebracht ist und somit eine „Umformulierung“, die ein Weigerungsrecht wieder zulassen würde, stattfinden sollte. Mit Hille¹⁵⁸³ ist festzuhalten, dass gerade der Arzt, insbesondere der Gynäkologe, als Berater, Begleiter und Helfer der Schwangerschaft auch bei dort auftretenden Konflikten in diese involviert ist. Gerade in Entscheidungssituationen, wie der, ob ein Abbruch durchgeführt werden soll oder nicht, sollte der Arzt nicht die solidarische Verbundenheit zur schwangeren Frau aufgeben und diese nach schwerwiegender pränataler Diagnose allein lassen mit der Abgrenzung, er sei nur „für das Leben“ zuständig. Falls der Arzt also die Begleitung und Beratung in Schwangerschaftskonflikten übernimmt, darf er die Augen nicht davor verschließen, dass er potentiell oder tatsächlich (mit-)schuldig an der Tö-

¹⁵⁸¹ Siehe ausführlicher unter Pkt.C. III.2.

¹⁵⁸² So z.B. auch das BVerfG in seinem 2.Urteil zum Schwangerschaftsabbruchsrecht (E 88, 270 ff, 285 ff)

¹⁵⁸³ In: Der Frauenarzt 1999, S.74 ff (76 ff)

tung unschuldigen und wehrlosen embryonalen oder fetalen Lebens sein kann; dass es eine Last seiner Profession ist, die er in den ethischen Grenzen auch auf sich zu nehmen bereit sein muss. Will er dies nicht, muss er sich der Ausübung der Pränataldiagnostik enthalten.

Denn es ist nicht ehrlich, wenn der Gynäkologe zunächst die Diagnose einer fetalen Erkrankung stellt, seine Patientin mit einer normativen ethischen Forderung in dieser Situation der ungewollten Schwangerschaft konfrontiert und ihr dann die Solidarität aufkündigt. Insbesondere bei ethischen Maximalforderungen und Zwangsregelungen sind zudem Zweifel berechtigt: Wäre der Arzt bereit, ein geschädigtes Kind in sein eigenes privates Leben zu integrieren? Eine Spaltung zwischen professioneller Ethik, die Forderungen nur an die anderen stellt und dazu divergierender, eigener privater Praxis stellt (nämlich) selbst einen moralischen Missstand dar.

Eben Gesagtes lässt allerdings nicht zu, dass der Mediziner zum „Dienstleistenden“ der Schwangeren verkommt, indem jedem Patientinnenwunsch entsprochen wird. Trotz Eingehens auf die Schwangere, das Teilen von Entscheidungen und diesen zugrunde liegenden Wertvorstellungen muss der Arzt „Partner“ der Patientin bleiben und darf das historische Erbe der ethischen Anforderungen an den Arzt nicht vergessen.

Insoweit wäre hinsichtlich des Weigerungsrechtes von Ärzten und klinischem Personal selbst bei einem Vorschlag wie von Schumann und Schmidt-Recla wohl zu unterscheiden, ob diese in den Schwangerschaftskonflikt involviert sind und die Forderung der Schwangeren die ärztliche Ethik und Moral übersteigt oder nicht. Unter Berücksichtigung des oben Gesagten dürfte das Weigerungsrecht bei Einbeziehung in die Konflikt- und Entscheidungssituation und einer Wahrung der ärztlichen Identität durch wirkliche Partnerstellung zur Schwangeren auch beim Vorschlag von Schumann und Schmidt-Recla keine volle Geltung erlangen. Damit erscheint deren Änderungsansatz auch deshalb nicht gegenüber der geltenden Regelung bezüglich der eugenischen Fallkonstellationen als vorzugswürdig.

5. Eigener Standpunkt

Es lässt sich insgesamt festhalten, dass die geltende Regelung zwar nicht über jede Kritik erhaben ist; die unterbreiteten Präzisierungsvorschläge vermögen jedoch nicht derart zu überzeugen, dass eine Gesetzesänderung bzw. Neuformulierung in Bezug auf die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Konstellationen anzuraten ist.

Wir befinden uns hier in einem Grenzbereich von Medizin, Ethik und Recht, wobei man akzeptieren muss, dass es sich vor allem um ein zutiefst menschliches Problem handelt, das in seiner Vielschichtigkeit von einer unerhörten Fülle von wägbaren und unwägbaren Faktoren bedingt und gesteuert wird. Da wir bedingt durch die Unterschiede im Standpunkt des Handelnden, seiner Erfahrung, seiner eigenen Probleme, seiner Erziehung, seiner Weltanschauung, seiner Zwänge und Ängste in der Frage der Abtreibung von behinderten Ungeborenen mit einem Kompromiss leben müssen, einem zwischen Gesetz, ärztlicher Verantwortung, menschlichem Verständnis und Glaubensbindung, wird eine Regelung, die sowohl vollumfänglich die Rechte und Interessen der Frau wie auch die des behinderten Ungeborenen berücksichtigt, wohl nie möglich sein. Die nunmehr vom Gesetzgeber des SFHÄndG gefundene Lösung überzeugt daher trotz ihrer aufgezeigten Schwächen.

Denn sie versucht klarzustellen, dass die Tötung eines behinderten Kindes nicht mit der Behinderung an sich gerechtfertigt werden kann.

Gerechtfertigt ist solch eine Tötung nur dann, wenn nach ärztlicher Erkenntnis und gerichtlich überprüfbar entweder eine Gefahr für das Leben oder eine Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der körperlichen oder seelischen Gesundheit der Schwangeren vorliegt.

Richtig ist, dass jede Indikation, nicht nur die vorliegende, sondern auch eine „angeblich strenger gefasste“ missbraucht werden kann.¹⁵⁸⁴ Um derartiges zu vermeiden, kommt es vordergründig nicht auf die Vorschriften an, sondern auf jeden einzelnen der Gesellschaft, unseren Umgang mit Behinderten und wie wir uns gegenüber Müttern verhalten, die ein behindertes Kind zur Welt bringen.¹⁵⁸⁵

Auf der anderen Seite müssen wir aber auch den Wunsch nach einem „gesunden Kind“ akzeptieren. Dieser resultiert in der heutigen Zeit besonders daraus, dass ein viel stärkerer emotionaler Bezug zwischen Eltern und Kindern gegeben ist und Kinder auch für die Selbstverwirklichung der Eltern an Bedeutung gewonnen haben. Nicht vergessen werden darf zudem, dass, auch wenn das Leben mit dem Behinderten Freude und Glück enthält, dieses gleichzeitig eine ungeheure Vielfalt an Schwierigkeiten, Sorgen, Nöten, Leiden mit sich bringt. Es kann nur getragen werden, wenn stets eine Fülle von Voraussetzungen gegeben ist und dies ist abhängig vom Schweregrad der Schädigung, von der Struktur und Stabilität der Ehe, der Fa-

¹⁵⁸⁴ So auch Göhner, BT-Plenarprot. 13/47, S.3782

¹⁵⁸⁵ Ähnlich Eichhorn, BT-Plenarprot. 13/47, S.3756

milie, der Haltung der Umwelt, der materiellen Sicherheit, der Solidarität der Nachbarn, den heilpädagogischen Betreuungsmöglichkeiten usw.

Die geltende gesetzliche Regelung stellt einen akzeptablen Kompromiss zwischen dem Schutz des ungeborenen (behinderten) Kindes auf der einen Seite und dem Interesse an einem gesunden Kind auf der anderen Seite dar. Die aufgezeigten Schwächen sollten nicht durch eine Neuregelung, sondern durch gesellschaftliche Bemühungen abgebaut werden, die die Annahme eines Kindes auch unter schwierigen äußeren Bedingungen erleichtern und das Bewusstsein für den Wert und die Würde des menschlichen Lebens von Anfang an vertiefen.

Teil 3: Vergleich mit den Regelungen eugenisch motivierter Abtreibungen in Tschechien und Ungarn

D. REGELUNG DES SCHWANGERSCHAFTSABBRUCHES IN TSCHECHIEN

Von den Umwälzungs- und Demokratisierungsprozessen von 1990, die eine Änderungswelle vor allem im Bereich des Rechts nach sich zogen, scheint das tschechische Recht betreffend den Schwangerschaftsabbruch unberührt geblieben zu sein.

Mit Ausnahme einzelner Hinzufügungen¹⁵⁸⁶ gelten die Bestimmungen des StGB der früheren CSSR, das Gesetz des tschechischen Nationalrates vom 20. Oktober 1986 über den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft¹⁵⁸⁷ und die dazugehörige Kundmachung des Gesundheitsministeriums der Tschechischen Sozialistischen Republik vom 7. November 1986 über die Durchführung des Gesetzes des Tschechischen Nationalrates¹⁵⁸⁸ fort.

¹⁵⁸⁶ Dazu gleich noch genauer

¹⁵⁸⁷ In: Sbirka zákonu, Pos.66 /1986

¹⁵⁸⁸ In Sbirka zákonu, Pos.75 / 1986

I. Kurzer geschichtlicher Abriss

Das zunächst seit dem Bestehen der Tschechoslowakei geltende Recht des Schwangerschaftsabbruchs mit seinem grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruches erfuhr erstmals 1957 eine grundlegende Änderung. Ausgehend vom Einfluss des 1955 in der UdSSR eingeführten Fristenmodells kam es zu einer Liberalisierung dieses Rechts durch die Übernahme des Grundmodells der Fristenlösung.¹⁵⁸⁹ Allerdings folgte schon Anfang der 70er Jahre eine Einschränkung der Möglichkeiten für einen legalen Schwangerschaftsabbruch. Die Kundmachung vom April 1973, welche an die Stelle der entsprechenden Kundmachung von 1961 trat, bewirkte diese Begrenzung der Fristenlösung.¹⁵⁹⁰ Danach war dann die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruches in jedem Fall, unabhängig von der Dauer der Schwangerschaft, genehmigungspflichtig.¹⁵⁹¹ Die Genehmigung wurde von besonderen Schwangerschaftsabbruchskommissionen erteilt, wobei die Voraussetzungen für eine solche Genehmigung das Vorliegen bestimmter in den Vorschriften näher bezeichneter Indikationen (medizinische mit eugenischer; soziale bzw. „kriminologische“ Indikation) gewesen ist.¹⁵⁹²

1986 vollzog sich in der Tschechoslowakei erneut eine Reform des Rechts des Schwangerschaftsabbruches, welche eine Renaissance des Fristenmodells mit sich brachte. Die sodann gültigen Regelungen, das Gesetz vom 20.10.1986 über den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft, die Kundmachung des Gesundheitsministeriums der Tschechischen Sozialistischen Republik vom 07.11.1986 über die Durchführung des Gesetzes Nr. 66/1986 und das StGB vom 29.11.1961, gelten – wie oben schon erwähnt – fort. Demzufolge werden diese als weiterhin verbindliches Recht des Schwangerschaftsabbruches nachfolgend genauer erläutert. Auf vorgenommene Änderungen im Vergleich zum früheren Recht wird an der jeweils entsprechenden Stelle eingegangen.

Das vorliegende Schwangerschaftsabbruchsrecht ist als ein Verbot des nicht nach den gesetzlichen Vorschriften in zulässiger Art und Weise vorgenommenen künstlichen Schwangerschaftsabbruches aufzufassen. Damit ist klar, dass nicht ein grundsätzliches Verbot besteht, pönalisiert sind nur bestimmte Abbrüche.

Bestimmend für das geltende Recht sind zum einen die §§ 227- 229 tschechisches StGB¹⁵⁹³, zum anderen besondere Normativakte, wie das Gesetz vom 20.10.1986 und die noch unter-

¹⁵⁸⁹ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1676 ff

¹⁵⁹⁰ Eser/Koch a.a.O.

¹⁵⁹¹ Radvanova/Stolpe, NJ 1989, S.239

¹⁵⁹² Radvanova/Stolpe, NJ 1989, S.239

halb eines Gesetzes rangierende Durchführungsverordnung Nr.75/1986. Während die beiden letzteren die Voraussetzungen, unter denen der Abbruch vorgenommen werden darf sowie das dabei anzuwendende Verfahren regeln (also den legalen Abbruch), verbleibt der Anwendung durch die strafrechtlichen Normen nur die Abtreibungen unter Verletzung der eben genannten Vorschriften (also der illegale Abbruch).¹⁵⁹⁴

Zum besseren Verständnis sollen vorab grundlegende Positionen der gesetzlichen Regelung zum Schwangerschaftsabbruch in Tschechien dargelegt werden.

II. Grundkonzeption

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Mit dem Gesetz Nr.23 / 1991 vom 09.01.1991 wurde in Tschechien der Schutz des ungeborenen Lebens in die „Charta der bürgerlichen Grundrechte“ aufgenommen.¹⁵⁹⁵ Während die Verfassung der CSSR von 1960 in keinsten Weise auf die Problematik des Schwangerschaftsabbruches und der davon betroffenen Rechtsgüter einging¹⁵⁹⁶, ist nunmehr in Art. 6 Abs.1 ausdrücklich das menschliche Leben schon vor der Geburt des Schutzes wert.

Ob damit ebenfalls die Anerkennung des ungeborenen Lebens als Schutzgut der geltenden Schwangerschaftsabbruchsbestimmungen verbunden ist, obwohl in den Vorschriften selbst das entstehende menschliche Leben nicht als solches Gut aufgeführt ist, soll nicht vertiefend geklärt werden.

2. Schutzgüter und ihr Stellenwert

Bei der Bestimmung der Güter, die durch die Abbruchsbestimmungen und durch die entsprechenden strafrechtlichen Normen geschützt werden sollen, müssen vor allem die vom Norm-

¹⁵⁹³ In der Fassung vom 29.11.1961

¹⁵⁹⁴ In § 228 StGB heißt es ausdrücklich: „ Wer mit Zustimmung einer Schwangeren deren Schwangerschaft anders als auf die nach den gesetzlichen Vorschriften über die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung zulässige Art unterbricht, wird mit Freiheitsentziehungbestraft.“

¹⁵⁹⁵ Eser/ Koch, Internationaler Vergleich I, S.171

¹⁵⁹⁶ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1680

geber selbst genannten Ziele berücksichtigt werden, die durch die jeweilige Regelung des Problems erreicht werden sollen.¹⁵⁹⁷

Gem. § 1 des Gesetzes Nr.66 / 1986 wird lediglich das Leben und die Gesundheit der Frau als Schutzgut hervorgehoben.¹⁵⁹⁸ Bevölkerungspolitische Interessen des Staates sind dagegen nicht genannt. Die Anerkennung des ungeborenen Lebens als Schutzgut der Schwangerschaftsabbruchsbestimmungen im tschechoslowakischen Schrifttum könnte durch die Einfügung in Art.6 Abs.1 der tschechischen Charta der bürgerlichen Rechte nunmehr auch von gesetzgeberischer Seite erfolgt sein. Dem steht nicht entgegen, dass die geltenden, speziellen Vorschriften, Gesetz Nr.66 / 1986 und die entsprechende Kundmachung Nr.75 / 1986, dieses unberücksichtigt lassen.

Der Stellenwert, der dem zu schützenden Leben und der Gesundheit der Schwangeren zukommt, lässt sich auch anhand des zwingend vorgeschriebenen Fehlens von Kontraindikationen (§ 4 G Nr.66 / 1986), der Pflicht zur Durchführung des Abbruchs in einer stationären Gesundheitseinrichtung sowie der unverzüglichen Vornahme ablesen (§ 6 VO Nr.75 / 1986). Die hervorgehobene Position des eben genannten Schutzgutes kommt weiterhin in dem postulierten Vorrang der Schwangerschaftsverhütung vor dem Schwangerschaftsabbruch zum Ausdruck.¹⁵⁹⁹ Zum einen findet dieser Niederschlag in den Vorschriften der „Vorbeugung der ungewollten Schwangerschaft“ - § 2 des Gesetzes Nr.66 / 1986: „durch Ausnutzung der Mittel zur Schwangerschaftsverhütung“; § 3 ebd. „Mittel zur Schwangerschaftsverhütung ...sind...unentgeltlich“- wie auch den Bestimmungen über das Vorgehen bei der Durchführung des künstlichen Abbruchs, § 7 ebd. mit der Pflichtbelehrung „über (...) schwangerschaftsverhütende Methoden und Mittel“.

3. Regelungs-Grundmodell

Das geltende tschechische Recht des Schwangerschaftsabbruches unterscheidet zwischen legalen¹⁶⁰⁰ und illegalen¹⁶⁰¹ Abbrüchen.

Im Rahmen der legalen Abbrüche wird das Modell der Fristenlösung verfolgt.

¹⁵⁹⁷ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1681

¹⁵⁹⁸ Eser/Koch ebd. S.1709

¹⁵⁹⁹ Eser/Koch ebd., S.1709

¹⁶⁰⁰ Gemäß der vorgegebenen Vorschriften über den künstlichen Abbruch

¹⁶⁰¹ Alle Abbrüche, die nicht nach den vorgegebenen Vorschriften erfolgen und im Strafgesetzbuch mit Strafe bedroht sind

4. Zeitliche Ein- und Abgrenzung

(a) Beginn

Der Begriff „Beginn der Schwangerschaft“ wird in den Abbruchsbestimmungen von Tschechien nicht definiert.

Allerdings wird im tschechischen Schrifttum¹⁶⁰² unter dem Beginn der Zeitpunkt der Befruchtung angesehen. Ungeachtet dessen gelten mechanische Verhütungsmittel, denen eine nidationshemmende Wirkung zugeschrieben wird, z.B. Intrauterin pessare, als zulässige Empfängnisverhütungsmittel.

(b) Abgrenzung zur Kindestötung

Das tschechische Strafrecht besitzt einen gesonderten Straftatbestand der Kindestötung, § 220 tschechisches StGB i.d.F. von 1961. Eine derartige Tötung liegt vor, wenn diese durch die Mutter „bei der Geburt oder gleich danach“ erfolgt. Dass damit eine allgemeine, auch für die Tatbegehung durch andere Personen maßgebliche Abgrenzung formuliert ist, davon wird man ausgehen können. „Über die Interpretation des Merkmals >bei der Geburt< ist jedoch nichts Näheres bekannt.“¹⁶⁰³

5. Geltendes Recht

(a) Der nach geltendem Recht erlaubte Schwangerschaftsabbruch

aa) Überblick

Dem Gesetz über die künstliche Unterbrechung der Schwangerschaft (Nr.66/1986) und der dazugehörigen Kundmachung (vom 07.11.1986) zufolge hat die schwangere Frau in den ers-

¹⁶⁰² So nach Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1682 ff

¹⁶⁰³ Siehe Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1683

ten 12 SSW einen Rechtsanspruch¹⁶⁰⁴ auf die Vornahme des Schwangerschaftsabbruches.¹⁶⁰⁵ Dieses Recht kann ihr nur beim Vorliegen einer gesundheitlichen Kontraindikation¹⁶⁰⁶ versagt werden, vgl. § 4 Gesetz Nr.66/1986.

Nach Ablauf der 12-Wochen-Frist, innerhalb derer sie ohne jegliche Begründung die Abtreibung verlangen kann, wird ein Abbruch aus gesundheitlichen Gründen nur vorgenommen, wenn durch die Austragung der Schwangerschaft das Leben oder die Gesundheit der Frau, ferner die gesunde Entwicklung des Fötus bedroht ist, sowie bei einer fehlerhaften genetischen Entwicklung des Fötus, vgl. § 5 Gesetz Nr.66/1986.

Zeitlich unbegrenzt ist nur die vitale Indikation (Leben der Frau, siehe § 2 Abs.1 Kundmachung vom 7.11.1986); genetische Gründe hingegen lassen einen Abbruch nur bis zum Beginn der 24.SSW zu, vgl. § 2 Abs.2 der Kundmachung vom 7.11.1986.

Nach diesem Überblick soll nun näher auf die Voraussetzungen für den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft aus gesundheitlichen Gründen – also dem Abbruch jenseits der 12-Wochen-Frist – eingegangen werden.

bb) Voraussetzungen beim Abbruch aus gesundheitlichen Gründen

Aufgeführt sind die Voraussetzungen in § 5 des Gesetzes Nr.66/1986. Eine Konkretisierung des § 5 erfolgt durch § 2 der dazu ergangenen Kundmachung.

„Gesundheitliche Gründe“, welche eine Bedrohung für das Leben oder die Gesundheit der Frau bzw. die gesunde Entwicklung des Fötus darstellen, sind in einem Verzeichnis der Krankheiten, Syndrome und Zustände im Anhang der Kundmachung aufgeführt. Die fehlerhafte genetische Entwicklung des Fötus zählt auch hinzu, vgl. den Wortlaut des § 5 des Gesetzes Nr.66/1986. Präzisiert wird die Bedrohung der gesunden Entwicklung des Fötus, insbesondere die mit Fehlern behaftete genetische Entwicklung, nun durch § 2 der Kundmachung zu Gesetz Nr.66/1986.

¹⁶⁰⁴ Dieser sollte Ausdruck der Gleichberechtigung der Frau in allen Bereichen des gesellschaftlichen und familiären Lebens sein und ist es noch immer. Die Schwangere selbst soll über die Anzahl, den Zeitpunkt und die zeitliche Aufeinanderfolge von Geburten –also über die Austragung der Schwangerschaft – in eigener Verantwortung entscheiden.

¹⁶⁰⁵ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1710; Radvanova/Stolpe, NJ 1989, S.239

¹⁶⁰⁶ Diese sind in der Kundmachung zum Gesetz Nr.66/1986 in § 1 aufgezählt: a) ein Gesundheitszustand der Frau, der das gesundheitliche Risiko im Zusammenhang mit einem künstlichen Abbruch der Schwangerschaft wesentlich erhöht, insbesondere eine Entzündungskrankheit und b) ein künstlicher Abbruch der Schwangerschaft, der innerhalb der letzten sechs Monate vorgenommen worden ist, mit Ausnahme der Fällen, in denen (1) die Frau bereits 2 Geburten hatte oder (2) die Frau das 35. Lebensjahr erreicht hat oder (3) ein begründeter Verdacht besteht, daß die Frau infolge einer an ihr begangenen Straftat schwanger geworden ist.

Dort berechtigen lediglich die schwere Schädigung des Kindes oder die Lebensunfähigkeit, welche sich auch auf die genetischen Abweichungen gründen können, zur Abtreibung nach Ablauf der 12. SSW. Die Dauer der Schwangerschaft wird dabei in abgeschlossenen Wochen, beginnend vom ersten Tag der letzten Menstruation, bestimmt.¹⁶⁰⁷

Während die Lebensunfähigkeit medizinisch festlegbar ist, fällt die Bestimmung der „Schwere“ der Schädigung nicht problemlos aus. Eine Erläuterung, was darunter zu verstehen ist, fehlt im Gesetzes- und Kundmachungstext. Es könnte davon ausgegangen werden, dass die Schwere der Schädigung des Fötus der Lebensunfähigkeit gleichkommen muss. Das ist aber deshalb abzulehnen, weil beide Varianten in § 2 Abs.1 der Kundmachung zum Gesetz Nr.66/1986 alternativ – verbunden durch „oder“ – genannt sind. Wann deshalb der Fötus so schwer geschädigt ist, dass ein gesundheitlicher Grund für einen Abbruch nach der 12. SSW vorliegt, ist nicht eindeutig geklärt.

Dagegen ist eine klare zeitliche Grenze für den Schwangerschaftsabbruch bei Bedrohung bzw. Schädigung des Fötus gesetzt: der Eingriff kann spätestens bis zum Beginn der 24. SSW vorgenommen werden, vgl. § 2 Abs.2 der Kundmachung.

Zeitlich unbegrenzt sind lediglich die Schwangerschaftsabbrüche bei vitaler Indikation (Leben der Mutter).

Falls eine schwere Schädigung oder Lebensunfähigkeit des Fötus nachgewiesen ist und dies auch innerhalb der vorgeschriebenen Zeit, ist fraglich, ob Kontraindikationen gleichermaßen bei einer Abtreibung aus gesundheitlichen Gründen, insbesondere bei genetischen Gründen, die Abbruchmöglichkeit ausschließen. Zwar spricht § 1 der Kundmachung zum Gesetz Nr.66/1986 von „(...) gesundheitlichen Gründen, bei deren Vorliegen ein (allgemeiner) künstlicher Abbruch der Schwangerschaft auf Verlangen der Frau nicht vorgenommen werden darf (...)“. Auch Radvanova /Stolpe scheinen von der Geltung der Gegenindikationen unabhängig von den Gründen, auf die der Schwangerschaftsabbruch gestützt wird, auszugehen.¹⁶⁰⁸ Allerdings sind diese als Bedingung ausdrücklich nur i.R.d. Fristenlösung von 12 Wochen aufgeführt, § 4 des Gesetzes Nr.66/1986. Zudem scheinen die sich gegenüberstehenden Risiken – die, welche die Kontraindikationen auslösen und die, die einen gesundheitlichen Grund für den Schwangerschaftsabbruch ausmachen - von gleichem Gewicht zu sein. Insoweit wird wohl eine Abtreibung beim Vorliegen eugenischer Gründe trotz Gegenindikation zumindest möglich sein.

¹⁶⁰⁷ So § 4 Abs.1 S.2 der Kundmachung vom 7.11.1986

Voraussetzung für die Vornahme des Schwangerschaftsabbruches bis zum Beginn der 24. SSW ist jedoch – wie schon im bisherigen Recht - die Einwilligung der schwangeren Frau.¹⁶⁰⁹ Dies gilt auch dann, wenn wegen der festgestellten fehlerhaften Entwicklung des Fötus vom Arzt der zuständigen Gesundheitseinrichtung der Eingriff empfohlen wird, vgl. § 3 Abs.3 der Kundmachung zum Gesetz Nr.66/1986. Eine rechtliche Möglichkeit, eine Schwangerschaft ohne Einwilligung der Frau abzubrechen, ist nicht vorgesehen. Ausdrücklich hebt v.a. noch einmal § 228 Abs.3 tschech. StGB auf das Einwilligungserfordernis ab, welches nämlich den Abbruch ohne Zustimmung unter Strafe stellt.

Festgehalten werden kann damit, dass bei Zustimmung der Schwangeren bis zum Beginn der 24. SSW ein Schwangerschaftsabbruch ausdrücklich auch auf eugenische Gründe, Gründe die in einer fehlerhaften Entwicklung/Schädigung des Kindes begründet liegen, gestützt werden kann.

cc) Verfahrensrechtliche Vorschriften

In verfahrensrechtlicher Hinsicht muss die schwangere Frau gem. § 7 des Gesetzes Nr.66/1986 den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft schriftlich beantragen. Zuständige Stelle dafür ist der Frauenarzt in der Einrichtung des Gesundheitswesens, die für den ständigen Aufenthalt bzw. für den Ort des Arbeitsplatzes oder der Schule verantwortlich ist. Zur Feststellung der gesundheitlichen Gründe für den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft ist der Leiter der Abteilung der Gesundheitseinrichtung befugt, die für die Erkrankung zuständig ist, oder ein von ihm bestimmter Vertreter, § 3 II Kundmachung vom 7.11.86. Damit befindet der Arzt, ob die Voraussetzungen für den Abbruch erfüllt sind.¹⁶¹⁰ Sind diese jedoch gegeben, bestimmt er zusätzlich die Gesundheitseinrichtung, in der der Eingriff vorgenommen wird (§ 7 des Gesetzes Nr.66/1986). Einen Rechtsanspruch auf die Vornahme des

¹⁶⁰⁸ NJ 1989, S.239

¹⁶⁰⁹ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S. 1710

¹⁶¹⁰ Gem. § 4 Abs.1 der Kundmachung untersucht der Frauenarzt der zuständigen Gesundheitseinrichtung die schwangere Frau, stellt die Dauer der Schwangerschaft fest, prüft, ob gesundheitliche Gründe vorliegen, die gegen den Eingriff sprechen und verfaßt anschließend den Befund. Die Frau muß im Gegenzug die Mitteilung des Befundes und die stattgefundene Beratung der Gesundheitseinrichtung gegenüber bestätigen. Sollten die Voraussetzungen für den Abbruch gem. § 5 des Gesetzes nach Ansicht des Arztes nicht vorliegen, kann die Frau gem. § 8 des Gesetzes Nr.66/1986 vorgehen.

Schwangerschaftsabbruches nach der 12. SSW hat die Schwangere bei gesundheitlichen Gründen nicht. Ein solcher ist nur in den ersten 12 SSW gegeben.¹⁶¹¹

Zuvor ist der Arzt obligatorisch verpflichtet, „(...) die Frau über die möglichen gesundheitlichen Folgen des künstlichen Abbruchs der Schwangerschaft sowie über die Art und Weise der Benutzung schwangerschaftsverhütender Methoden oder Mittel zu belehren“. Diese in § 7 des Gesetzes Nr.66/1986 vorgeschriebene Pflichtberatung unterstützt das vom tschechoslowakischen Gesetzgeber favorisierte Schutzgut des Lebens und der Gesundheit der Frau und den in dessen Interesse gefundenen Grundsatz des Vorrangs der Schwangerschaftsverhütung vor dem Schwangerschaftsabbruch.¹⁶¹²

Dem oben genannten Schutzgut – Leben und Gesundheit der Frau – entsprechend, muss der Eingriff ebenfalls stationär in einer Einrichtung des Gesundheitswesens vorgenommen werden, vgl. § 6 Abs.1 der Kundmachung vom 7.11.1986. Diese Gesundheitseinrichtung ist wiederum zur Meldung an den zuständigen Kreisarzt sowie die Kreisabteilung für Volksgesundheit verpflichtet (§ 7 der Kundmachung).

Für alle beteiligten Personen des künstlichen Abbruchs gilt aber ansonsten die Schweigepflicht in Bezug auf alle Gegebenheiten, über die sie im Zusammenhang mit dem Abbruch der Schwangerschaft Kenntnis erlangen und die berechnigte Interessen der Frau betreffen¹⁶¹³.

Geregelt für den Abbruchseingriff aus gesundheitlichen Gründen, zu denen auch die fehlerhafte gesundheitliche bzw. genetische Entwicklung des Fötus zählt, ist die komplette Kostenübernahme durch den Staat.¹⁶¹⁴ Ausdrücklich bestimmt § 11 des Gesetzes Nr.66/1986, dass die Frau (nur) „(...)für den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft gem. § 4 (...)“ eine Gebühr zu entrichten hat.

Ein Weigerungsrecht des medizinischen Personals, an einem legalen Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken, war in den ursprünglichen Vorschriften über den künstlichen Abbruch von 1986, dem Gesetz Nr.66/1986 und der dazugehörigen Kundmachung vom 7.11.1986, nicht vorgesehen. Man sah ein solches Recht als systemwidrig an, denn der Schwangerschaftsabbruch konnte grundsätzlich nur in der dafür bestimmten und für die Schwangere örtlich zuständigen stationären Einrichtung vorgenommen werden.¹⁶¹⁵ „Personen, die aus religiösen oder anderen Gründen an einem legalen Schwangerschaftsabbruch nicht mitwirken mochten, hatten lediglich die Möglichkeit, sich in eine andere dazu nicht ermächtigte Einrich-

¹⁶¹¹ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S. 1710

¹⁶¹² Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1709

¹⁶¹³ siehe § 8 der Kundmachung vom 7.11.1986

¹⁶¹⁴ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1711

¹⁶¹⁵ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1698

tung versetzen zu lassen.“¹⁶¹⁶ Aus dem Jahr 1990 existiert nun allerdings eine interne Richtlinie des Gesundheitsministeriums¹⁶¹⁷, die den Ärzten und dem medizinischen Personal das Recht gibt – außer im Falle eines medizinisch indizierten Abbruchs – sich zu weigern, bei der Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs mitzuwirken. Sprechen für den künstlichen Abbruch „eugenische“ Gründe, ist also der Fötus schwer geschädigt oder lebensunfähig, müsste das Weigerungsrecht seine Wirkungen entfalten können; eine reine medizinische Indikation liegt dann im Zweifel – wie aus der Teilung hinsichtlich der Einhaltung einer Frist (bis zur 24. SSW) ersichtlich ist - nicht vor.

(b) Der nach geltendem Recht unerlaubte Abbruch

Ein unerlaubter (rechtswidriger) Schwangerschaftsabbruch im Sinne des geltenden Strafgesetzbuches von 1961 liegt – wie schon erwähnt – nur vor, wenn der Eingriff unter Verletzung der Abbruchsbestimmungen¹⁶¹⁸, Nichteinhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens, Missachtung bzw. Umgehung der gesetzlich vorgesehenen Gegenindikationen, Eingriff trotz Nichtvorliegens der Voraussetzungen usw., erfolgt: „Wer mit Zustimmung einer Schwangeren deren Schwangerschaft anders als auf die nach den gesetzlichen Vorschriften über die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung zulässige Art unterbricht (...)“, vgl. § 228 Abs.1 tschech. StGB.

Der Abtreibungstatbestand ist dabei erfüllt, wenn infolge der Abtreibungshandlung die Leibesfrucht abgetötet wird. Die Art und Weise der Erfolgsherbeiführung, z.B. Tötung im Mutterleib, so dass es zu einer Totgeburt kommt oder vorzeitiger Abgang der lebensunfähigen Frucht, wie auch die eingesetzten Mittel und Methoden sind gleichgültig. Die Strafbarkeit setzt Vorsatz voraus. Das Zustimmungserfordernis zu Abbruch durch die Schwangere zeigt, dass der Täter Kenntnis von der bestehenden Schwangerschaft gehabt und gewusst haben muss, dass er die Schwangerschaft rechtswidrig (entgegen den Vorschriften) abbricht.

Im tschechischen Recht kann Täter einer unerlaubten (rechtswidrigen) Unterbrechung der Schwangerschaft nur ein anderer als die Schwangere selbst sein (strafbare Fremdatbreibung gem. § 228 StGB). Die Selbstabtreibung ist ausdrücklich von Strafe ausgenommen, vgl. § 229

¹⁶¹⁶ Eser/Koch a.a.O.

¹⁶¹⁷ Diese Richtlinie ist nicht publiziert

¹⁶¹⁸ Gesetz Nr.66/1986 und der dazugehörigen Kundmachung vom 7.11.1986

tschech. StGB. Begründet wird dies damit, dass die strafrechtlichen Repressionen gegenüber selbst abtreibenden Frauen sich in der Praxis als wenig effektiv erwiesen haben und zudem nicht dem Bewusstseinsstand der Gesellschaft entsprechen.¹⁶¹⁹ Dieses Privileg der Straflosigkeit soll aber nur der Frau zukommen.¹⁶²⁰ Deshalb wird in § 227 tschech. StGB zum einen die Beihilfe bzw. Anstiftung zur Selbstabtreibung, wo doch eine strafbare Vortat fehlt, wie auch zum anderen der illegale Schwangerschaftsabbruch mit Strafe bedroht.

6. Ergebnis

Bei dieser eben vorgestellten tschechischen Regelung der Schwangerschaftsunterbrechung, welche doch eine recht großzügige ist und Abtreibungen in relativ breitem Maße zulässt, handelt es sich nicht um eine wichtige politische Frage wie bspw. in Polen. Weitgehend unbeeinflusst von der römisch-katholischen Kirche versucht sie, dem gesamteuropäischen Trend der Entwicklung der Persönlichkeitsrechte der Frauen zu folgen. Sie geht davon aus, dass eine verstärkte Normierung allein zu einer starken Verhärtung der Fronten führen würde, das eigentliche Problem durch den Gang der schwangeren Frauen zu sog. „Engelmachern“ aber nicht gelöst würde.

III. Vergleich des geltenden tschechischen Rechts des Schwangerschaftsabbruchs v.a. in Bezug auf „eugenische“ Gründe zu dem Recht in der Bundesrepublik

1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Grundlegend anders ist die Regelung innerhalb beider Normenkomplexe, welche Konsequenzen die Strafbegründung bzw. Straflosigkeit nach sich zieht.

Während in Tschechien eine Teilung erfolgt in erlaubte, also nach den gesetzlichen Vorschriften über die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung vorgenommene gem. Gesetz

Nr.66/1986 und der dazugehörigen Kundmachung vom 7.11.1986, und unerlaubte, eine an-

¹⁶¹⁹ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1700

¹⁶²⁰ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1700

ders als nach den eben genannten Vorschriften vorgenommene und deshalb unter die Normen des tschechischen StGB fallende, Schwangerschaftsabbrüche stattfindet, bestimmt sich die Strafbarkeit im deutschen Abbruchsrecht allein aus dem StGB. Dort bildet § 218 die Grundregel mit seinem grundsätzlichen Verbot der Schwangerschaftsabbrüche und der allein in § 218 a StGB aufgeführten Ausnahmefälle. Die Strafbarkeit der Handlung ist demnach die Regel, von der nur in äußersten Fällen abgewichen werden kann und darf.¹⁶²¹ Demgegenüber lassen die den Abbruch erlaubenden Vorschriften und das erst danach eingreifende Strafgesetzbuch in Tschechien den Schluss zu, dass die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs – auch mit Blick auf die Fristenlösung – eher die Ausnahme ist.

Ähnlich geregelt ist hingegen in Tschechien wie in Deutschland die Abfolge innerhalb der Straffreistellungsgründe. Sowohl in Tschechien greift zunächst eine Fristenlösung in den ersten 12 Schwangerschaftswochen und jenseits der 12-Wochen-Frist ein der Indikationslösung nahe liegendes Modell ein, wie auch in Deutschland, wo bis zur 12.SSW nach Empfängnis die Möglichkeit für „beratene Abbrüche“, welche faktisch einer Fristenlösung gleichkommt besteht, an die sich eine Indikationsregelung mit festgelegten Ausnahmelagen (§ 218 a) anschließt.

Gleich ist in beiden Ländern auch, dass das vom Schwangerschaftsabbruch betroffene menschliche Leben im Rahmen der jeweiligen Verfassung Schutz gefunden hat. Wie in Deutschland dem ungeborenen Leben das Lebensrecht aufgrund seiner Existenz zusteht und daher unter „jedem“ gleichfalls das Ungeborene zu verstehen ist, so ist im tschechischen Verfassungsgesetz von 1991 ausdrücklich in Art.6 Abs.1 „(...) das menschliche Leben...schon vor der Geburt des Schutzes wert.“

Allerdings unterscheiden sich beide in den daraus zu ziehenden Folgen. Während in Deutschland aus dem gewährten Lebensrecht eine Schutzpflicht des Staates für dieses Leben und daraus wieder ein vom Gesetzgeber aufzustellendes, grundsätzliches Verbot des Schwangerschaftsabbruchs geschlussfolgert wird¹⁶²², scheint der Schutz für das ungeborene menschliche Leben in der tschechischen Regelung nur insoweit einzugreifen, als die Vorschriften über den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft missachtet werden, vgl. § 228 Abs.1 tschech. StGB.

In beiden Regelungskomplexen gleichermaßen wird das Bestehen einer „eugenisch begründeten“ Abbruchsmöglichkeit anerkannt. So ging und geht bspw. der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass „(...)durch die Formulierung der medizinischen Indikation in § 218 a Abs.2

¹⁶²¹ So auch das BVerfG in seinem 2.Urteil, E 88, 255

StGB...diese Fallkonstellationen (betreffend die eugenische Indikation) aufgefangen werden“. Im tschechischen Recht zählt die Bedrohung der gesunden Entwicklung des Fötus bzw. die fehlerhafte genetische Entwicklung des Fötus ausdrücklich zu den in § 5 des gültigen Gesetzes Nr.66/1986 und § 2 der dazugehörigen Kundmachung genannten „gesundheitlichen Gründen“, die eine künstliche Unterbrechung zulassen.

Letzteres zeigt jedoch auch, dass die Formulierung dieses Abbruchsgrundes unterschiedlich ausfällt. Während in Tschechien eine eindeutige Regelung in eben genannten Paragraphen getroffen wurde, geht § 218 a StGB n.F. als die alle Straffreistellungsgründe umfassende Vorschrift auf eine mögliche Behinderung /Schädigung des Kindes nicht ein; eine Erwähnung im Gesetzeswortlaut gibt es nicht. Vielmehr können die der ehemaligen eugenischen Indikation zugeordneten Fälle nur dann noch zu einem gerechtfertigten Abbruch führen, wenn unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse dieser nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine – nicht zumutbare - Gefahr für das Leben oder eine Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden.¹⁶²³ Damit hängt die Abtreibungsmöglichkeit bei Behinderung/Schädigung des Kindes eigentlich nur vom Zustand der Mutter ab, weil letztlich eine medizinisch-soziale Indikation gem. § 218 a StGB n.F. vorliegt.

In Tschechien dagegen spielt beim behinderten Kind nur dessen eigener Zustand die entscheidende Rolle, das Leben oder die Gesundheit der Frau müssen nach dem Gesetzeswortlaut (§ 5 des Gesetzes Nr.66/1986) dabei nicht notwendigerweise gleichzeitig angegriffen sein.

Diese Bindung an die Schwangere und ihre gesundheitliche Verfassung ist schließlich für unterschiedliche Folgen verantwortlich. So führt dies in der bundesdeutschen Regelung des Schwangerschaftsabbruches dazu, dass es keine Befristung für die Fälle, in denen ein behindertes Kind erwartet wird, mehr gibt. Denn diese beurteilen sich ja nach der medizinisch-sozialen Indikation, für die es keine zeitliche Begrenzung gab und gibt.¹⁶²⁴ Demgegenüber geht in Tschechien der das Gesetz Nr.66/1986 konkretisierende § 2 der Kundmachung vom 7.11.1986 in seinem Absatz 2 davon aus, dass bei Bedrohung bzw. Schädigung des Fötus nur bis zum Beginn der 24. SSW ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen werden kann.¹⁶²⁵ Zwar gehören die genetischen zu den gesundheitlichen Gründen hinzu; allerdings sind im

¹⁶²² Siehe die Leitsätze 1-4 des Urteils des Zweiten Senats vom 28.Mai 1993, BVerfG E 88, 203 ff

¹⁶²³ S.o. unter Pkt.Teil 2.B.III.3.

¹⁶²⁴ Vgl. Pkt.Teil 2.C.I.1.

¹⁶²⁵ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S. 1710

tschechischen Abbruchsrecht lediglich der vitalen Indikation keine zeitlichen Grenzen gesetzt.¹⁶²⁶

Unterschiedlich dürfte sich auch die Inanspruchnahme des Weigerungsrechts zur Durchführung einer Abtreibung gestalten. Während im deutschen Recht im Falle eines behinderten Kindes eine medizinisch-soziale Indikation gem. § 218 a gegeben sein muss, und dies wegen der dann vorliegenden Gefahr des Todes der Mutter oder der schweren Gesundheitsbeschädigung zur Verneinung des Weigerungsrechtes i.S.v. § 12 Abs.2 SchKG führt¹⁶²⁷, dürften im tschechischen Recht dagegen bei einem Abbruch wegen Bedrohung der gesunden Entwicklung oder einer fehlerhaften genetischen Entwicklung des Fötus die Ärzte und das medizinische Personal die Mitwirkung an der Durchführung eines Abbruchs verweigern.¹⁶²⁸

Ein gewichtiger Unterschied zwischen dem Recht des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland und Tschechien bildet auch die Obligation zur sozialen Beratung im Fall der Bedrohung bzw. Schädigung des Kindes. Weil eine Kombination von ergebnisoffener Beratung und Indikationsfeststellung zum einen nicht denkbar und zum anderen die Inanspruchnahme der Beratung bei eugenischen Konstellationen sowieso erfolgen würde, sah der deutsche Gesetzgeber im SFHÄndG von der Normierung einer Pflichtberatung ab. Dagegen schreibt § 7 des Gesetzes NR.66/1986 die soziale Beratung für jeden künstlichen Abbruch der Schwangerschaft, also auch bei eugenischen Gründen, zwingend vor.

V.a. die eben aufgezeigten Unterschiede können sich als Vorteil oder aber Nachteil herausstellen. Aus diesem Grund soll sich eine Bewertung dieser anschließen.

2. Bewertung der geltenden Regelungen

Die klare und eindeutige Formulierung der Abbruchmöglichkeit wegen der Bedrohung der gesunden Entwicklung bzw. wegen einer fehlerhaften genetischen Entwicklung des Fötus im tschechischen Recht ist insoweit gegenüber der deutschen Regelung von Vorteil, als sie anzeigt, dass eine solche Möglichkeit vom Gesetzgeber toleriert und von Strafe ausgenommen wird. Nicht ohne Grund wird nämlich in der deutschen juristischen Literatur kritisiert, dass

¹⁶²⁶ Eser/Koch a.a.O.

¹⁶²⁷ Die geforderte schwere Gesundheitsbeschädigung i.S.v. § 12 II SchKG kann angenommen werden, da die Schädigung des Kindes eine Gesundheitsgefahr i.S.v. § 218 a II StGB hervorrufen muß, die einer Krankheit im medizinischen Sinne entspricht, vgl. Pkt. C.II.

die nun geltende Gesetzeslage einen „Akt gesetzgeberischer Verhüllungskunst“ darstellt, und lediglich verdecken soll, „(...) dass behinderte Kinder nicht nur wie alle (gesunden) Ungeborenen (...) straffrei getötet werden dürfen, sondern dass jede Schwangere, die ein möglicherweise behindertes Kind erwartet, einen Rechtsanspruch darauf hat, es allein wegen seiner (unzumutbaren) Behinderung töten zu lassen (...)“.¹⁶²⁹

Zu beachten ist aber auch, dass mit diesem „Unterschlupf“ in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a Abs.2 StGB die eugenischen Fallkonstellationen in ihrer Beurteilung, ob sie eine Ausnahmelage ausmachen, für die Ärzte gut einschätzbar geworden sind. Durch wen wären die nunmehr erforderlichen medizinischen Voraussetzungen besser feststellbar, als durch eine auf diesem Gebiet fachkompetente Person? Hingegen bereitet die Bestimmung des Vorliegens normativer Bedingungen, wie bspw. im früheren Recht die „schwere“ Schädigung, große Schwierigkeiten. Insoweit ist auch im tschechischen Recht der Nachweis einer „schweren Schädigung des Fötus“ nicht einfach zu führen.

Wegen der vielen Stimmen, die den Fortfall der obligatorischen Sozialberatung missbillig(t)en¹⁶³⁰, könnte man annehmen, dass die vom tschechischen Recht voraussetzte Pflichtberatung selbst bei „eugenischen“ Gründen vorteilhafter wäre und deshalb diese wieder in die deutschen gesetzlichen Vorschriften eingeführt werden sollte.

Bereits festgestellt wurde aber insbesondere¹⁶³¹, dass die mit einer Beratung verfolgten Ziele die Schwangere bei freiwilliger Inanspruchnahme besser erreichen, von dieser wohlgesinnt aufgenommen werden und somit u.U. eine größere praktische Effizienz der Beratung hergestellt werden könnte. Demzufolge stellt die tschechische Pflichtberatung keinen Vorteil dar.

Als nachteilig eingeordnet werden könnte jedoch der in der deutschen Regelung gegebene Wegfall der zeitlichen Begrenzung für die Abtreibung in „eugenischen“ Fallkonstellationen. Probleme bereitet damit einhergehend v.a. die zunehmende Anzahl von Spätabtreibungen, die die Möglichkeit von Lebendgeburten mit sich bringen. Sollte nämlich ein lebendes und lebensfähiges geschädigtes Kind zur Welt kommen, bleibt die den Abbruch zuvor bejahende gesundheitliche Gefahr für die Mutter erhalten; ja sie kann sich eigentlich nur noch verstärken, da ihre Beseitigung wegen dem mit der Geburt dem (unerwünschten) Kind zustehenden

¹⁶²⁸ S.o.

¹⁶²⁹ So Tröndle, § 218 a, Rz.9a

¹⁶³⁰ „Denn (lt. Eser) kann selbst bei einem medizinisch indizierten (einschließlich eines embryopathisch begründeten) Schwangerschaftsabbruch ...ein Bedürfnis dafür bestehen, zumindest für die Zukunft durch Aufklärung über entsprechende Empfängnisverhütungsmethoden einer Schwangerschaft von vornherein vorzubeugen“, Sch/Sch-Eser, § 219, Rz.1; Tröndle, § 218 a, Rz.9a, geht davon aus, dass die Beratungspflicht „.....gerade für diese Indikation besonders bedeutsam.....“ gewesen war.

¹⁶³¹ Siehe genauer unter Pkt. C.III.

intensiveren Schutz der §§ 211 ff StGB ausgeschlossen ist. Durch § 2 Abs.2 der Kundmachung vom 7.11.1986 wird hingegen in Tschechien mit der Begrenzung der künstlichen Abbrüche bis zur 24. SSW eine derartige Problematik von vornherein ausgeschlossen.

Allerdings ist folgendes zu beachten:

Die Fristgrenze für eugenisch geprägte Fallkonstellationen im tschechischen Recht ist unter dem dort gegebenen Regelungsmodell sinnvoll; im Rahmen des deutschen Regelungssystems bietet eine Frist mit Blick auf das unter Pkt. C.III.2. Gesagte jedoch keine Vorteile. Denn v.a. die Tatsache der Bindung an die Schwangere und ihre gesundheitliche Verfassung und der letztlich damit auch bei eugenischen Fällen zu erfüllenden medizinisch-sozialen Indikation lässt eine zeitliche Begrenzung nicht zu. (s.o.) Bei einer explizit ausgeführten Ausnahmelage für Konstellationen mit eugenischem Hintergrund und einer Entkoppelung von der Schwangeren wie in Tschechien spricht – wie unter der „alten“ deutschen Gesetzeslage – dagegen nichts gegen eine Fristbindung.

Insoweit ist ein Vorteil der einen gegenüber der anderen Regelung hinsichtlich der Frist unter den jeweiligen Rechtsbedingungen in Tschechien und in Deutschland nicht auszumachen.

Zu derselben Bewertung kommt die Betrachtung des in Tschechien vorhandenen, dagegen im deutschen Recht für die „eugenischen“ Fallkonstellationen fehlenden Weigerungsrechts für das beteiligte ärztliche und sonstige medizinische Personal.

Wie gesehen, weisen beide Regelungen für sich betrachtet Vor- wie auch Nachteile auf. Keine der Regelungen vermag definitiv zu überzeugen.

Insoweit kann festgehalten werden, dass weder eine ausdrücklich im Gesetzeswortlaut festgeschriebene, wie auch eine nur über eine andere Indikation subsumierbare Abtreibungsmöglichkeit von behinderten / geschädigten Ungeborenen als die „bessere“ Alternative zwischen zwei an sich nicht erwünschten Abbruchvorschriften angesehen werden kann.

E. UNGARISCHES RECHT DES SCHWANGERSCHAFTSABBRUCHES

Das ungarische Recht hinsichtlich des Schwangerschaftsabbruches war in seiner geschichtlichen Entwicklung mehreren Änderungen unterworfen.

Nachdem 1991 ein regelrechter „Krieg um die Abtreibungsfrage“¹⁶³² zwischen Pro-Leben Organisationen, wie der Gesellschaft für den Schutz des Lebens von Embryos, und Personen, die für das vom Staat uneingeschränkte Recht der Frau auf Abtreibung eintraten, ausbrach, entschied noch im selben Jahr das ungarische Verfassungsgericht über die Rechtslage des Fötus und des Schwangerschaftsabbruchs.¹⁶³³ Dieses historische Urteil erklärte die bis dahin gültige sozialistische ungarische Abtreibungsregelung für verfassungswidrig¹⁶³⁴ und zog mit seiner Aufforderung an das ungarische Parlament, bis zum 31. Dezember 1992 eine neue Abtreibungsregelung zu schaffen, das Gesetz LXXIX vom 17.12.1992¹⁶³⁵ nach sich, welches im Jahr 2000 nochmals Änderungen unterzogen wurde.¹⁶³⁶

Nach der geltenden Rechtslage in Ungarn wird zwischen dem legalen¹⁶³⁷ und dem illegalen¹⁶³⁸ Schwangerschaftsabbruch unterschieden. Legalität mittels Rechtfertigung tritt beim Vorliegen einer der vier verschiedenen, im Gesetz LXXIX/1992 (auch noch nach seiner Modifizierung 2000) verankerten Indikationen – medizinische, eugenische, „kriminologische“ und soziale – ein.

Insbesondere letztere (soziale) Ausnahmelage vom ansonsten bestehenden Verbot des Schwangerschaftsabbruchs nach § 169 ungar. StGB gab 1998 erneut Anlass, das ungarische Verfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit entscheiden zu lassen.¹⁶³⁹ Festgestellt wurde¹⁶⁴⁰, dass es zwar nicht verfassungswidrig sei, wenn ein Schwangerschaftsabbruch bei einer Frau in einer besonderen persönlichen Krisensituation vorgenommen wird, allerdings müsste gleichzeitig der Schutz des Fötus gewährleistet werden. V.a. müsste der Begriff der schweren persönlichen Krise und deren Verwendung im Gesetz selbst und nicht in unteren Rechtsnormen festgeschrieben werden. Als verfassungswidrig wurde deshalb § 12 Abs.6 des Gesetzes LXXIX/1992 in Verbindung mit dem Ausführungszusatz zu diesem Gesetz einge-

¹⁶³² So Jakus Ibolya, *The Hungarian Quarterly* 1993, S.83 ff

¹⁶³³ Ungar. Verfassungsgericht, (ABH 64/1991.(XII.17.))

¹⁶³⁴ Gábor Jobbágyi, *Jogtudományi Közlöny* 1992, S.305 ff; Jakus Ibolya, *The Hungarian Quarterly* 1993, S.83 ff

¹⁶³⁵ *Magyar Közlöny*, Nr.132, 23.12.1992, S.4705-4708

¹⁶³⁶ Inkrafttreten der Modifizierungen des Gesetzes LXXIX von 1992: 01.07.2000

¹⁶³⁷ Weil nach dem Gesetz LXXIX/1992, modifiziert durch Gesetz LXXXVII / 2000, gerechtfertigten

¹⁶³⁸ Zwar nach § 169 ungar. StGB tatbestandsmäßigen, aber nicht nach ebengenanntem Gesetz gerechtfertigten

¹⁶³⁹ Ungar. Verfassungsgericht, (48/1998 (XI.23.) AB)

¹⁶⁴⁰ Siehe die Leitsätze des der Entscheidung des Verfassungsgerichts (48/1998 (XI.23.) AB)

stuft, der die schwere Krisensituation erläuterte. Dagegen wurden weitere Initiativen zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit der einzelnen Normen des § 6 Abs.1 d, Abs.2 b des Gesetzes LXXIX/1992 sowie des Gesetzes insgesamt wegen Verletzung des Rechtsstatus‘ des Fötus abgelehnt.

Im Folgenden soll wiederum ein geschichtlicher Abriss vorgenommen und danach auf das geltende Recht des Schwangerschaftsabbruches in Ungarn, via. bezüglich der Behandlung eugenischer Fallkonstellationen, eingegangen werden.

I. Kurzer geschichtlicher Abriss

Nach 1945, wie auch schon vorher, sah das ungarische Recht ein grundsätzliches Verbot des Schwangerschaftsabbruches vor. In Kraft geblieben war nämlich aus strafrechtlicher Sicht der sog. Csemegei-Codex, §§ 285-286, der später in der BHÖ, §§ 358, 359, unverändert übernommen wurde. Vom Verbot ausgenommen mit der Annahme der Strafflosigkeit für die Ärzte sollte seit der 1933 gefällten Curiai-Entscheidung lediglich der Fall der ärztlich begründeten Abtreibung sein.¹⁶⁴¹ Eine rechtmäßige gesetzliche Grundlage gab es dafür allerdings nicht. In der Praxis gestaltete sich diese Regelung dann so, dass wegen der Rechtsunsicherheit in der Nachkriegszeit überhaupt keine Strafverfahren gegen Ärzte aufgrund verbotener Abtreibung in Gang gesetzt wurden; die Abtreibung also faktisch freigegeben wurde.¹⁶⁴²

Anfang der 50-er Jahre wurde diese Realität durch die ungarische Parteileitung bemerkt; eine artzfeindliche Kampagne begann. Da die 1. Hälfte der 50er Jahre vor allem durch die Anweisungen von Anna Ratkó, Volkswohlfahrtsministerin bis zum 18.06.1953, geprägt war, kann diese Zeit auch als Ratkó - Ära bezeichnet werden. Der gesundheitsinstitutionellen Anweisung Nr.81/34/1952, die verschiedene Ausnahmen festlegte, welche im Widerspruch zu der in der BHÖ niedergelegten allgemein verbotenen Regelung standen, folgten die Anweisung Nr.8100-1/1953 über die pflichtgemäße Anmeldung der Schwangerschaft und die Anweisung Nr.8100-2/1953 über die Regelung der Eintragung und Einmischung in die Schwangerschaft¹⁶⁴³. Die beiden Letzteren zielten auf eine Durchsetzung des Verbots des Schwangerschaftsabbruchs in der BHÖ mittels polizeilicher Methoden ab.

¹⁶⁴¹ Gábor Jobbágyi, *Jogtudományi Közlöny* 1992, S.305 ff

¹⁶⁴² Gábor Jobbágyi a.a.O.

¹⁶⁴³ Beide sind am 01.02.1953 in Kraft getreten und haben die Frauenärzte und Geburtshelfer grundsätzlich zur Ausführung von polizeilichen Aufgaben verpflichtet. Wenn sie in der Schwangerschaft der Frau eine künstliche

Schlussendlich fand das verschärfte Vorgehen gegen illegale Schwangerschaftsabbrüche seinen normativen Ausdruck in dem am 01.03.1953 in Kraft getretenen Ministerratsbeschluss Nr.1004 „Über die Weiterbildung des Mutter- und Säuglingsschutzes“.¹⁶⁴⁴ Begründet wurde das Vorgehen v.a. damit, dass die illegalen Abbrüche „(...) in gefährlicher Weise die Gesundheit der Mütter und des ganzen Volkes beeinträchtigen und sowohl auf die Moral als auch auf das Familienleben zersetzend wirken.“ In diesem Beschluss waren darüber hinaus einige administrative Maßnahmen vorgesehen – wie bspw. die Entscheidung einer 12-köpfigen Kommission als Voraussetzung für die Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruches aufgrund medizinischer Indikation – die darauf abzielten, die Zahl der Abbrüche zu beschränken.¹⁶⁴⁵ Noch 1953 folgte die ministeriale Anweisung unter Nr.8100-9/1953 über die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs.¹⁶⁴⁶ Diese erlaubte in bestimmten Fällen schon nach dem Wortlaut ausdrücklich und öffentlich die Unterbrechung, z.B. bei Gesundheitsschädigung der schwangeren Frau, der schweren Schädigung des Fötus oder ausnahmsweise wegen persönlicher oder familiärer Umstände der Frau. Man kann davon ausgehen, dass die rechtlichen und organisatorischen Bedingungen für „massenhafte“ Schwangerschaftsabbrüche aufgrund dieser Anweisung bereits 1953 zur Verfügung standen. Der sprunghafte Anstieg der Anzahl der legalen Abbrüche, 2 777 im Jahr 1953 und 16 281 im darauf folgenden Jahr¹⁶⁴⁷, belegt dies deutlich. Eine grundlegende Änderung des Schwangerschaftsabbruchsrechts wurde 1956 in Ungarn durch den Ministerratsbeschluss Nr.1047 sowie mit der zu diesem Beschluss erlassenen Durchführungsverordnung des Gesundheitsministers „Über die Regelung des mit der Schwangerschaftsunterbrechung zusammenhängenden Verfahrens“ vorgenommen.¹⁶⁴⁸ Aufgrund dieser Vorschriften war ein Schwangerschaftsabbruch zwar weiterhin nur nach Genehmigung durch eine besondere dreiköpfige Kommission zulässig. Allerdings sollten gem. § 3 der genannten Verordnung solche Genehmigungen sowohl bei medizinischer Indikation erteilt werden, als auch dann¹⁶⁴⁹, wenn dies durch zu billigende persönliche und familiäre Gründe gerechtfertigt war oder wenn die Schwangere trotz der erfolgten Aufklärung über die gesundheitlichen Folgen des Schwangerschaftsabbruches sowie trotz der Bemühungen der Kommission, die Schwangere durch Überzeugung von ihrem Vorhaben abzubringen, den Abbruch

Einwirkung bemerkt haben, mußten sie innerhalb von 24 Stunden der Polizei eine Anzeige machen, vgl. Jobbágyi a.a.O.

¹⁶⁴⁴ Siehe S. Lammich/ F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1675

¹⁶⁴⁵ S. Lammich / F.Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1676

¹⁶⁴⁶ Gábor Jobbágyi, Jogtudományi Közlöny 1992, S.305 ff

¹⁶⁴⁷ S. Lammich / F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1676

¹⁶⁴⁸ Davon gehen S. Lammich / F. Nagy in Eser/Koch a.a.O. aus.

¹⁶⁴⁹ Aber nur innerhalb der ersten 12 – in Ausnahmefällen der ersten 16 Schwangerschaftswochen

weiterhin wünschte¹⁶⁵⁰ (faktisch Fristenmodell). Die „freie Abtreibung“ wurde mit diesen Bestimmungen praktiziert und führte letztlich dazu, dass die Anzahl der legalen Unterbrechungen die Zahlen der Lebendgeburten wesentlich überschritt.¹⁶⁵¹

Das 1962 in Kraft getretene ungarische StGB von 1961 qualifizierte in § 256 den illegalen Schwangerschaftsabbruch ähnlich wie die bis dahin geltenden strafrechtlichen Normen als Straftat gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Gesundheit.¹⁶⁵² Selbst die Abtreibung durch die Schwangere war danach strafrechtlich relevant, wenn auch als privilegierter Fall des Schwangerschaftsabbruches.¹⁶⁵³

1973 erfuhr das Recht des Schwangerschaftsabbruches abermals eine grundlegende Änderung mit dem Ministerratsbeschluss Nr.1040 „Über die Aufgaben der Bevölkerungspolitik“ und der dazu erlassenen Anordnung des Gesundheitsministers Nr.4 vom Dezember 1973.¹⁶⁵⁴ Diese Bestimmungen, welche die Möglichkeiten des Schwangerschaftsabbruches einschränkten und vom früheren Modell der Fristenlösung zum Indikationsmodell überwechselten, sahen in 6 Fällen obligatorisch und in weiteren 4 Fällen fakultativ die Genehmigung des Schwangerschaftsabbruchs vor.¹⁶⁵⁵

Dieser Versuch, eine moderne und bessere Rechtsordnung, auch mit Beachtung des Schutzes des Fötus, zu schaffen, wurde 1988 mit der durch den Ministerratsbeschluss Nr.76/1988 bewirkten Liberalisierung der Abtreibung wieder zunichte gemacht.¹⁶⁵⁶ Die nunmehr geltende ungarische Bevölkerungspolitik ließ gegenüber dem vorherigen Modell in erweitertem Maße Schwangerschaftsabbrüche zu. Bspw. wurden die früheren 6 obligatorischen und 4 fakultativen Ursachen für einen Abbruch zusammengezogen; in 10 Fällen wurden Abbrüche genehmigt, wodurch bei diesen sogar Erleichterungen eintraten, z.B. war im Falle zweier bereits lebender Kinder in der Familie danach die Abtreibung ohne weiteres durchführbar.¹⁶⁵⁷ Bezüglich des Schwangerschaftsabbruches aus genetischem Grund konnte dieser innerhalb von 12 Wochen auch dann vorgenommen werden, wenn irgendeine genetische und teratologische Schädigungsgefahr von mehr als 10% bestand.¹⁶⁵⁸

¹⁶⁵⁰ S. Lammich/ F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1677; Gábor Jobbágyi, Jogtudományi Közlöny 1992, S.305 ff

¹⁶⁵¹ Gábor Jobbágyi, Jogtudományi Közlöny 1992, S.305 ff

¹⁶⁵² S. Lammich/ F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1677

¹⁶⁵³ S. Lammich /F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, a.a.O.

¹⁶⁵⁴ S. Lammich /F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1677 f

¹⁶⁵⁵ Vgl. Gábor Jobbágyi, Jogtudományi Közlöny 1992, S.305 ff

¹⁶⁵⁶ Diese Ansicht vertritt Gábor Jobbágyi a.a.O.

¹⁶⁵⁷ Gábor Jobbágyi, Jogtudományi Közlöny 1992, S.305 ff

¹⁶⁵⁸ So Gábor Jobbágyi a.a.O.

Wie bereits oben kurz erwähnt, kam es 1991 zu einer für das ungarische Recht des Schwangerschaftsabbruches überaus wichtigen Entscheidung des ungarischen Verfassungsgerichts.

Denn bereits 1988 hörte das Monopol der sozialistischen Partei hinsichtlich der Frage der Abtreibungsregelung auf. Meinungen der Opposition zu dieser Fragestellung konnten geäußert werden und erste „pro life“ Organisationen bildeten sich.¹⁶⁵⁹ Der Pacem in Utero e.V. wandte sich schon 1990 an das Verfassungsgericht und bat um die Aufhebung der gültigen Anordnungen wegen verschiedener die Verfassungswidrigkeit begründender Argumente.¹⁶⁶⁰ Nachdem dessen Anliegen 1990 noch zurückgewiesen wurde, erkannte der Volkswohlfahrtsminister der neuen Regierung ein Jahr später die Verfassungswidrigkeit der gültigen Rechtsvorschriften selbst an.

Andererseits gab es aber auch Stimmen, die die Vorschriften deshalb für verfassungswidrig hielten, weil diese Beschränkungen enthielten, obwohl doch der Schwangerschaftsabbruch weiterhin das unbeschränkte Recht der Frau sein sollte.¹⁶⁶¹

Das noch 1991 ergangene Urteil des ungarischen Verfassungsgerichtes¹⁶⁶² erklärte die Bestimmungen zum Schwangerschaftsabbruch in Form von Rechtsverordnungen aus formellen Gründen für verfassungswidrig¹⁶⁶³, weil die betroffenen Grundrechte (so z.B. das Recht des Fötus zum Leben, § 54 UV, das Recht zur Rechtsfähigkeit, § 56 UV, und das Selbstbestimmungsrecht der Mutter, § 54 UV) nur durch ein Gesetz eingeschränkt werden könnten und dürften. Damit ist nicht nur die damals gültige Anordnung als verfassungswidrig eingeordnet worden, sondern auch die gesamte seit 1952 nahezu für 5 Millionen Abbrüche geltende Rechtspraxis, bei der die Genehmigungen für die Abbrüche durch Regelungen bzw. administrative Normen gewährleistet wurden. Des Weiteren stellte das Verfassungsgericht klar, dass – auch wenn der Gesetzgeber nicht feststellt, dass der Fötus rechtlich ein Mensch ist – trotzdem die Pflicht des Staates zum Schutz des Lebens des Fötus besteht.¹⁶⁶⁴ Daraus folgt, dass der Staat eine Abtreibung ohne Angabe von Gründen nicht erlauben kann.

¹⁶⁵⁹ Siehe Gábor Jobbágyi in *Jogtudományi Közlöny* 1992, S.305 ff (S.308)

¹⁶⁶⁰ So z.B. wegen der die Grundrechte verletzenden Regelungen auf Anordnungsniveau, der Tatsache, daß der Lebensstatus des Fötus rechtlich ungeschützt sei, wegen der Verletzung der Gewissensfreiheit der Gynäkologen und Geburtshelfer, wegen Zweifeln an den Rechtsnormen hinsichtlich des angefangenen menschlichen Lebens.

¹⁶⁶¹ Gábor Jobbágyi, *Jogtudományi Közlöny* 1992, S. 305 ff führt als Vertreter dessen Frau Ottilia Solt und das „Feministische Netz“ auf.

¹⁶⁶² Urteil (64/1991.(XII.17.))

¹⁶⁶³ So auch Jakus Ibolya in *The Hungarian Quarterly* Nr.129, 1993, S.84

¹⁶⁶⁴ So Gábor Jobbágyi a.a.O.; Entscheidung des ungar. Verfassungsgerichts, (64/1991. (XII.17.) Punkt C.)

Dies zieht jedoch unweigerlich nach sich, dass der Gesetzgeber für ein verfassungsmäßiges Handeln nur das sog. Indikationsmodell wählen kann.¹⁶⁶⁵

Ein solches Modell ist durch das Gesetz LXXIX/ 1992 zur Grundlage für den legalen Schwangerschaftsabbruch in Ungarn geworden; die Änderungen dieses Gesetzes LXXIX/1992 im Jahre 2000 haben dieses Modell unberührt gelassen.

II. Grundkonzeption

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Im Gegensatz noch zur „alten“ ungar. Verfassung (UV) von 1949 (i.d.F. von 1975), in der auf das Problem des Schwangerschaftsabbruches nicht eingegangen wurde¹⁶⁶⁶, könnte das Recht des Fötus auf Leben nunmehr in § 54 UV verankert sein, so dass, wie das Verfassungsgericht bereits 1991 in seiner Entscheidung feststellte, dieses durch die Regelung der Schwangerschaftsunterbrechung berührt sein würde.¹⁶⁶⁷

§ 54 Abs.1 UV lautet: „In der ungarischen Republik hat jeder Bürger das geborene Recht zum Leben und auf Menschenwürde, die niemand selbstsüchtig einem anderen nehmen kann.“

Die Behinderung ansprechend, aber diese nicht vor Benachteiligung allgemein schützend, verbürgt § 70 –E I: „Die Bürger der ungarischen Republik haben das Recht auf soziale Sicherheit im Falle des Alters und der Krankheit, Behinderung.“

Das ungar. Verfassungsgericht hat sich sowohl in seiner Ersten Entscheidung von 1991¹⁶⁶⁸ und seiner Zweiten Entscheidung von 1998¹⁶⁶⁹ bezüglich der Frage der Rechte und des Schutzes des Fötus wie auch zur Rechtssubjektivität des Fötus geäußert. Zwar hat es beide Male

¹⁶⁶⁵ Beide Schlußfolgerungen wurden durch das ungar. Verfassungsgericht als Anweisungen für den ungar. Gesetzgeber in Punkt F. der o.g. Entscheidung formuliert.

¹⁶⁶⁶ So ausdrücklich S. Lammich /F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1680; In dieser Verfassung hatten lediglich die Maßnahmen zum Schutz der Mutterschaft und des Kindes ihre Grundlage, Art.62 Abs.2 ungar. Verfassung Ein Zusammenhang zwischen dieser Verfassungsbestimmung und der Problematik des Schwangerschaftsabbruches wurde im ungarischen Schrifttum nicht hergestellt.

¹⁶⁶⁷ So Gábor Jobbágyi, Jogtudományi Közlöny 1992, S.305 ff

¹⁶⁶⁸ (64/1991.(XII.17.))

¹⁶⁶⁹ (48/1998 (XI.23.))

festgestellt, dass die Bestimmungen der UV keine ausdrücklichen Hinweise zur Rechtssubjektivität enthalten; weder sei aus der Verfassung ersichtlich, dass die Rechtssubjektivität anerkannt werden muss, noch, dass der Fötus rechtlich als Mensch betrachtet werden kann.¹⁶⁷⁰

Allerdings verwies das Verfassungsgericht darauf, dass jede Regelung über den Schwangerschaftsabbruch an sich die Rechtssubjektivität des Fötus betrifft und damit das Parlament in Form des Abtreibungsgesetzes, FSchG¹⁶⁷¹, bestimmt habe, dass der Fötus rechtlich kein Mensch ist. Denn jede, den Abbruch erlaubende Vorschrift müsse so ausgelegt werden, dass bei der Abwägung des grundrechtlichen Schutzes des Lebens von Mutter und Fötus geduldet werden muss, dass in diesem Fall der Fötus nicht als Mensch bzw. als Subjekt angesehen werden kann.¹⁶⁷²

Das FSchG hat daran, dass der Fötus weiterhin kein Rechtssubjekt im Sinne des § 56 der Verfassung ist, nichts geändert. Das Leben und die Würde des Fötus genießen deswegen keinen absoluten Schutz. Insbesondere aus § 54 I der Verfassung ist, lt. ungar. Verfassungsgericht, zu entnehmen, dass dem ungeborenen Leben nicht der absolute Schutz auf Leben und Würde, d.h. das subjektive Recht darauf gebührt, wie diese einem Geborenen zusteht.

Das bedeutet aber nicht, dass das Leben des Fötus überhaupt keinen verfassungsmäßigen Schutz genießt.

Zwar werden durch die Grundrechte subjektive Rechte geschützt. Darüber hinaus kann der Staat aber noch institutionell den Schutzbereich des objektiven Rechts bestimmen. Die Grundrechte enthalten also auch objektiv gesehen Verpflichtungen des Staates.

Der Staat hat i.R.d. § 54 Abs.1 UV die objektive institutionelle Pflicht, das Recht auf Leben zu sichern. Der Schutz des menschlichen Lebens kann aber nach Ansicht des ungar. Verfassungsgerichts nicht nur begrenzt für das mit subjektiven Rechten ausgestattete geborene Leben angewandt werden, denn das Menschenleben beginnt bereits im Mutterleib. Es handelt sich dabei um das gleiche individuelle Menschenleben, welches in einigen Etappen mit bestimmten Rechten in der Verfassung durch nicht zwingende, aber erlaubte Weisen ausgestattet ist. Das menschliche Leben als Wert ist demzufolge Gegenstand des Schutzes. Damit kann sich die staatliche Schutzpflicht auch auf das ungeborene Menschenleben ausdehnen.

Diese Pflicht ist im Gegensatz zum subjektiven Recht auf Leben aber nicht absolut. Deshalb ist es auch möglich, dass andere Rechte, wie das Gesundheits- oder Selbstbestimmungsrecht der Mutter, durch den Gesetzgeber dagegen abgewogen werden können.

¹⁶⁷⁰ 2. Urteil (48/1998 (XI.23.)) S.6657

¹⁶⁷¹ FSchG = Gesetz LXXIX von 1992 in Magyar Közlöny, Nr.132, 23.12.1992, S.4705-4708

¹⁶⁷² 2.Urteil a.a.O.; 1.Urteil von 1991, Punkt 315, 316

Aus oben Genanntem können folgende Schlussfolgerungen gezogen werden:

Der Fötus erreicht den menschenrechtlichen Status zwar nicht, aus seinem eigenen Rechtsstand kann ihm aber ein verhältnismäßiger Schutz angeboten werden.

Aus der objektiven Pflicht des Staates zum Schutz des Lebens folgt, dass ohne einen hinreichenden Grund die Vornahme einer Abtreibung verfassungswidrig wäre. Bedeutsam ist eine Begründung insbesondere deshalb, weil im Falle der Schwangerschaftsunterbrechung die Lebensschutzpflicht des Staates der gewollten Vernichtung eines beginnenden individuellen Menschenlebens dient und nicht der Abwendung eines namenlosen statistischen Risikos. Da der Schutz des Lebens des Fötus von Anfang an staatliche Pflicht ist, kann das Selbstbestimmungsrecht der Mutter vom Beginn der Schwangerschaft an auch nicht ausschließlich richtungweisend sein.

Nicht ganz unproblematisch sieht das ungar. Verfassungsgericht die „genetische“ Indikation zum Schwangerschaftsabbruch an. Denn die Gefährdung des Fötus hat hier ihre Ursache nicht in Verbindung mit der Mutter. Nur bei einer schweren Fötusschädigung und verschärften ärztlichen Kontrollen kann dann der Schutz des Fötus beschränkt werden.

Trotzdem wird die schwere Behinderung als rechtmäßiger Grund zum Schwangerschaftsabbruch angenommen, weil einerseits damit versucht wird, den Fötus selbst vor späteren Schwierigkeiten im Leben zu schützen und andererseits an die Mutter nicht die Erwartung gestellt wird, die seelischen und physischen Lasten aufgrund der Behinderung des Kindes zu ertragen. Die schwere Krisensituation der Frau bei der genetischen Indikation wird also nicht als Grund, sondern als Folge der unregelmäßigen Entwicklung des Fötus angesehen.

2. Schutzgüter und ihr Stellenwert

Ausdrücklich vom Normgeber des FSchG von 1992 in der Präambel als Ziel aufgeführt ist der Schutz des Lebens des Fötus von der Empfängnis an. Damit ist das Leben des Ungeborenen ein solches Gut, das durch die geltende Schwangerschaftsabbruchsregelung in Ungarn geschützt werden soll.¹⁶⁷³ Dass auch die strafrechtliche Norm des § 169 ungar. StGB davon

¹⁶⁷³ Die in § 9 des Gesetzes LXXIX von 1992 vorgeschriebene Unterrichtung (auch nach den Modifizierungen von 2000), u.a. über die Möglichkeiten einer Adoption und Unterstützungshilfen bei Austragung des Kindes, unterstreichen die Einordnung des werdenden Lebens als Schutzobjekt.

ausgeht, zeigt das dort aufgestellte grundsätzliche Verbot der Abtreibung der Leibesfrucht, also das Verbot der gewollten Auslöschung des im Voraus bestimmten einzelnen Lebens.¹⁶⁷⁴ Ob mit den Abbruchsbestimmungen ebenso bevölkerungspolitische Interessen des Staates verfolgt werden, ist fraglich. Zwar steht außer Zweifel, dass der strafrechtliche Schutz gegen die gesellschaftsgefährdenden Abtreibungen mittelbar einen Einfluss auf die Entwicklung der Geburtenzahl ausübt.¹⁶⁷⁵ Hinzu kommt, dass in der Präambel des den Abbruch erlaubenden Gesetzes¹⁶⁷⁶ klargestellt wird, „(...) dass Schwangerschaftsabbruch kein Mittel der Familienplanung und Geburtenregelung ist.“ Trotzdem ist die Bevölkerungspolitik nicht primäres Schutzobjekt der den Abbruch bestimmenden Vorschriften.

Als Schutzgut dürfte allerdings neben dem ungeborenen Leben auch weiterhin die Gesundheit der Frau anzusehen sein. Dafür sprechen zum einen die im Gesetz LXXIX von 1992 in seiner Modifizierung von 2000 gestaffelten Fristen für die erlaubte Abtreibung (§ 6), wie die Vorgabe, den Abbruch im Krankenhaus durch den Arzt vornehmen lassen zu müssen (§ 14) bzw. der Ausschluss der Abtreibung bei Kontraindikationen (§ 10 V).

3. Regelungs-Grundmodell

Bei der Regelung der Voraussetzungen für einen (legalen) Schwangerschaftsabbruch geht das geltende ungarische Recht von einer Indikationslösung aus.¹⁶⁷⁷

Die Vornahme des Eingriffs hängt von einer behördlichen Erlaubnis ab, die beim Abbruch nur für die betroffene Frau gilt. Diese Erlaubnis schließt die Rechtswidrigkeit der Abtreibung aus und kann nur beim Vorliegen einer medizinischen (§ 6 I a des Gesetzes LXXIX/1992), eugenischen (§ 6 I b), „kriminologischen“ (§ 6 I c) oder sozialen (§ 6 I d) Indikation erteilt werden.¹⁶⁷⁸ Alle Ausnahmefälle unterliegen einer zeitlichen Staffelung, deren Einhaltung über die Legalität bzw. Illegalität des Schwangerschaftsabbruchs trotz Indikationsgrund entscheidet.

¹⁶⁷⁴ So das ungar. Verfassungsgericht in seiner von G. Jobbágyi (Jogtudományi Közlöny 1992, 305 ff) kommentierten Entscheidung.

¹⁶⁷⁵ So im ministeriellen Motivbericht zum StGB, zitiert bei S. Lammich/ F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.1681

¹⁶⁷⁶ FSchG= Gesetz LXXIX von 1992

¹⁶⁷⁷ S. Lammich/ F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.175

¹⁶⁷⁸ S. Lammich/ F. Nagy in Eser/Koch, a.a.O.

4. Zeitliche Ein- und Abgrenzung

Der Begriff „Beginn der Schwangerschaft“ wird in dem den Schwangerschaftsabbruch legalisierenden Gesetz LXXIX / 1992 nicht eindeutig definiert.

In dessen Präambel wird allerdings „(...) das Leben des Fötus ab der Empfängnis (...)“ als ehrens- und schützenswert angesehen. Auch das ungar. Verfassungsgericht „(...) hat eindeutig zum Indikationsmodell in der Hinsicht Stellung genommen, dass der Schutz des Lebens des Fötus bereits ab der Empfängnis die Pflicht des Staates ist“.¹⁶⁷⁹

Aufgrund dessen wird als Beginn der Schwangerschaft wohl der Zeitpunkt der „Verschmelzung der männlichen und weiblichen Keimzellen“¹⁶⁸⁰ anzusehen sein.

Hinsichtlich fehlender (neuer) Angaben zu einer Abgrenzung zu den allgemeinen Tötungsdelikten soll hier auf die zwei Auffassungen im ungarischen Schrifttum verwiesen werden, die bereits im Landesbericht I von Eser/Koch genannt wurden.¹⁶⁸¹ Dabei geht eine Ansicht davon aus, dass die Leibesfrucht als Mensch im strafrechtlichen Sinne von dem Zeitpunkt an zu betrachten ist, in dem sich der Fötus dergestalt vom Mutterleib gelöst hat, dass eventuelle Angriffe gegen die losgelösten Teile der Leibesfrucht deren Tod verursachen können. Die andere Auffassung setzt diesen Zeitpunkt früher an; und zwar mit dem Beginn der Preßwehen.

5. Geltendes Recht

Wie bereits kurz erwähnt, werden im geltenden ungarischen Recht des Schwangerschaftsabbruches dessen legale und illegale Formen unterschieden.

Grundsätzlich gilt zunächst § 169 ungar. StGB, der die Abtreibung einer Leibesfrucht mit Strafe bedroht und je nachdem, ob es durch einen anderen als die Schwangere geschieht, oder sie selbst, dies als Verbrechen oder aber als „bloßes“ Vergehen einordnet.¹⁶⁸² Der Schwangerschaftsabbruch ist also zunächst einmal tatbestandsmäßig.

Die Differenzierung zwischen Legalität und Illegalität erfolgt erst auf der Stufe der Rechtswidrigkeit. Der legale Schwangerschaftsabbruch, also derjenige, der aufgrund einer konkreten

¹⁶⁷⁹ Kommentiert bei Gábor Jobbágyi, *Jogtudományi Közlöny* 1992, S.305 ff

¹⁶⁸⁰ So § 1 des Gesetzes LXXIX/1992

¹⁶⁸¹ S. Lammich/F. Nagy in Eser/Koch, *Internationaler Vergleich I*, S.1683

¹⁶⁸² Die Begehung durch einen anderen wird als Verbrechen (§ 169 Abs.1 StGB), die durch die Schwangere selbst als Vergehen (§ 4) eingeordnet.

behördlichen Erlaubnis gerechtfertigt ist, wird ausschließlich im Gesetz LXXIX /1992, geändert im Jahr 2000, geregelt. Sind die Voraussetzungen dieses „Fötusschutzgesetzes“ nicht gegeben, bleibt also die Rechtswidrigkeit erhalten, entfällt auch die Strafbarkeit gem. § 169 ungar. StGB nicht.

(a) Der nach geltendem Recht erlaubte Schwangerschaftsabbruch

Die nicht rechtswidrige Schwangerschaftsunterbrechung nach dem Gesetz LXXIX /1992 und seinen Änderungen im Jahr 2000 soll nun folgend näher, v.a. mit Blick auf eugenisch geprägte Fallkonstellationen, betrachtet werden.

§ 5 des FSchG legt fest, dass ein Abbruch „(...) nur bei einer Gefahr für die eigene Person und gemäß den in diesem Gesetz (LXXIX/1992) festgelegten Voraussetzungen erlaubt (...)“ ist.

§ 6 Abs.1 zählt dann die oben schon erwähnten vier Ausnahmelagen auf, bei deren Vorliegen der Fötus von der schwangeren Frau ohne Strafbarkeit gem. § 169 ungar. StGB abgetrieben werden darf. Insbesondere lässt § 6 Abs. 1 Nr. b) bis zur 12. Schwangerschaftswoche (SSW) die Unterbrechung zu, wenn „(...) der Fötus nach ärztlicher Auffassung an einem schweren Gebrechen oder an einer anderen schweren Schädigung leidet“.¹⁶⁸³ Erläuterungen, wann ein „schweres“ Gebrechen bzw. eine „schwere“ Schädigung anzunehmen sind, lassen sich dem Gesetzestext selbst nicht entnehmen.

Eine Ausdehnung der Abtreibungsgrenze bis zur 18. SSW ist weiter möglich, wenn bspw. ein i.S.d. § 6 Abs.1 Nr.b) geschädigter Fötus vorliegt und zusätzlich die Schwangere geschäftsunfähig oder die Frist durch ärztliches Nichterkennen unverschuldet verstrichen ist.

Speziell für die unter § 6 Abs.1 Nr. b) fallenden „eugenischen“ Konstellationen ist eine noch längere Frist von 20 Wochen nach der Befruchtung eingeräumt worden, wenn die Wahrscheinlichkeit der genetischen, teratologischen Schädigung des Fötus bei 50% und drüber liegt (§ 6 III); im Falle der Verspätung des diagnostischen Verfahrens (Unklarheiten in der Diagnose) kann die Schwangerschaft mit einem solchen ungeborenen Kind sogar bis zur 24. SSW abgebrochen werden.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸³ Nach dem Gesetzesauszug, der in der 2. Entscheidung des UV (48/1998 (XI.23.AB)) abgedruckt war, wird verlangt, daß „(...) der Fötus ärztlich gesehen höchstwahrscheinlich schwere Behinderungen oder Schäden aufweist.“ Damit würde schon innerhalb der niedrigsten Fristgrenze von 12 SSW ein sehr hoher Faktor der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts verlangt. Dagegen spricht aber, daß in § 6 Abs.3 selbst bei einer Grenze von 20 bzw. 24 SSW „erst“ eine 50 %-ige Wahrscheinlichkeit gefordert wird.

¹⁶⁸⁴ S. Lammich/ F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.175

Ist die Schädigung oder das Gebrechen des Fötus so schwer, dass ein „(...) mit dem Leben unvereinbares Abweichen nach der Geburt besteht“¹⁶⁸⁵, so kann letztlich ohne Einhaltung irgendeiner Frist die Abtreibung vorgenommen werden. Zwar ist auch an dieser Stelle des Gesetzes LXXIX/1992 (und seiner Modifizierung 2000) keine Erläuterung zur Lebensunfähigkeit zu finden, allerdings ist diese aus ärztlicher Sicht ohne Schwierigkeiten zu bestimmen. Materiell sind damit die Bedingungen, unter denen ein behindertes Kind nach ungarischem Recht mittels Abtreibung „getötet“ werden darf, vollständig genannt.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist für die eugenischen Fallkonstellationen insbesondere § 12 Abs.2 zu beachten, der die einstimmige Meinung zweier Fachärzte aus zwei verschiedenen Institutionen einer genetischen Beratungsstelle, eines pränataldiagnostischen Zentrums oder einer gynäkologischen Abteilung des vom fachlich zuständigen zentralen Institut bestimmten Krankenhauses voraussetzt.¹⁶⁸⁶ Zur Erleichterung der Feststellung der den Fötus betreffenden Gründe sind die methodischen Richtlinien des zentralen Fachinstituts oder Kollegiums geschaffen worden, an denen sich die zuständigen Ärzte zu orientieren haben (§ 12 IV). Eine zwingende Antragspflicht¹⁶⁸⁷, wie im Falle der „kriminologischen“ oder sozialen Indikation, besteht dem Wortlaut des § 8 des Gesetzes nach für die eugenischen Konstellationen nicht. Denn nur die eben genannten Ausnahmefälle können nicht „(...) mit einer Gesundheitsgefahr begründet (...)“ werden.¹⁶⁸⁸ Der weitere Fortgang des Verfahrens sieht so aus, dass – falls ein solcher erforderlich ist – der Antrag durch die Frau zusammen mit einer Bestätigung des Arztes, der die Schwangerschaft festgestellt hat, dem Mitarbeiter des Amtes für Familienschutz vorgelegt werden muss (§ 8 Abs.1). Daran schließt sich eine Beratung¹⁶⁸⁹ der Schwangeren durch eben genannten Mitarbeiter an, die wiederum für die „kriminologische“ und soziale Indikation verpflichtend vorgeschrieben ist.¹⁶⁹⁰ Für die eugenische und medizinische Aus-

¹⁶⁸⁵ So lt. S. Lammich / F. Nagy in Eser/Koch, a.a.O. die wörtliche Übersetzung

¹⁶⁸⁶ Das Vorgehen bei Nichteinigkeit regelt § 12 III: „Der Kreis der für den Fall einer Meinungsverschiedenheit zur fachlichen Überprüfung Berechtigten wird durch Verordnung des Volkswohlfahrtsministers bestimmt.“

¹⁶⁸⁷ Lt. S. Lammich / F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.178 muss in § 7 i.V.m. § 8 FSchG wohl zwischen einem zwingend schriftlichen Antrag und einem nicht notwendig schriftlichen Antrag der Frau unterschieden werden. Letzteres trifft wohl unproblematisch auf die medizinische Indikation wie auch auf die eugenische Indikation zu.

¹⁶⁸⁸ So ausdrücklich S. Lammich / F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.178

¹⁶⁸⁹ Die Beratung besteht in einer Unterrichtung über die a) rechtlichen Voraussetzungen des SSA, b) die Möglichkeiten staatlicher und nicht staatlicher Unterstützung in Geld- und Sachleistungen, wenn sich die Schwangere für das Kind entschließt, c) über das Vorhandensein und die Funktion von Organisationen und Institutionen, die im Falle eines Entschlusses für das Kind moralische und materielle Hilfe leisten, d) über Möglichkeiten und Voraussetzungen einer Adoption, e) über Umstände, Art und Weise und Gefahren des Schwangerschaftsabbruchs und dessen Auswirkungen in bezug auf eine potentielle spätere Schwangerschaft, f) über Institutionen, die einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen und g) über die im Einzelfall empfehlenswerten Methoden der Empfängnisverhütung.

¹⁶⁹⁰ Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.175

nahmelage dürfte die Beratung gem. § 9 Abs.1 FSchG nicht obligatorisch sein, wie die ausdrücklich Nennung der „kriminologischen“ und sozialen Indikation nahe legt.

Nach der Information der Schwangeren muss ein Antragsformular von der Schwangeren und dem Mitarbeiter unterschrieben werden, dass die Beratung bestätigt und das für den Abbruch zuständige Krankenhaus bestimmt (§ 9 II). Eine Kopie wird an das gewählte Krankenhaus innerhalb von 24 Stunden übersendet (§ 9 V). Für den Eingriff selbst muss sich die Frau innerhalb von 8 Tagen im zuständigen Krankenhaus melden, § 10 I. Dass die Unterbrechung nur in einem Krankenhaus vorgenommen werden darf, schreibt § 13 Abs.1 FSchG ausdrücklich vor.¹⁶⁹¹

Kommt es zum Überschreiten der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen bezüglich der Dauer der Schwangerschaft bzw. liegt eine Kontraindikation zur Abtreibung vor, ist der Eingriff untersagt. In diesem Fall kann die Frau eine fachliche Überprüfung verlangen (§ 10 Abs.5). Das sich dann anschließende Verfahren ist in § 10 Abs.6, 7; § 11 des Gesetzes LXXIX/1992 niedergelegt.

Beachtenswert ist noch folgendes:

Die 1. Entscheidung des ungarischen Verfassungsgerichts¹⁶⁹² äußerte sich auch zum Umfang der Gewissensfreiheit der Ärzte und Geburtshelfer während eines Schwangerschaftsabbruchs.¹⁶⁹³ Die früher auf diesem Gebiet geltenden Rechtspraktiken, nach denen der die Abtreibung abweisende Arzt oder Geburtshelfer trotz der internationalen arztethischen Normen und Praktiken mit Arbeitsplatzsanktionen belegt wurde, wurden vom Verfassungsgericht als rechtswidrig eingestuft, weil ein Mitarbeiter die Ausführung einer Anweisung, bei der die Gewissensfreiheit zu beachten ist, ablehnen können muss. Nach Ansicht des Verfassungsgerichts folgt diese Freiheit aus § 60 der UV. Vor allem ärztlich nicht begründete Abbrüche sind im Prinzip eine nicht notwendige Aufgabe des Arztes.

Die Respektierung der Gewissensfreiheit und ihrer Konsequenzen beinhaltet nach Ansicht des Verfassungsgerichts auch eine Pflicht des Staates dahingehend, dass er es rechtlich ermöglichen soll bzw. solche Arbeitsplätze schaffen soll, bei denen der Arzt nicht verpflichtet ist, im Widerspruch zu seinem Gewissen Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen.¹⁶⁹⁴

¹⁶⁹¹ Ergänzend hierzu muß auch die ministerielle Verordnung Nr.32 vom 23.9.1992 (Népjóléti Közlöny, 4.1.1993, Nr.1, S. 8-18) herangezogen werden, die insbesondere Bestimmungen dazu enthält, welche medizinischen Einrichtungen Abbrüche vornehmen dürfen und welchen Stellen die fachliche Überprüfung im Falle einer Ablehnung der Durchführung eines Abbruches obliegt.

¹⁶⁹² (64/1991.(XII.17.))

¹⁶⁹³ Vgl. Gábor Jobbágyi, Jogtudományi Közlöny 1992, 305 ff (S.310f)

¹⁶⁹⁴ Siehe G. Jobbágyi a.a.O.

Das so anerkannte Weigerungsrecht für Ärzte und medizinisches Personal dürfte sich aber aufgrund des § 13 FSchG in der Praxis nicht beschränkend auswirken. Denn dieser schreibt vor, dass mindestens ein Team, welches Abbrüche vornimmt, in allen Institutionen des Staates und der örtlichen Selbstverwaltung mit einer gynäkologischen Abteilung zu gewährleisten ist.¹⁶⁹⁵

(b) Der nicht erlaubte Schwangerschaftsabbruch

Falls die Voraussetzungen des Gesetzes LXXIX/ 1992 in seiner Änderung aus dem Jahr 2000 im Hinblick auf das geschädigte Kind *nicht* erfüllt sind, scheidet die Rechtfertigungsmöglichkeit i.R.d. Abtreibung aus. Die Strafbarkeit gem. § 169 ungar. StGB greift wieder ein.

Unter „Abtreibung der Leibesfrucht“ ist das „(...)gewollte Auslöschen für das im Voraus bestimmte einzelne Leben(...)“ gemeint.¹⁶⁹⁶

Strafbar macht sich dabei nicht nur ein „anderer“ (§ 169 Abs.1), sondern auch die Schwangere selbst (§ 169 Abs.4). Bestraft wird bei ihr die Selbstabtreibung bzw. das Gewährenlassen des Abbruchs, wenn auch nur als Vergehen.

(c) Ergebnis

Die soeben vorgestellte ungarische Regelung der Abtreibung mit ihrem maßgebenden Indikationsmodell reiht sich in ähnlich lautende Abbruchsbestimmungen in anderen europäischen Ländern, wie z.B. Deutschland, ein. Ähnlich wie dieses in Deutschland folgte auch in Ungarn die Entscheidung für das gewählte Modell dem Urteil des Verfassungsgerichtes nach.

Welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede, v.a. in Bezug auf die eugenisch geprägten Fallkonstellationen zwischen beiden Ländern bestehen, soll folgend näher betrachtet werden.

¹⁶⁹⁵ So auch S. Lammich / F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.175

¹⁶⁹⁶ Das ungarische Verfassungsgericht in seiner 1. Entscheidung, kommentiert bei Gábor Jobbágyi, Jogtudományi Közlöny 1992, 305 ff (S.310).

III. Vergleich des geltenden ungarischen Rechts des Schwangerschaftsabbruches v.a. in Bezug auf „eugenische“ Gründe zu dem Recht in der Bundesrepublik

1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Beiden Normenkomplexen ist gemeinsam, dass durch sie insbesondere das ungeborene Leben als Gut geschützt werden soll.

Die Verfassungen beider Staaten sehen das noch ungeborene Leben als schützenswert an, wenn auch in unterschiedlicher Qualität. Während in Deutschland diesem das Recht aus Art. 2 Abs.2 S.1 GG zuerkannt wird, steht das Lebensrecht als subjektives Recht dem Ungeborenen in Ungarn nicht zu. Dort fällt es „lediglich“ unter die institutionell eingerichtete, objektive Schutzverpflichtung des Staates, welche aus § 54 I UV folgt.¹⁶⁹⁷

Gleichermaßen postuliert wird aber in beiden Ländern eine Pflicht des Staates zum Schutz des ungeborenen Lebens, welche sich im grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruches sowohl in Deutschland wie in Ungarn niederschlägt. Während im deutschen Recht § 218 StGB diesen Grundsatz enthält, schreibt ihn § 169 im (ungarischen) Strafgesetzbuch ebenfalls fest.

Unterschiede gibt es jedoch beim Beginn des Schutzes der Leibesfrucht vor ihrer Abtreibung. In Deutschland greift das Verbot des Schwangerschaftsabbruches erst nach Abschluss der Nidation, also vom 14. Tage seit Empfängnis, ein¹⁶⁹⁸, währenddessen in Ungarn mit dem Zeitpunkt der Empfängnis das Leben des Fötus zu ehren und v.a. zu schützen ist.¹⁶⁹⁹

Auch die Abgrenzung zu den Tötungsdelikten verläuft in beiden Regelungen unterschiedlich. Während die deutschen Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch nur bis zum Beginn der Eröffnungswehen greifen und sich dann bereits die Tötungsdelikte gem. § 211 ff StGB anschließen, ist im ungarischen Recht der Übergang vom Fötus zum Menschen im strafrechtlichen Sinn erst mit dem Beginn der Preßwehen als Teil der Austreibungswehen anzusetzen.

Ähnlich dagegen beurteilt sich im ungarischen und deutschen Recht die Strafbarkeit der Schwangeren. § 169 Abs.4 ungar. StGB stellt die Selbstabtreibung bzw. das Gewährenlassen

¹⁶⁹⁷ Entscheidung des ungar. Verfassungsgerichts, 48/1998 (XI.23.) AB

¹⁶⁹⁸ Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.37

¹⁶⁹⁹ Vgl. Präambel des Gesetzes LXXIX /1992

der Abtreibung durch die Schwangere als Vergehen unter Strafe; auch § 218 Abs.1 i.V.m. Abs.3 StGB erfasst den Selbstabbruch und lässt nur u.U. Straffreiheit zu. Gemeinsam ist den Regelungen auch das zugrunde liegende Modell, das Indikationsmodell. Allerdings ist im deutschen Recht diese Indikations- mit einer Beratungsregelung kombiniert. Innerhalb der ersten 12 Wochen seit der Empfängnis ist ohne Drittfeststellung der leitenden Gründe ein „beratener“ Abbruch möglich. Im Gegensatz dazu schreibt das die Abtreibung erlaubende Gesetz LXXIX / 1992, modifiziert 2000, in Ungarn bereits bis zur 12. SSW das Vorliegen einer der in § 6 Abs.1 genannten Gründe notwendig vor. Damit ist bereits auf einen weiteren Unterschied hingewiesen: Während durch die Vorschrift des § 218 a deutsches StGB alle Straffreistellungsgründe, insbesondere die Indikationen, für die Abtreibung zusammengefasst und im Strafgesetzbuch untergebracht worden sind, sind die legalen Formen des Abbruchs der Schwangerschaft im ungarischen Recht in einem separaten Gesetz aufgeführt. Gleich ist in beiden Ländern die Rechtsnatur der Indikationen. Sowohl in Ungarn, obwohl so ausdrücklich nicht im modifizierten Gesetz LXXIX / 1992 ausgeführt, wie auch in Deutschland werden die Ausnahmelagen als Rechtfertigungsgründe eingestuft. Seit der Neuregelung durch das SFHÄndG sehen die § 218 a Abs.2 und 3 StGB erstmals den „(...)vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch ...(explizit als) nicht rechtswidrig(...)“ (an).¹⁷⁰⁰

Weiterhin gemeinsam ist beiden Regelungskomplexen, dass sie die Abtreibung eines behinderten Kindes zunächst einmal – wenn auch in unterschiedlicher Weise – ermöglichen.

Unterschiedlich ist – wie eben genannt – die Ausgestaltung dieser Möglichkeit.

In Ungarn hält § 6 I Nr.b) FSchG für den geschädigten Fötus einen mit eigenen Voraussetzungen ausformulierten Ausnahmegrund bereit. Dieser Indikationsgrund wurde deshalb geschaffen, weil der Fötus selbst u.a. vor Schwierigkeiten im späteren Leben geschützt werden soll.¹⁷⁰¹ Im Gegensatz dazu enthält die deutsche Abbruchsregelung keine eugenische Indikation mit eigenem Tatbestand. Die Schädigung des Ungeborenen muss vielmehr eine Gefahr für die Mutter i.S.d. medizinischen Ausnahmetatbestandes gem. § 218 a II StGB ausmachen; nur dann ist seine Abtreibung gerechtfertigt. Daraus lässt sich entnehmen, dass im deutschen Recht der Fötus gerade nicht vor sich selbst geschützt werden soll, Mitleidsgedanken eine Rolle spielen; nein, vielmehr soll die gesundheitliche Belastung der Mutter, die mit dem „Haben“ eines solchen Kindes oftmals einhergeht, vermieden werden. Der Zustand der Mutter und nicht des Kindes ist ausschlaggebend. Letztlich gibt es in Deutschland eine eugenische Indikation – wie es sie in Ungarn gibt – als solche gar nicht mehr. In Fällen mit behinderten

¹⁷⁰⁰ Sch/Sch-Eser, § 218 a, Rz.21

Kindern liegt bei Erfüllung der Voraussetzungen eine medizinisch-soziale Indikation vor.

Damit verbunden ist, dass die Abtreibung zeitlich unbegrenzt möglich ist.

Im ungarischen Recht hingegen gibt es, wie oben erläutert, eine zeitliche Staffelung mit verschiedenen Fristen, innerhalb derer das geschädigte Kind abgetrieben werden darf. Zeitlich unbegrenzt darf nur der lebensunfähige Fötus „abgetötet“ werden.

Als Gemeinsamkeiten des deutschen und ungarischen Rechts des Schwangerschaftsabbruches sind zu guter Letzt zum einen der Ausschluss des Eingriffs durch Kontraindikationen, § 10 Abs.5 ungar. FSchG ausdrücklich und im deutschen Recht über die Bedingung der Vornahme durch einen Arzt, und zum anderen die „Verweigerung“ des Weigerungsrechts bei eugenischen Fallkonstellationen zu nennen. Das Recht zur Verweigerung der Vornahme des Abbruchs bei einem behinderten Kind wurde mit der Neuregelung durch das SFHÄndG durch die Subsumierung in die medizinisch-soziale Indikation gestrichen.¹⁷⁰² In Ungarn ist das Weigerungsrecht, v.a. nach der 1. Entscheidung des ungarischen Verfassungsgerichts, zwar anerkannt, für die eugenische Indikation ist es aber nicht ganz unproblematisch, weil selbst das ungar. Verfassungsgericht (nur) ärztlich nicht begründete Schwangerschaftsabbrüche als eine nicht notwendige Aufgabe des Arztes ansieht und dort ein Recht zur Verweigerung der Vornahme des Abbruchs einräumt. Möglicherweise könnte aber die eugenische Indikation schon unter die ärztlich begründeten Abbrüche fallen, da sie i.R.d. § 7 FSchG (=LXXIX/1992) unter den mit einer Gesundheitsgefahr begründeten Abbruch fällt.¹⁷⁰³ Dann würde das Weigerungsrecht auch bei ihr entfallen. Hinzukommt, dass seine praktische Relevanz wegen § 13 FSchG mit der Notwendigkeit des Aufstellen eines Teams, welches Unterbrechungen vornimmt, in allen staatlichen Institutionen und der örtlichen Selbstverwaltung eher als gering einzustufen ist.

¹⁷⁰¹ 2. Entscheidung des ungar. Verfassungsgerichts 48/1998 (XI.23.) AB

¹⁷⁰² Vgl. unter Pkt. Teil 2. C. II.

¹⁷⁰³ Vgl. S. Lammich /F. Nagy in Eser/Koch, Internationaler Vergleich I, S.178

2. Bewertung der geltenden Regelungen

Der zeitlich früher einsetzende strafrechtliche Schutz, im ungarischen Recht ab Empfängnis, ist insoweit von Vorteil, als vom Beginn des menschlichen Lebens an (Verschmelzung von Ei- und Samenzelle) dieses in vollem Maße als solches respektiert wird.

Aus pragmatischen Gründen allerdings ist die strafrechtliche Schutzfähigkeit der Frühphase abzulehnen und damit das erst mit Nidation einsetzende Verbot des Schwangerschaftsabbruchs im deutschen Recht als ausreichend anzusehen. Zum einen ist das Vorliegen einer Schwangerschaft i.d.R. in den ersten 4 Wochen seit Beginn der letzten Periode objektiv nicht beweisbar, zum anderen auch für die Frau subjektiv nicht erfahrbar.¹⁷⁰⁴ Insoweit ist bei diesen Nachweisdefiziten ein effektiver Schutz kaum zu gewährleisten. Wie soll z.B. eine Frau das Rauchen zugunsten des Ungeborenen einstellen, wenn sie von dessen Existenz keine Ahnung hat?

Beiden Regelungen liegt – wie oben erwähnt - eine Indikationslösung zugrunde, in der jeweils – in unterschiedlicher Weise – die Möglichkeit zur Abtreibung eines behinderten Kindes besteht¹⁷⁰⁵. Die Indikationen sind dabei im deutschen Recht im StGB selbst geregelt, in Ungarn dagegen in einem gesonderten Gesetz. Insoweit ist dabei die deutsche Regelung vorteilhafter als die ungarische, da so ein übersichtlicher Normenkomplex geschaffen wurde und zudem im Strafgesetzbuch selbst die Rechtsnatur der Indikationen – in beiden Fällen handelt es sich um Rechtfertigungsgründe, so dass die Abtreibung eines behinderten Kindes gerechtfertigt ist – besser zum Ausdruck kommt.

Die eigens ausformulierte Indikationslage im ungarischen FSchG für die Konstellationen eines Fötus mit schweren Gebrechen oder einer anderen schweren Schädigung ist gegenüber der deutschen Ausgestaltung der Abtreibungsmöglichkeit eines behinderten Kindes insoweit von Vorteil, als sie klar und deutlich anzeigen, dass diese Möglichkeit vom Gesetzgeber toleriert und von Strafe ausgenommen wird. Nicht ohne Grund wird nämlich in der deutschen juristischen Literatur kritisiert, dass die nun geltende Gesetzeslage einen „Akt gesetzgeberischer Verhüllungskunst“ darstellt, und lediglich verdecken soll, „(...) dass behinderte Kinder nicht nur wie alle (gesunden) Ungeborenenstraffrei getötet werden dürfen, sondern dass

¹⁷⁰⁴ Sch/Sch-Eser, Vorbem. §§ 218 ff, Rz.35

¹⁷⁰⁵ Siehe unten noch genauer

jede Schwangere, die ein möglicherweise behindertes Kind erwartet, einen Rechtsanspruch darauf hat, es allein wegen seiner (unzumutbaren) Behinderung töten zu lassen (...)“.¹⁷⁰⁶

Zu beachten ist aber auch, dass mit diesem „Unterschluß“ in die medizinisch-soziale Indikation des § 218 a Abs.2 StGB die eugenischen Fallkonstellationen in ihrer Beurteilung, ob sie eine Ausnahmelage ausmachen, für die Ärzte besser einschätzbar geworden sind. Durch wen wären die nunmehr erforderlichen medizinischen Voraussetzungen besser feststellbar, als durch eine auf diesem Gebiet fachkompetente Person? Hingegen bereitet die Bestimmung des Vorliegens normativer Bedingungen, wie bspw. im früheren Recht die „schwere“ Schädigung, große Schwierigkeiten. Insoweit könnte die Klärung, wann der Fötus an einem schweren Gebrechen oder einer anderen schweren Schädigung i.S.v. § 6 I Nr.b) ungar. FSchG leidet, Probleme bereiten. Erleichtert wird dies jedoch dadurch, dass die den Fötus betreffenden Gründe durch die einstimmige Meinung zweier Fachärzte aus zwei verschiedenen Institutionen einer genetischen Beratungsstelle, eines pränataldiagnostischen Zentrums oder einer gynäkologischen Abteilung des vom fachlich zuständigen zentralen Institut bestimmten Krankenhauses bestätigt werden müssen und zudem für die Feststellung solcher Gründe methodische Richtlinien des zentralen Fachinstituts oder Kollegiums existieren. Problematisch dürfte im Hinblick darauf und der genauen Voraussetzung der Schädigungswahrscheinlichkeit von 50 % insbesondere die Ermittlung der behinderten Föten, die bis zur 20. bzw. 24. SSW abgetrieben werden dürfen, sein. Eindeutig ist hingegen im Weiteren die Bestimmung lebensunfähiger Föten, bei denen ohne zeitliche Befristung der Schwangerschaftsabbruch durchgeführt werden kann.

Dementsprechend dürften im ungarischen Recht mit der eigenen eugenischen Indikation und der von ihr erfassten Fälle ebenso Schwierigkeiten auftreten, wenn auch u.U. weniger wie dies i.R.d. „alten“ eugenischen Indikation gem. dem 15. StÄG geschah.

Ob einer eigens ausformulierten Abtreibungsmöglichkeit von behinderten Ungeborenen – wie in Ungarn - der Vorzug zu geben ist vor der Inkludierung in die medizinisch-soziale Indikation nach deutschem Recht erscheint fraglich.

Zwar ist zu bedenken, dass bei ersterer eine zeitliche Begrenzung eingeführt werden kann, hingegen bei einer einheitlichen¹⁷⁰⁷ medizinisch-sozialen Indikation gerade wegen letzterer „reiner“ medizinischer Alternative die Frsteinführung scheitert.

Andererseits birgt diese Möglichkeit, die bereits unter Pkt. C.V. genannten und erläuterten Schwierigkeiten in sich, auf die an dieser Stelle nur verwiesen werden soll.

¹⁷⁰⁶ So Tröndle, § 218 a, Rz.9a

¹⁷⁰⁷ Also die durch ein behindertes Kind sowie durch den gesundheitlichen Zustand der Schwangeren ausgelöste Indikation.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die geltende ungarische Regelung hinsichtlich „eugenischer“ Fallkonstellationen und ihrer Abbruchsmöglichkeit in Eindeutigkeit und damit besserer Handhabbarkeit die deutsche Regelung übertrifft. Andererseits weist auch sie gegenüber dem deutschen Recht Nachteile auf, so dass keine von beiden als wirklich bessere Alternative zur Lösung dieses Schwangerschaftskonflikts angesehen werden kann.

Teil 4 : Zusammenfassung

Den Anlass für die vorliegende Arbeit bildete die Neuregelung der Vorschriften zum Recht des Schwangerschaftsabbruches durch das Schwangeren-Familien-Hilfe-Änderungs-Gesetzes (SFHÄG) vom 21. August 1995.

Die daraufhin nunmehr mögliche „Einordnung“ von Fällen der früheren eugenischen Indikation in § 218 a Abs.2 StGB schliesst mit der Bestätigung der eingangs aufgestellten These ab:

- dass zwar nicht alle Fälle der früher im Gesetzeswortlaut wiederzufindenden „eugenischen“ Indikation von der geltenden medizinisch – sozialen Indikation erfasst bzw. aufgefangen werden können,
- dass die medizinisch – soziale Indikation aber sehr wohl auch bei Sachverhalten „eugenischen“ Charakters einschlägig sein kann.

Die Schädigung des Ungeborenen wie auch die dadurch bei der Schwangeren ausgelöste Gefahrenlage gem. § 218 a Abs.2 StGB können nicht im vorhinein abstrakt und generell bestimmt werden.

Es ist also schlussendlich von Fall zu Fall eine Beurteilung nötig, die von den Umständen der jeweiligen Schwangeren beeinflusst wird.

Aus Sicht der Verfasserin können folgende Vorschläge zu einem „Mehr“ an Lebensschutz für behinderte Ungeborene unter der geltenden Gesetzeslage führen:

- 1) Die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes gem. § 218 a Abs.2 StGB ist nur zu bejahen, wenn eine Krankheit im medizinischen Sinne vorliegt.
- 2) Im Rahmen des Zumutbarkeitskriteriums sind insbesondere die Adoption des behinderten Kindes bzw. seine Heimunterbringung, aber auch nachgeburtliche Hilfestellungen und die intrauterine Therapie und Operation von Bedeutung und – von Ausnahmen abgesehen – auch als grundsätzlich zumutbar einzustufen. Hinsichtlich der Spätabbrüche führt dies dazu, dass lediglich bei Vorliegen einer Lebensgefahr für die Schwangere im späten Schwangerschaftsstadium ein Schwangerschaftsabbruch bejaht werden kann.
- 3) Soweit die Abbruchspraxis Änderungsbedarf nahelegt, sollte über die Einführung auch einer „sozialen Pflichtberatung“ bei der medizinisch – sozialen Indikation statt dem derzeitigen Recht zur Beratung gem. § 2 Schwangerschaftskonfliktgesetz nachgedacht werden. Eine solche Pflicht wäre mit Blick darauf, dass auch soziale Gesichtspunkte bei der medizinisch – sozialen Indikation relevant werden – wie deren Bezeichnung schon zeigt – zu rechtfertigen.

Die vorliegende Arbeit lässt trotz der angesprochenen Probleme das abschliessende Fazit zu, dass die durch das SFHÄG geschaffene Rechtslage auch für die Sachverhalte „eugenischen“ Charakters einen akzeptablen Kompromiss im Ringen um einen Ausgleich zwischen den Interessen der Schwangeren und dem Lebensrecht des behinderten Ungeborenen darstellt.

Teil 5 : Anhang

A. REGELUNGEN IN TSCHECHIEN

I. Übersetzungen aus dem Tschechischen

§ 227 [Beihilfe oder Verleitung]

- (1) Wer einer schwangeren Frau dazu Hilfe leistet oder diese dazu verleitet,
- a) ihre Schwangerschaft künstlich abzubrechen, oder
 - b) einen anderen zu bitten oder einem anderen zu gestatten, bei ihr in einer anderen als der nach den gesetzlichen Vorschriften über den künstlichen Schwangerschaftsabbruch zulässigen Art und Weise einen künstlichen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen,
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft.

- (2) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren wird der Täter bestraft, wenn die in Absatz (1) bezeichnete Tat eine schwere Körperverletzung oder den Tod zur Folge hat.

§ 228 [Unerlaubte Abbruchmethoden]

- (1) Wer mit Einwilligung der Schwangeren deren Schwangerschaft in anderer als der nach den gesetzlichen Vorschriften über den künstlichen Schwangerschaftsabbruch zulässigen Art und Weise künstlich abbricht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.
- (2) Mit Freiheitsstrafe von zwei Jahren bis zu acht Jahren wird der Täter bestraft,
- a) wenn er durch die in Absatz (1) bezeichnete Tat einen erheblichen Vorteil erzielt,
 - b) wenn er die in Absatz (1) bezeichnete Tat systematisch begeht, oder
 - c) wenn die in Absatz (1) bezeichnete Tat eine schwere Körperverletzung oder den Tod zur Folge hat.

(3) Ebenso wie in Absatz (2) wird bestraft, wer ohne Einwilligung der Schwangeren deren Schwangerschaft künstlich abbricht.

(4) Mit Freiheitsstrafe von fünf bis zwölf Jahren wird der Täter bestraft, wenn er durch die in Absatz (3) bezeichnete Tat den Tod verursacht.

§ 229 [Straflosigkeit der Schwangeren]

Die Schwangere, die ihre Schwangerschaft selbst künstlich unterbricht oder einen anderen darum bittet oder einem anderen dies gestattet, ist für eine solche Tat nicht, auch nicht nach den Vorschriften über die Anstiftung und Beihilfe, strafbar.

...

Gesetz des tschechischen Nationalrates vom 20. Oktober 1986 über die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung (Nr. 66/1986)

Der tschechische Nationalrat beschloß in diesem Gesetz:

§ 1

Das Gesetz regelt die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung auch im Hinblick auf den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Frau und im Interesse einer geplanten und verantwortungsvollen Elternschaft unter den festgelegten Bedingungen für ihre Durchführung (Umsetzung).

§ 2

Der unerwünschten Schwangerschaft wird vor allem durch die Erziehung zu einer geplanten und verantwortungsvollen Elternschaft in der Familie, in der Schule und in Gesundheitseinrichtungen, durch die erzieherischen Wirkungen auf sozialem und kulturellem Gebiet und durch die Nutzung von Schwangerschaftsverhütungsmitteln vorgebeugt.

§ 3

Mittel zur Schwangerschaftsverhütung, die auf ärztlicher Verschreibung beruhen, ebenso auch die damit zusammenhängenden ärztlichen Untersuchungen und Kontrollen, werden der Frau unentgeltlich gewährt.

§ 4

Die Frau kann die Schwangerschaft künstlich unterbrechen, wenn sie schriftlich darum bittet, wenn die Schwangerschaft die 20. Woche nicht übersteigt und ihrerseits keine gesundheitlichen Gründe im Wege stehen.

§ 5

Die Frau kann die Schwangerschaft aus gesundheitlichen Gründen mit ihrem Einverständnis oder aus einem anderen Grund, wenn ihr Leben oder die Gesundheit oder die Gesundheit der Frucht bedroht ist oder wenn eine genetisch mangelhafte Entwicklung der Frucht besteht unterbrechen.

§6

(1)Die Frau, die das 16. Lebensjahr nicht beendet hat, kann die Schwangerschaft gemäß § 4 nur mit Einverständnis des gesetzlichen Vertreters bzw. dessen, dem ihre Erziehung anvertraut ist, künstlich unterbrechen.

(2)Wenn die Frau bei der künstlichen Unterbrechung der Schwangerschaft gemäß § 4 im Alter von 16-18 Jahren war, verständigt die medizinische Einrichtung darüber ihren gesetzlichen Vertreter.

§ 7

Die Frau bittet schriftlich um die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung den Frauenarzt der Gesundheitseinrichtung, die nach dem Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts oder dem Arbeitsplatz oder der Schule zuständig ist.

Der Arzt ist verpflichtet, die Frau über mögliche gesundheitliche Folgen der künstlichen Schwangerschaftsunterbrechung und über Möglichkeiten der Verwendung von empfängnisverhütenden Methoden und Mitteln zu belehren.

Wenn die Frau auf der künstlichen Schwangerschaftsunterbrechung besteht und ein Arzt feststellt, dass die Bedingungen für ihren Vollzug(Durchführung) erfüllt sind, bestimmt er die medizinische Einrichtung, wo die Unterbrechung durchgeführt wird.

§ 8

(1)Wenn der Arzt die Bedingungen für die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung (§ 4,5) nicht als gegeben feststellte, kann die Frau innerhalb von 3 Tagen schriftlich um Überprüfung der Versagung beim Kreisarzt für Gynäkologie und Geburtshilfe bitten, der diese Bitte bis

spätestens 2 Tage ab ihrer Zustellung überprüft. Zur Überprüfung hat dieser Facharzt weitere 2 Ärzte dieser Fachrichtung bzw. auch Ärzte von anderen betroffenen Gebieten hinzuzuziehen.

Stellt er fest, dass die Bedingungen für eine künstliche Schwangerschaftsunterbrechung erfüllt sind, gibt er das der Frau bekannt und bestimmt eine medizinische Einrichtung, wo die Unterbrechung durchgeführt wird.

(2) Wenn der Kreisarzt für Gynäkologie und Geburtshilfe die Bedingungen für die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung nicht gegeben sieht und die Frau auf ihr besteht, übermittelt er ihre schriftliche Bitte sofort zur Überprüfung an den Bezirksarzt für Gynäkologie und Geburtshilfe, der 2 weitere Ärzte aus diesem Fachgebiet bzw. auch Ärzte eines anderen betroffenen Gebietes hinzuzieht und die Bitte bis spätestens 3 Tage nach ihrer Zustellung überprüft.

Stellt er fest, dass die Bedingungen für eine künstliche Schwangerschaftsunterbrechung nicht gegeben sind, gibt er das Ergebnis der Überprüfung, die nun beendet ist, der Frau schriftlich bekannt. Im Fall, dass die Bedingungen für eine künstliche Schwangerschaftsunterbrechung erfüllt sind, geht er wie der Kreisarzt für Gynäkologie und Geburtshilfe nach Absatz 1 vor.

§ 9

Für die Durchsetzung der Bestimmungen dieses Gesetzes wird sich auf allgemeine Vorschriften der Verwaltung bezogen.

§ 10

Die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung gemäß § 4 wird nicht an Ausländerinnen durchgeführt, die sich lediglich vorübergehend in der Tschechischen Sozialistischen Republik aufhalten.

§ 11

(1) Für die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung, die gemäß § 4 durchgeführt wird,

bezahlt die Frau in den Fällen der festgelegten allgemein verbindlichen Rechtsvorschriften der medizinischen Einrichtungen einen Zuschlag.

(2) Die Gebühr für die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung an Ausländerinnen ist in gesonderten Vorschriften geregelt.

§ 12

Das Ministerium für Gesundheitswesen der Tschechischen Sozialistischen Republik gibt allgemein verbindliche Rechtsvorschriften heraus, die die Bedingungen für die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung, die Vorgehensweise bei der Behandlung der künstlichen Schwangerschaftsunterbrechung und die Höhe der Zuzahlung und die Zahlungsbedingungen regeln.

Diese Vorschrift regelt ebenfalls den Kreis der Ausländerinnen, die die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung auf Gebühr durchführen lassen kann.

§ 13

Nach diesem Gesetz werden die Anforderungen an eine künstliche Schwangerschaftsunterbrechung, über die vor Inkrafttreten nicht befugt entschieden worden konnte, geregelt.

§ 14

Es wird aufgehoben:

Gesetz Nr. 68/1957 über die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung
Kabinettsbeschluß Nr. 126/1962, durch den die Unterbrechungskommission gegründet
und das Gesetz über die künstliche Schwangerschaftsunterbrechung durchgeführt
wurde, in der Fassung des Kabinettsbeschlusses Nr. 54/1966 und des Beschlusses der
Regierung der CSR Nr. 69/1973

3. Bekanntmachung Nr. 71/1973, mit der das Gesetz Nr. 68/1957 über die künstliche

Schwangerschaftsunterbrechung durchgeführt wurde, in der Fassung der Bekanntmachung Nr. 80/1980, die die Bekanntmachung Nr. 71/1973 ändert und ergänzt.

§ 15

Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 1987 in Kraft.

Kundmachung des Gesundheitsministeriums der Tschechischen Sozialistischen Republik vom 7.11.1986 über die Durchführung des Gesetzes des Tschechischen Nationalrates Nr. 66/1986 Sb. über den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft

Gemäß § 12 des Gesetzes des Tschechischen Nationalrats Nr. 66/1986 Sb. über den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft bestimmt das Gesundheitsministerium der Tschechischen Sozialistischen Republik.

Voraussetzungen für den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft:

§ 1

Zu den gesundheitlichen Gründen, bei deren Vorliegen ein künstlicher Abbruch der Schwangerschaft auf Verlangen der Frau nicht vorgenommen werden darf (Kontraindikationen), zählen:

- a) ein Gesundheitszustand der Frau, der das gesundheitliche Risiko im Zusammenhang mit einem künstlichen Abbruch der Schwangerschaft wesentlich erhöht, und insbesondere eine Entzündungskrankheit;
- b) ein künstlicher Abbruch der Schwangerschaft, der innerhalb der letzten sechs Monate vorgenommen worden ist, mit Ausnahme der Fälle, in denen
 - 1) die Frau bereits zwei Geburten hatte oder
 - 2) die Frau das 35. Lebensjahr erreicht hat oder
 - 3) ein begründeter Verdacht besteht, dass die Frau infolge einer an ihr begangenen Straftat schwanger geworden ist.

§ 2

(1) Ein Verzeichnis der Krankheiten, der Syndrome und der Zustände, die als gesundheitliche Gründe für die Vornahme des künstlichen Abbruchs der Schwangerschaft gelten, ist im Anhang zu dieser Kundmachung enthalten (vom Abdruck wurde abgesehen).

Nach Ablauf der 12. Schwangerschaftswoche kann ein künstlicher Abbruch der Schwangerschaft nur dann vorgenommen werden, wenn das Leben der Frau bedroht ist oder wenn

nachgewiesen worden ist, dass der Fötus schwer geschädigt oder lebensunfähig ist.

(2) Sprechen für den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft genetische Gründe, so kann der Eingriff spätestens bis zum Beginn der 24. Schwangerschaftswoche vorgenommen werden.

§ 3

(1) Aus gesundheitlichen Gründen kann bei einer Frau mit deren Zustimmung ein künstlicher Abbruch der Schwangerschaft vorgenommen werden, wenn dies von der Gesundheitseinrichtung oder von der Frau angeregt und der Gesundheitszustand bestätigt wird.

(2) Zur Feststellung der gesundheitlichen Gründe für den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft ist der Leiter der Abteilung der Gesundheitseinrichtung befugt, die für die Erkrankung zuständig ist, oder ein von ihm bestimmter Vertreter.

(3) Wenn die Anregung für den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft von der Gesundheitseinrichtung stammt und die Frau sich weigert, dazu ihre Zustimmung zu geben, so gibt die Frau, die in den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft nicht eingewilligt hat, eine schriftliche Erklärung ab.

Vorgehen bei der Behandlung des künstlichen Abbruchs der Schwangerschaft:

§ 4

(1) Der Frauenarzt in der für den ständigen Aufenthaltsort der Frau bzw. für den Ort ihres Arbeitsplatzes oder ihrer Schule zuständigen Gesundheitseinrichtung (nachfolgend: Arzt), an den die Frau das schriftliche Gesuch um den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft gerichtet hat, untersucht die Frau, stellt die Dauer der Schwangerschaft fest, prüft, ob gesundheitliche Gründe vorliegen, die gegen den Eingriff sprechen (Kontraindikationen) und verfasst den Befund. Die Dauer der Schwangerschaft wird in abgeschlossenen Wochen, beginnend vom ersten Tag der letzten Menstruation, bestimmt. Die Frau bestätigt der Gesundheitseinrichtung schriftlich, dass ihr der Arzt seinen Befund mitgeteilt hat sowie dass er sie über die möglichen gesundheitlichen Folgen des künstlichen Abbruchs der Schwangerschaft wie auch über die Art und Weise der Anwendung

schwangerschaftsverhütender Methoden und Mittel belehrt hat.

(2) Für das Gesuch um künstlichen Abbruch der Schwangerschaft und das weitere Vorgehen wird der Vordruck »Gesuch um den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft und um Vornahme des Aborts und um die Überprüfung des Befundes des Arztes« benutzt. Diese Vordrucke werden der Frau vom Arzt ausgehändigt.

(3) Die Frau kann bis zum Beginn der Durchführung des Eingriffs ihr Gesuch bzw. ihre Zustimmung zurückziehen. Der Arzt macht darüber einen Vermerk in der Gesundheitsdokumentation der Frau.

§ 5

(1) Für den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft auf Gesuch der Frau im Alter bis zum 16. Lebensjahr ist die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters bzw. desjenigen erforderlich, dem die Erziehung der Frau übertragen worden ist (nachfolgend: gesetzlicher Vertreter); die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist auch erforderlich, wenn der künstliche Abbruch der Schwangerschaft bei einer solchen Frau aus gesundheitlichen Gründen vorgenommen wird.

(2) Soweit für den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, wird dessen Zustimmung der Gesundheitsdokumentation beigelegt.

Ort der Vornahme des künstlichen Abbruchs der Schwangerschaft und Pflichten der Mitarbeiter des Gesundheitswesens:

§ 6

(1) Der Arzt bzw. der Kreis- oder Bezirksarzt für Gynäkologie und Geburtshilfe bestimmt die für die Vornahme des künstlichen Abbruchs der Schwangerschaft (nachfolgend: Vornahme) zuständige stationäre Einrichtung der Gesundheitsfürsorge. Auf Wunsch der Frau kann auch eine andere stationäre Einrichtung der Gesundheitsfürsorge bestimmt werden, wenn dies mit der betreffenden Einrichtung abgestimmt wird.

(2) Die Gesundheitseinrichtung nimmt den Eingriff unverzüglich vor; über den Zeitpunkt der Durchführung wird die Frau bei der Vorlage ihres Gesuchs mit dem Befund des Arztes oder

desjenigen, der diesen Befund überprüft hat, benachrichtigt.

(3) Über den künstlichen Abbruch der Schwangerschaft auf Verlangen einer Frau im Alter zwischen dem 16. und dem 18. Lebensjahr benachrichtigt die Gesundheitseinrichtung unverzüglich nach Durchführung des Eingriffs in geeigneter Weise, mündlich oder durch eine schriftliche Mitteilung zu eigenen Händen, den gesetzlichen Vertreter der Frau.

§ 7

Die Gesundheitseinrichtung, in der der künstliche Abbruch der Schwangerschaft vorgenommen worden ist, macht bis zum 5. Tag eines jeden Monats darüber eine Meldung an den für den Aufenthaltsort der Frau zuständigen Kreisarzt für Gynäkologie und Geburtshilfe sowie für die statistische Verarbeitung an die Kreisabteilung für Volksgesundheit. Eine besondere Meldung darüber sendet die Gesundheitseinrichtung an den für den ständigen Aufenthaltsort der Frau zuständigen Bezirksarzt für Gynäkologie und Geburtshilfe.

§ 8

Alle beteiligten Mitarbeiter unterliegen der Schweigepflicht in Bezug auf alle Gegebenheiten, über die sie im Zusammenhang mit einem künstlichen Abbruch der Schwangerschaft Kenntnis erlangten und die die berechtigten Interessen der Frau betreffen.

§ 9

Wenn ein künstlicher Abbruch der Schwangerschaft nicht aus gesundheitlichen Gründen vorgenommen wird und die Schwangerschaft bei ihrer Feststellung älter als acht Wochen ist, zahlt die Frau vor Durchführung des Eingriffs an die Gesundheitseinrichtung eine Gebühr in Höhe von 500 Kčs.

Künstlicher Abbruch der Schwangerschaft bei Ausländerinnen:

§ 10

(1) Als vorübergehender Aufenthalt wird nicht der Aufenthalt von Ausländerinnen betrachtet,

die in Organen und Organisationen mit Sitz in der Tschechischen Sozialistischen Republik arbeiten bzw. die Familienmitglieder von Mitarbeitern solcher Organe und Organisationen sind; entsprechendes gilt für den Aufenthalt von Studentinnen und anderen Ausländerinnen, die eine Aufenthaltserlaubnis für Ausländer gemäß internationaler Vereinbarungen haben. Die Gesundheitseinrichtung ist verpflichtet, die Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung zu verlangen.

(2) Ausländerinnen, die zur Inanspruchnahme von kostenloser Heilfürsorge berechtigt sind, entrichten der Gesundheitseinrichtung eine Gebühr gemäß den in § 9 genannten Sätzen.

Von den übrigen Ausländerinnen wird eine Kostenerstattung gemäß besonderer Vorschriften erhoben.

Aufhebungsvorschrift:

§ 11

Die Bekanntmachung des Gesundheitsministeriums der ČSR vom 26. April 1977 Nr. LP/2-251-10.5.1977, Nr. 3/1977 des Amtsblattes des Gesundheitsministeriums der ČSR über die Gebühren für die Untersuchung und die Kontrolle bei der hormonalen und intrauterinen Schwangerschaftsverhütung, registriert unter der Nr. 2/1978 Sb., wird aufgehoben.

Inkrafttreten:

§ 12

Diese Kundmachung tritt am 1. Januar 1987 in Kraft.

II. Originaltexte aus dem Tschechischen

Nedovolené prerušenie tehotenstva

§ 227

(1) Kto tehotnej žene pomáha alebo ju zvedie k tomu, aby

a) svoje tehotenstvo sama umele prerušila alebo

b) iného požiadala alebo inému dovolila, aby jej bolo tehotenstvo umele prerušené ináč ako spôsobom prípustným podľa zákonných predpisov o umelom prerušení tehotenstva, potresce sa odňatím slobody až na jeden rok.

(2) Odňatím slobody na jeden rok až päť rokov sa páchatel' potresce, ak spôsobí činom uvedeným v odseku 1 ťažkú ujmu na zdraví alebo smrť.

§ 228

(1) Kto so súhlasom tehotnej ženy umele preruší jej tehotenstvo ináč ako spôsobom prípustným podľa zákonných predpisov o umelom prerušení tehotenstva, potresce sa odňatím slobody na jeden rok až päť rokov alebo peňažným trestom, alebo zákazom činnosti.

(2) Odňatím slobody na dva roky až osem rokov sa páchatel' potresce, ak činom uvedeným v odseku 1

a) získa značný prospech alebo

b) spôsobí ťažkú ujmu na zdraví alebo smrť.

(3) Rovnako ako v odseku 2 sa potresce, kto bez súhlasu tehotnej ženy umele preruší jej tehotenstvo.

(4) Odňatím slobody na päť rokov až dvanásť rokov alebo peňažným trestom, alebo zákazom činnosti sa páchatel' potresce, ak spôsobí činom uvedeným v odseku 3 smrť.

§ 229

Tehotná žena, ktorá svoje tehotenstvo sama umele preruší alebo iného o to požiada alebo mu to dovoľí, nie je pre taký čin trestná, a to ani podľa ustanovení o návodcovi a pomocníkovi.

66

Z Á K O N

České národní rady ze dne 20. října 1986 o umělém přerušení těhotenství

Česká národní rada se usnesla na tomto zákoně:

§ 1

Účel zákona

Zákon upravuje umělé přerušení těhotenství a se zřetelem na ochranu života a zdraví ženy a v zájmu plánovaného a odpovědného rodičovství stanoví podmínky pro jeho provádění.

Předcházení nežádoucímu těhotenství

§ 2

Nežádoucímu těhotenství se předchází především výchovou k plánovanému a odpovědnému rodičovství v rodině, ve škole a zdravotnických zařízeních, výchovným působením v oblasti sociální a kulturní a využíváním prostředků k zabránění těhotenství.

§ 3

Prostředky k zabránění těhotenství, které jsou na lékařský předpis, jakož i lékařské vyšetření a kontrola s tím související se poskytují ženě bezplatně.

Podmínky pro umělé přerušení těhotenství

§ 4

Ženě se uměle přeruší těhotenství, jestliže o to písemně požádá, nepřesahuje-li těhotenství dvanáct týdnů a nebrání-li tomu její zdravotní důvody.

§ 5

Ženě lze uměle přerušit těhotenství ze zdravotních důvodů s jejím souhlasem nebo z jejího podnětu, jestliže je ohrožen její život nebo zdraví nebo zdravý vývoj plodu nebo jestliže jde o geneticky vadný vývoj plodu.

§ 6

(1) Ženě, která nedovršila šestnácti let, lze uměle přerušit těhotenství podle § 4 se souhlasem zákonného zástupce, popřípadě toho, jemuž byla svěřena do výchovy.

(2) Jestliže bylo podle § 4 uměle přerušeno těhotenství ženě ve věku od šestnácti do osmnácti let, vyrozumí o tom zdravotnické zařízení jejího zákonného zástupce.

Postup při projednání umělého přerušení těhotenství

§ 7

Žena písemně požádá o umělé přerušení těhotenství ženského lékaře zdravotnického zařízení příslušného podle místa jejího trvalého pobytu nebo místa pracoviště nebo školy. Lékař je povinen poučit ženu o možných zdravotních důsledcích umělého přerušení těhotenství i o způsobech používání antikoncepčních metod a prostředků. Jestliže žena na umělém přerušení těhotenství trvá a zjistí-li lékař, že jsou splněny podmínky pro jeho výkon, určí zdravotnické zařízení, kde se výkon provede.

§ 8

(1) Jestliže lékař neshledal podmínky pro umělé přerušení těhotenství (§ 4 a 5), může žena do tří dnů písemně požádat o přezkoumání jeho závěru okresního odborníka pro obor gynekologie a porodnictví, který tuto žádost přezkoumá nejpozději do dvou dnů od jejího doručení. K přezkoumání žádosti si tento odborník přizve dva další lékaře z tohoto oboru, popřípadě i lékaře z jiného dotčeného oboru. Zjistí-li, že podmínky pro umělé přerušení těhotenství jsou splněny, oznámí to ženě a určí zdravotnické zařízení, kde se výkon provede.

(2) Jestliže okresní odborník pro obor gynekologie a porodnictví neshledal podmínky pro umělé přerušení těhotenství a žena na něm trvá, postoupí ihned její písemnou žádost k přezkoumání krajskému odborníkovi pro obor gynekologie a porodnictví, který si přizve dva další lékaře z tohoto oboru, popřípadě i lékaře z jiného dotčeného oboru a přezkoumá žádost nejpozději do tří dnů od jejího doručení. Neshledal-li podmínky pro umělé přerušení těhotenství, písemně oznámí ženě výsledek přezkoumání, který je konečný; v případě, že podmínky pro umělé přerušení těhotenství jsou splněny, postupuje obdobně jako okresní odborník pro obor gynekologie a porodnictví podle odstavce 1.

§ 9

Na postup stanovený tímto zákonem se nevztahují obecné předpisy o správním řízení.

§ 10

Umělé přerušení těhotenství cizinkám

Umělé přerušení těhotenství podle § 4 se neprovede cizinkám, které se v České socialistické republice zdržují pouze přechodně.

§ 11

Příplatek nebo úhrada za umělé přerušení těhotenství

(1) Za umělé přerušení těhotenství provedené podle § 4 uhradí žena v případech stanovených obecně závazným právním předpisem zdravotnickému zařízení příplatek.

(2) Úhradu za umělé přerušení těhotenství cizinkám upravuje zvláštní předpis.

§ 12

Zmocnění

Ministerstvo zdravotnictví České socialistické republiky vydá obecně závazný právní předpis, jímž podrobněji upraví podmínky pro umělé přerušování těhotenství, postup při projednávání umělého přerušování těhotenství a výši příplatku a podmínky jeho placení. Tento předpis též upraví okruh cizinek, kterým lze provést umělé přerušování těhotenství za úhradu.

§ 13

Přechodné ustanovení

Podle tohoto zákona se projednají též žádosti o umělé přerušování těhotenství, o nichž nebylo pravomocně rozhodnuto před počátkem jeho účinnosti.

§ 14

Zrušovací ustanovení

Zrušují se

zákon č. 68/1957 Sb., o umělém přerušování těhotenství,
vládní nařízení č. 126/1962 Sb., kterým se zřizuje interrupční komise a provádí zákon o umělém přerušování těhotenství, ve znění vládního nařízení č. 54/1966 Sb., a nařízení vlády ČSR č. 69/1973 Sb.,
vyhláška č. 71/1973 Sb., kterou se provádí zákon č. 68/1957 Sb., o umělém přerušování těhotenství, ve znění vyhlášky č. 80/1980 Sb., kterou se mění a doplňuje vyhláška č. 71/1973 Sb.

§ 15

Účinnost

Tento zákon nabývá účinnosti dnem 1. ledna 1987.

Příloha k vyhlášce č. 75/1986 Sb.

Seznam

nemocí, syndromů a stavů,

kteřé jsou zdravotními důvody k umělému přerušení těhotenství

1. Interní

a) choroby srdce a cévního systému

Chlopenní vady, zejména stenóza mitrální a insuficience aorty s omezením výkonnosti srdce nebo takové, u kterých došlo před těhotenstvím k projevům oběhové slabosti, k infarktu plic, k emboliím do velkého oběhu nebo k akutnímu edému plic. Akutní nebo evolutivní zánětlivá onemocnění srdeční (myokarditida, infekční endokarditida, revmatická horečka).

Infarkty srdečního svalu.

Veškeré srdeční choroby, u nichž dochází do skončení 12. týdne těhotenství k arytmiím (míhání nebo kmitání síní, kardiální synkopy), k žilním městnáním nebo k cyanóze.

Vrozené srdeční vady s poruchou oběhu krevního, zejména vady s cyanózou a koarktace aorty se zřetelným přetlakem na horních končetinách.

Stavy po operaci srdce a velkých cév pro vrozené nebo získané srdeční vady, pokud nebylo dosaženo úplné korekce vady a normalizace hemodynamických poměrů.

Hypertenze rezistentní na terapii s vysokým diastolickým tlakem.

Varikózní komplex rozsáhlého stupně, postihující zvláště krajiny rodidel a dolní končetiny, s proběhlými ulceracemi a tromboflebitidami.

Diagnosticky bezpečně prokázané kardiomyopatie.

U lehčích srdečních onemocnění, která nejeví známky progresu, je nutno uvážit, zda se matka bude moci dostatečně chránit ostatní námahy (domácnost, zaměstnání, ošetřování dítěte zvláště v prvních 2-3 letech, je-li v rodině více malých dětí potřebných dozoru i v noci).

b) choroby plic

Plicní choroby s omezením respirační funkce (pulmonální insuficience, bronchiektázie, chronická bronchitida, emfyzém).

Chronické plicní infekce.

c) choroby ledvin

Chronická glomerulonefritida zejména se známkami aktivního zánětlivého procesu.

Chronická glomerulonefritida provázená nefrotickým syndromem nebo hypertenzním syndromem.

Pyelonefritida s omezením renálních funkcí.

Nefrotický syndrom.

Polycystické ledviny.

Geneticky podmíněné nefropatie (např. metabolické tubulární syndromy), každé onemocnění ledvin, kde je snížena glomerulární filtrace trvale pod 50 %.

d) chorobné stavy tvorby krve

Krvácivé choroby, kde lze při porodu a v šestinedělí očekávat závažné krvácení.

Veškeré hemoblastózy a hemoblastómy.

Myeloproliferativní stavy.

Hemolytické anémie.

Prokázané přenášení těžkých forem hemofilií nebo choroby Renduovy – Oslerovy – Weberovy.

e) choroby trávicího ústrojí

Komplikovaná cholelitiáza (biliární cirhóza, choledocholitiáza, empyém žlučníku, cholangoitida, pankreatitida).

Recidivující pankreatitida, pankreatolitiáza.

Aktivní nebo vleklá recidivující vředová choroba gastroduodenální.

Hemoragická (ulcerózní) proktokolitida a regionální enterokolitida (Crohnova choroba).

Stavy zjistitelné denutrice vyvolané chorobami trávicího ústrojí.

Chronické parenchymatózní choroby jater.

Stav po infekční hepatidě do 1 roku se známkami poruchy jaterních funkcí.

f) poruchy endokrinní

Nemoc Basedowova.

Struma s mechanickými následky zvláště retrosternální struma s kompresí krčních žil.

Hyperthyreóza – metabolicky nestabilní (všechny formy).

Nekompenzovaná hypothyreóza.

Hyperparat hyroidismus.

Adenomy nadledvinek.

Feochromocytom.

Diabetes mellitus I. typu, pokud diabetička nebyla v období početí nebo prvních týdnech těhotenství ideálně kompenzovaná.

Diabetes mellitus I. typu s komplikacemi (zejména cévními), u juvenilních forem při opětovných potratech a úmrtí plodu, ale i diabetes mellitus (juvenilního typu) bez komplikací.

Diabetes mellitus II. typu, kde lze těhotenstvím očekávat zhoršení základního onemocnění.

Diabetes mellitus II. typu s komplikacemi (zejména cévními, kardiovaskulárními).

Diabetes mellitus I. a II. typu při oboustranném zatížení (diabetes obou rodičů nebo v obou rodinách).

Gestační diabetes v předchozím těhotenství (vyžadující aplikaci inzulínu), jsou-li přítomny další rizikové faktory, zejména genetická zátěž.

Ve všech případech diabetu I., II. i gestačního DM, kde průkazným vyšetřováním HbA_{1c}, nebo jiného indikátoru dlouhodobé kompenzace byla zjištěna špatná kompenzace v době početí (hladina HbA_{1c}, vyšší než 10 %).

Ostatní endokrinopatie na základě vyšetření odborného ústavu.

g) infekční choroby

Při onemocnění: bezpečně prokázanou teratogenitou či jiným rizikem pro plod jako jsou zarděnky, infekce cytomegalovirem, toxoplasmóza, varicela, AIDS je přerušeno možné ve spolupráci s genetickým oddělením až do 24. týdne těhotenství. Infekce s možnou teratogenitou nebo jiným možným rizikem pro plod jako příušnice, herpes simplex, EB virosa, coxsackiíza B, chřipka s teplotami 40 °C a více, lymfocytární choriomeningitida, parvoviroza, virová hepatitida (zvláště typ B), listerióza a aplikace živých očkovacích látek matce.

h) poruchy metabolické

Dna s opakovanými záchvaty nebo u pacientek soustavně pro tuto chorobu léčených.

Poruchy lipidového metabolismu biochemicky prokázané, zejména geneticky podmíněné nebo s projevy orgánových následných změn (např. arterioskleróza).

Thesaurismosy prokázané histologicky nebo biochemicky.

2. Chirurgické

Rozsáhlé břišní kýly, brániční a hiátové kýly, nesouhlasí-li žena s operací.

Postresekční syndrom po resekci žaludku a syndromy postcholecystektomické.

Opakující se ileózní stavy.

Chirurgicky léčené vrozené anomálie tlustého střeva a konečníku.

Rozsáhlé benigní nádory břišní a pánevní.

Stavy po resekci plic se snížením funkční kapacity plic.

Aktinomykóza plic a plicní abscesy.

Pokročilé organické změny periferních cév.

Pravá a nepravá arteriovenózní aneurysmata aorty a velkých cév nitrobřišních a končetinových.

Malformace mozkových cév anatomicky benigní.

3. Urologické

Stavy po vynětí ledviny, nebo jestliže jedna ledvina chybí (agenezie) nebo je zakrnělá (hypoplazie) při funkční nedostatečnosti zbylé ledviny.

Cystóza ledvin.

Pyelonefritida s omezením renálních funkcí.

Hematurie z neznámé příčiny.

Nefrolitiáza oboustranná, i když konkrementy nejsou fixní a často z obou ledvin současně spontánně odcházejí – urátová urolitiáza.

Papilomatóza měchýře.

Hydronefróza.

Jiné závažné vývojové úchytky vedoucí ke snížení funkční schopnosti ledvin.

4. Ortopedické

Všechny dědičné vrozené vady osteroartikulárního aparátu.

Stavy po vrozené kyčelní dysplazii od subluxace výše.

Stavy po Perthesově onemocnění s následnou prearthrosou.

Stavy po juvenilní epifyzeolýze hlavice kosti stehenní.

Spondylolýsa, spondylolistesa.

Skoliósa hrudní a bederní páteře nad 30 st.

Deformity pánve vrozené (hypoplázie)

získané (postradiační, Chrobakova pánev, atd.)

posttraumatické s poruchou pánevního kruhu.

Deformační artróza nosných kloubů.

Stavy po rozsáhlých a komplikovaných zlomeninách s funkčním či anatomickým defektem.

Juvenilní revmatoidní artritida, progresivní chronická polyarthritida.

Těžké poruchy stereotypu chůze.

Ankylózy velkých kloubů.

Pouřazové stavy provázené parézou velkých periferních nervů.

Systémová onemocnění, metabolické osteopatie

Stavy po poliomyelitidě.

Stavy po dětské mozkové obrně.

Recidivující chronická osteomyelitida.

Nádory pohybového aparátu a jim podobné maligní afekce, potenciálně maligní, úporně recidivující nebo působící potíže v důsledku lokalizace.

5. Revmatologické

Spondylarthritida ankylosující - Morbus Bechtěrev.

Polyarthritida progresivní „reumatoidní artritida“. Při chronických polyarthritidách je třeba přihlídnout zejména k průběhu nemoci, k její aktivitě a ovlivnitelnosti léčbou, jakož i funkční zdatnosti.

Chronická dna s pokročilými deformacemi a zvláště viscerálním (ledvinným) postižením.

Revmatická horečka ve stádiu aktivity a v době prevence penicilinem.

Difuzní onemocnění pojiva (tzv. kolagenózy)

systémový lupus erythematoses, zvláště evolutivní formy s příznaky lupusu, nefritidy,

sclerodermia difusa, zvláště progredující formy s projevy orgánového postižení,

dermatomyosa s polymyositickým syndromem a viscerálními změnami,

polyarteritida nodosní.

6. Onkologické

zhoubné novotvary a stavy po jejich odstranění operativním nebo léčením zářením, které mohou nepříznivě ovlivnit průběh těhotenství, mít vliv na plod anebo hrozit ženu ve zdravotním stavu,
carcinoma in situ, pokud ohrožuje zdravotní stav matky.

7. Pneumologické

Tuberkulóza a jiné mykobakteriízy

a) Tuberkulóza a jiné mykobakteriízy dýchacího ústrojí

Všechny formy tuberkulózy nebo jiné mykobakteriízy v evolutivní fázi (rozpad, rozsev, infiltrace) s nálezem i bez nálezů mykobakterií, když i přes léčbu antituberkulotiky lze očekávat, že by těhotenství zhoršilo onemocnění budoucí matky.

Všechny formy tuberkulózy nebo jiné mykobakteriízy v resorpci nebo inaktivní formy: při podstatně snížené kardiorepirační funkci v důsledku základního onemocnění komplikované jiným závažným onemocněním, i když jeho stupeň sám o sobě není indikací k interrupci těhotenství (např. diabetes mellitus)

mělo-li předchozí těhotenství vliv na zhoršení tuberkulózního onemocnění.

Nakažlivé formy tuberkulózy u osob žijících ve společné domácnosti s budoucí matkou, které nelze negativizovat antituberkulotickou léčbou a nelze zajistit jejich izolaci.

b) Tuberkulóza mimoplicní

Tuberkulóza ledvin s výrazným úbytkem renálního parenchymu a chronickou insuficiencí ledvin.

Posttuberkulózní nefropatie, u nichž by těhotenství mohlo vést k dekompenzaci.

Floridní specifická cystitida při renální tuberkulóze, která přetrvává i přes léčbu antituberkulotiky a vyvolává funkční změny.

Nespecifické choroby plic a pohrudnice

Všechny choroby plic, komplikované omezením kardiorepirační funkce, které je rozhodující pro indikaci k přerušení těhotenství. Toto omezení mohou vyvolat především tyto choroby: chronické obstruktivní nemoci plic (chronická bronchitida, asthma bronchiale; emfyzém plic, bronchiektázie)

rozsáhlá sarkoidóza

pneumokoniózy

difúzní plicní fibrózy a alergická alveolitida

rozsáhlé pohrudniční srůsty.

Chronická zánětlivá onemocnění plic (např. plicní absces, bronchiektázie).

8. Neurologické

Roztroušená skleróza mozkomíšní a jiné demyelinizační choroby (podle závažnosti stavu a obrazu choroby).

Paraplegie a těžké paraparézy dolních končetin z organické příčiny.

Nádory mozku, míchy a jejich obalů.

Parazitární onemocnění centrálního nervového systému.

Degenerativní a heredodegenerativní nemoci cen-

trálního nervového systému (např. choroba Friedreichova, Pierre-Marieova, Wilsonova,

Westphal-Strümpellova, Creutzfeldova-Jakobova, Alsheimarova, Gerstmannův-Sträusslerův sy., amyotrofická laterální skleróza.

Všechny myopatie.

Dystrofické myotonie.

Choroba Huntingtonova.

Těžké formy cévních onemocnění a příhod mozkových a míšních.

Aneurysmata a intrakraniální cévní malformace.

Funikurální myelózy.

Encefalitidy, encefalomyelitidy a meningitidy v akutním stavu a těžší následné reziduální syndromy.

Polyradikuloneuritidy.

Těžké formy polyneuropatie.

Myastenia.

Syringomyelie a syringobulbie.

Traumata mozku a míchy s výraznou ložiskovou symptomatologií, včetně reziduálních stavů tohoto typu.

Athetosis duplex.

Primární atrofie mozečkové.

Dysbasia lordotica progressiva.

Familiární periodická obrna.

Těžší diskopatie bederní.

Těžké rezistentní neuralgie.

Epilepsie rezistentní na moderní medikamentózní léčbu.

Těžké formy dětské mozkové obrny.

Neurolues-neurotabes.

Těžké sekundární neurastenické syndromy.

Těžké neurovegetativní neurózy.

Těžké formy migrény s častými nezvládnutelnými záchvaty.

Všechny akutní a chronické intoxikace s postižením periferního nebo centrálního nervového systému.

Všechny ostatní nervové choroby, které se značně zhoršily v předchozím těhotenství.

9. Psychiatrické

a) Choroby ženy:

Psychózy.

Těžší forma psychopatie, dekompenzace psychopatie.

Těžší reaktivní psychická porucha s nebezpečím suicidia event. ověřena hospitalizací.

Neuróza úzkostná a obsedantní.

Nervová heredofamiliární onemocnění s psychickými poruchami.

b) Choroby vyskytující se u jednoho z rodičů, zvláště dědičně přenosné:

Psychózy.

Oligofrenie.

Těžší forma psychopatie.

Závažné sexuální deviace.

c) Porodila-li žena ve spojení s tímž otcem již oligofrenní nebo jinak psychicky stigmatizované dítě.

d) Alkoholismus nebo jiná toxikománie jednoho z rodičů, projevuje-li se též povahovými defekty.

e) Je-li žena v době těhotenství aktivně léčena nebo doléčována psychofarmaky.

10. Dermatovenerologické

- a) Kožní
- Penfigi a dermatitis herpetiformis
 - Erythrodermie.
 - Erythematodes auctus ev. disseminátus.
 - Dermatomyositida akutní.
 - Sklerodermie.
 - Impetigo herpetiformní.
 - Purpury zhoršující se za těhotenství.
 - Mycosa fungoidní.
 - Xeroderma pigmentosum.
 - Maligní melanom.
 - Jiné zhoubné kožní novotvary.
 - Závažné genodermatosy a vývojové kožní vady.
 - Psoriasis pustulosní generalisovaná.
 - Všechna závažná rozsáhlá kožní onemocnění.
 - Stavy po těžkých popáleninách na prsech a kolem genitálu.
 - Chronické pruriginosní dermatosy s psychopatiemi.
- b) Syfilis manifestní všech stadií a forem se syfilofobickými obavami o zdraví dítěte (za antibiotické clony).
- Lymfgranuloma venereum.

11. Oftalmologické

Choroby zrakového ústrojí a oční projevy celkových onemocnění, při nichž lze umělým přerušením těhotenství zabránit trvalému poškození zraku matky, pokud poškození nelze zabránit jinými způsoby jako oftalmologickou prevencí (fotokoagulace, kryopexie apod.) či šetrným vedením porodu (císařským řezem).

Sem patří zejména:

recidivující záněty sítnice a cévnatky, zejména nezjištěné etiologie a prokazatelně zhoršené dřívějším těhotenstvím.

Záněty sítnicových cest s opakovaným krvácením.

Vysoká krátkozrakost s pokročilými degenerativními změnami sítnice a cévnatky, s krvácením nebo odchlípením sítnice a vitreoretinální degenerace s nebezpečím odchlípení sítnice.

Retinopatie, zvláště diabetické a toxemické.

Familiární a hereditární onemocnění sítnice, zrakového nervu a dioptrického ústrojí oka (rohovky, čočky), jejichž genetický podklad je dostatečně prokázán a dominantně dědičný vrozený glaukom (nutné vyjádření genetické poradny).

Retinoblastom s familiárním výskytem nebo oboustranný.

12. Otorinolaryngologické

Relativní indikací pro přerušování těhotenství je otosklerosa, jestliže při předchozím těhotenství došlo k většímu snížení sluchu, při zatížení obou rodičů otosklerosou, jestliže vzhledem k poruše sluchu a dalším průvodním změnám došlo k těžké psychóze podle dobrozdání psychiatra a otologa.

Relativní indikací k přerušování těhotenství je dědičná hluchota nebo těžká a středně těžká nitroušní nedoslýchavost heredodegenerativního původu obou, nebo jednoho z rodičů, kdy oddělení pro lidskou genetiku určí riziko za příliš vysoké vzhledem k postižení dítěte.

13. Gynekologické a porodnické

Hyperemesis gravidarum, kde jsou orgánové změny.

Těžká pozdní gestóza, zjištěná předchozím těhotenstvím, zvláště byla-li sdružená s hypertenzí a proteinurií.

Patologické stavy v porodnické anamnéze:

opakované atonické krvácení po porodu

po dvou porodech ukončených císařským řezem

po operativní úpravě závěsného a podpůrného aparátu, má-li žena dvě živé děti.

Venter pendulus vzniklý diastázou přímých svalů po dvou porodech.

Stavy po operacích pro neudržení moči.

Nepravidelnost plodového vejce, porod dítěte s fetální erytroblastosou nebo riziko poškození plodu prokázané vyšetřením protilátek.

Početí po dočasné RTG kastraci, nebo má-li žena vaječníky poškozené RTG ozařováním z jiných příčin.

Početí mezi příbuznými v pokolení přímém nebo se sourozenci.

Početí do dokonaného 15. roku věku.

Početí po 40. roce věku.

Selhání intrauterinní antikoncepce.

14. Genetické

Závažné dědičné choroby a vývojové vady diagnostikované u plodu metodami prenatalní diagnostiky nebo průkaz jejich vysokého rizika.

Závažné dědičné choroby a vývojové vady, jejichž riziko postižení plodu stanovené genetickým vyšetřením převyšuje 10 %.

U syndromů semiletálních nebo vedoucích k nutnosti azylového ošetřování výjimečně i při riziku nižším.

Faktory s prokázanými mutagenními a teratogenními účinky pro plod, zejména prokázané užívání léků s mutagenním nebo teratogenním účinkem, profesionální expozice chemickým látkám s mutagenním nebo teratogenním účinkem a nadměrná expozice ionizujícímu záření.

Poznámka: Žena předloží potvrzení lékaře, který lék předepsal, s uvedením diagnózy, data vystavení receptu a předepsané dávky. Při profesionální expozici a expozici ionizujícímu záření předloží posudek, který obsahuje data a dávky expozice. Je-li důvodem užívání léků, předloží vyplněnou zprávu o nežádoucím účinku léku (SEVT 14 084 0)

B. REGELUNGEN IN UNGARN

I. Übersetzungen aus dem Ungarischen

§ 169 ungarisches StGB idF des StGB vom 22.12.1978:

§ 169 Abtreibung

(1) Wer die Leibesfrucht einer anderen abtreibt, begeht ein Verbrechen und wird mit Freiheitsentzug bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Die Strafe ist Freiheitsentzug bis zu fünf Jahren, wenn die Abtreibung:

a) gewerbsmäßig,

b) gegen den Willen der Frau,

c) durch schwere Körperverletzung oder Herbeiführung einer Lebensgefahr begangen wird.

(3) Bei der Abtreibung mit Todesfolge ist die Strafe Freiheitsentzug von zwei bis zu acht Jahren.

(4) Die Schwangere, die die Leibesfrucht abtreibt oder selbst abtreiben lässt, begeht ein Vergehen und wird mit Freiheitsentzug bis zu einem Jahr, mit Besserungs-Erziehungsarbeit oder mit Geldstrafe bestraft.

Gesetz LXXIX vom 17. Dezember 1992 über den Schutz des Lebens des Fötus⁶

Das Parlament der Ungarischen Republik verabschiedet in dem Bewußtsein, dass

- das Leben des Fetus ab der Empfängnis zu ehren und zu schützen ist,
- der Schutz des Lebens des Fetus durch eine größere Unterstützung schwangerer Frauen realisiert werden kann, auch wenn die primäre Verantwortung für das Schaffen der Voraussetzungen einer gesunden Entwicklung des Fetus bei den Eltern liegt,
- Schwangerschaftsabbruch kein Mittel der Familienplanung und Geburtenregelung ist,
- Familienplanung in der Pflicht und Verantwortung der Eltern liegt,

das folgende Gesetz:

§ 1

Der sich in der Gebärmutter entwickelnde, aus der Verschmelzung der männlichen und weiblichen Keimzellen entstandene Fetus und die schwangere Frau sind zu unterstützen und zu schützen.

Mittel und Art der Unterstützung und des Schutzes

§ 2

(1) In den Einrichtungen der elementaren und mittleren Schulausbildung findet Unterricht über den Wert des menschlichen Lebens und der Gesundheit, über eine gesunde Lebensführung und verantwortlichen Partnerschaft, ein menschenwürdiges Familienleben sowie über, der Gesundheit nicht schädliche Methoden der Geburtenregelung statt.

(2) Das Amt für den Schutz der Familie⁷, das in den städtischen bzw. hauptstadtbezirklichen Institutionen des Staatlichen Volksgesundheits- und Amtsarztdienstes eingegliedert ist, führt das Verbreiten von Kenntnissen der Familienplanung außerhalb von Schulen durch.

(3) Der Staat fördert die Veröffentlichung und die über die Organe der Massenkommunikation stattfindende Bekanntmachung jener Publikationen, die dem Schutz des Lebens des Fetus dienen oder die Empfängnisverhütung erläutern.

§ 3

(1) Zur kostenlosen Schwangerschaftsfürsorge sind berechtigt,

- a) die sich ständig in Ungarn aufhaltenden ungarischen Staatsangehörigen bzw. deren Ehegatten,
- b) nichtungarische Staatsangehörige, die eine gültige Niederlassungsbewilligung haben.

(2) Im Rahmen der Schwangerschaftsfürsorge -

- a) wird die schwangere Frau über die für die gesunde Entwicklung des Fetus notwendige Lebensführung, über die richtige Ernährung und die Bedeutung des Vermeidens von Einwirkungen, die den Fetus schädigen, insbesondere Rauchen und Alkoholkonsum, unterrichtet,
- b) werden die Reihenuntersuchungen, die der Kontrolle der gesunden Entwicklung des Fetus und dem Gesundheitsschutz der schwangeren Frau dienen, vorgenommen,
- c) wird der schwangeren Frau Hilfe zur Vorbereitung auf die Geburt, das Stillen und die Säuglings- und Kinderpflege gegeben.

(3) Ausführliche Regelungen der Schwangerschaftsfürsorge und der Umfang der im Rahmen der staatlichen Fürsorge zur Verfügung stehenden gebührenfreien, fakultativen Reihenuntersuchungen werden durch Verordnung des Volkswohlfahrtsministers bestimmt.

6 Magyar Közlöny, Nr. 132, 23.12.1992, S.4705-4708. Übersetzung und Anmerkungen: J. Szikinger

7 Das Amt für den Schutz der Familie ist neu einzurichten

§ 4

(1) Den zur kostenlosen Schwangerschaftsfürsorge Berechtigten steht ab dem 4. Monat der Schwangerschaft, deren Dauer der die Schwangerschaftsfürsorge durchführende Arzt bestätigt, bzw. ab dem Zeitpunkt des Beginns der Schwangerschaftsfürsorge, sofern dieser Zeitpunkt ein späterer ist, ein Schwangerschaftsgeld zu.

(2) Das Schwangerschaftsgeld hat die gleiche Höhe wie das Familiengeld pro Kind, berechnet nach der mit eins erhöhten Kinderzahl im Vergleich zum früheren Familienstand.

(3) Ausführliche Regelungen betreffs des Schwangerschaftsgeldes werden durch Verordnung der Regierung bestimmt.

Der Abbruch der Schwangerschaft

§ 5

Ein Schwangerschaftsabbruch ist nur bei einer Gefahr für die eigene Person und gemäß den in diesem Gesetz festgelegten Voraussetzungen erlaubt.

§ 6

(1) Bis zur 12. Schwangerschaftswoche kann die Schwangerschaft abgebrochen werden, wenn

- a) die Schwangerschaft für die Frau eine schwerwiegende Gesundheitsgefahr darstellt,
- b) der Fetus nach ärztlicher Auffassung an einem schweren Gebrechen oder an einer anderen schweren Schädigung leidet,
- c) die Schwangerschaft die Folge einer Straftat ist, oder
- d) die schwangere Frau sich in einer schweren Krise befindet.

(2) Bis zur 18. Schwangerschaftswoche kann die Schwangerschaft abgebrochen werden, wenn die Voraussetzungen des Absatz(1) vorliegen und die schwangere Frau

- a) nicht oder nur begrenzt geschäftsfähig ist,
- b) ihre Schwangerschaft aus gesundheitlichen Gründen, die ihr nicht anzurechnen sind

oder wegen eines ärztlichen Irrtums nicht erkannt wurde oder der Zeitraum des Abs.(1) wegen eines Unterlassens des Krankenhauses⁸ bzw. irgendeiner Behörde überschritten wurde.

(3)Die Schwangerschaft kann bis zur 20. Schwangerschaftswoche, bzw. im Falle einer Verspätung des diagnostischen Verfahrens bis zur 24. Woche, abgebrochen werden, wenn die Wahrscheinlichkeit der genetischen, teratologischen Schädigung des Fetus 50% erreicht.

(4)Unabhängig von der Dauer der Schwangerschaft kann diese abgebrochen werden, wenn
 a) sie das Leben der schwangeren Frau gefährdet, oder
 b) der Fetus nach der Geburt lebensunfähig⁹ wäre.

§ 7

(1)Wird der Schwangerschaftsabbruch nicht mit einer Gesundheitsgefahr¹⁰ begründet, kann er aufgrund eines schriftlichen Antrages der schwangeren Frau vorgenommen werden¹¹.

(2)Der Schwangerschaftsabbruch kann außer von den in § 3 Abs.(1) erwähnten Personen auch von nichtungarischen Staatsangehörigen, die über eine gültige Aufenthaltsbewilligung verfügen, beantragt werden.

8 Krankenhäuser und Kliniken übernehmen in Ungarn bis zu einem gewissen Grad auch administrative Funktionen

9 Wörtliche Übersetzung: „...mit dem Leben nach der Geburt unvereinbares Abweichen besteht“.

10 Hier sind die Fälle des § 6 c), d) gemeint

11 In § 7 Abs. (1) muß wohl zwischen zwingend schriftlichem Antrag der Frau und nicht notwendig schriftlichem Antrag unterschieden werden.

§ 8

(1) Die schwangere Frau hat ihren Antrag auf Schwangerschaftsabbruch zusammen mit einer Bestätigung des Arztes, der die Schwangerschaft festgestellt hat, persönlich dem Mitarbeiter des Amtes für Familienschutz (im weiteren: Mitarbeiter) vorzulegen.

(2) Zur Gültigkeit der Erklärung einer begrenzt einwilligungsfähigen Person ist auch eine Bestätigung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, in der er vom Antrag auf Schwangerschaftsabbruch Kenntnis nimmt.

(3) Der Antrag auf Schwangerschaftsabbruch einer einwilligungsunfähigen Person wird in deren Namen von ihrem gesetzlichen Vertreter vorgelegt.

§ 9

(1) Nach Vorlegen des Antrages auf Schwangerschaftsabbruch, möglichst in Anwesenheit des Vaters, unterrichtet der Mitarbeiter die schwangere Frau unter Achtung ihrer Gefühle und ihrer Würde

- a) über die rechtlichen Voraussetzungen des Schwangerschaftsabbruchs,
- b) über Möglichkeiten staatlicher und nichtstaatlicher Unterstützung in Geld- und Sachleistungen, wenn sie sich für das Kind entschließt,
- c) über das Vorhandensein und die Funktion von Organisationen und Institutionen, die im Falle eines Entschlusses für das Kind moralische und materielle Hilfe leisten,
- d) über Möglichkeiten und Voraussetzungen einer Adoption,
- e) über Umstände, Art und Weise und Gefahren des Schwangerschaftsabbruchs und dessen Auswirkungen in Bezug auf eine potentielle spätere Schwangerschaft,
- f) über Institutionen, die einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen und
- g) über die im Einzelfall empfehlenswerten Methoden der Empfängnisverhütung.

(2) Nach der Information füllt der Mitarbeiter das entsprechende Formular aus, welches von der Antragstellerin – und möglichst auch vom Vater – zu unterschreiben ist und es wird gleichzeitig das Krankenhaus, das für die Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs zuständig ist, bestimmt.

(3)Der Mitarbeiter übersendet die von ihm unterschriebene Kopie des Antragsformulars an das gewählte Krankenhaus.

(4)Die als Mitarbeiter tätigen Personen sind zur Geheimhaltung verpflichtet.

§ 10

(1)Die schwangere Frau meldet sich unverzüglich, jedoch spätestens innerhalb von 8 Tagen mit dem Antragsformular bei dem gewählten Krankenhaus.

(2)Der Eingriff darf nicht innerhalb von 3 Tagen nach dem Ausfüllen des Formulars stattfinden.

(3)Der Antrag ist am Tage des Eingriffs erneut durch eine Unterschrift der Frau zu bestätigen.

(4)Meldet sich die schwangere Frau nicht innerhalb von 8 Tagen, so wird der Mitarbeiter darüber durch das Rücksenden der Kopie des Antragsformulars durch das Krankenhaus verständigt.

(5)Wird ein Überschreiten der gesetzlichen Fristen bezüglich der Dauer der Schwangerschaft oder eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit der Frau durch den Arzt des Krankenhauses, in dem der Eingriff vorgenommen wird, festgestellt, so ist die Vornahme des Eingriffs untersagt. In diesem Fall kann die schwangere Frau eine fachliche Überprüfung beantragen. Über die Möglichkeit einer fachlichen Überprüfung und die für diese zuständigen Behörden ist die schwangere Frau zu unterrichten.

(6)Die für die fachliche Überprüfung zuständigen Behörden werden durch Verordnung des Volkswohlfahrtsministers bestimmt.

(7)Der in einem Überprüfungsverfahren genehmigte Eingriff ist in dem Krankenhaus, das die Überprüfung vorgenommen hat durchzuführen.

§ 11

(1) Meldet sich die schwangere Frau nicht innerhalb von 10 Tagen nach dem Untersagen des Eingriffs zur fachlichen Überprüfung oder wird der Eingriff im Überprüfungsverfahren endgültig untersagt, so wird eine Kopie des Antragsformulars von der Behörde, die die Überprüfung durchgeführt hat, dem Mitarbeiter zurückgesandt, der die für die Antragstellerin gemäß ihrem Wohnsitz zuständige Fürsorgerin¹² hiervon verständigt.

(2) Die schwangere Frau,

a) deren Antrag auf Schwangerschaftsabbruch vom Krankenhaus endgültig abgelehnt wurde oder

b) die sich für die fachliche Überprüfung nicht meldet,

ist als Schwangere mit risikoreicher Schwangerschaft zu registrieren¹³.

12 Die Fürsorgerin ist bei einer staatlichen Behörde angestellt und entspricht ungefähr einer Sozialarbeiterin in Deutschland, besitzt jedoch wohl mehr medizinische Kenntnisse

13 Das Registrieren einer Schwangerschaft als risikoreich bringt bestimmte Vergünstigungen, beispielsweise mehr Urlaub für die Frau, mit sich

§ 12

(1) Gründe, die eine Schwangerschaft zu einer schwerwiegenden Gefahr für die Gesundheit der Frau werden lassen, sind durch die einstimmige Meinung zweier Ärzte, in deren Fachgebiet die gesundheitliche Gefährdung fällt zu bestätigen.

(2) Gründe, die den Fetus betreffen, sind durch die einstimmige Meinung zweier Fachärzte aus zwei verschiedenen Institutionen einer genetischen Beratungsstelle, eines pränataldiagnostischen Zentrums oder einer gynäkologischen Abteilung des vom fachlich zuständigen zentralen Instituts bestimmten Krankenhauses zu bestätigen.

(3) Der Kreis der für den Fall einer Meinungsverschiedenheit zur fachlichen Überprüfung Berechtigten wird durch Verordnung des Volkswohlfahrtsministers bestimmt.

(4) Die in den Abs. (1) und (2) bestimmten Gründe sind nach den methodischen Richtlinien des zentralen Fachinstituts oder Kollegiums festzustellen.

(5) Ist die Schwangerschaft die Folge einer Straftat, so wird deren Begehung bzw. der begründete Verdacht durch die Bestätigung eines in der Kriminalsache beteiligten Organs bewiesen.

(6)

Den Schwangerschaftsabbruch vornehmende Institutionen

§ 13

(1) Ein Schwangerschaftsabbruch darf nur in einem Krankenhaus vorgenommen werden, das die entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen erfüllt.

(2) Das Vorhandensein mindestens eines Teams, das Schwangerschaftsabbrüche vornimmt, ist in allen Institutionen des Staates und der örtlichen Selbstverwaltung mit einer gynäkologischen Abteilung zu gewährleisten.

(3)Die Krankenhäuser, in denen eine Schwangerschaft nach der 12. Woche abgebrochen werden kann, werden durch eine Verordnung des Volkswohlfahrtsministers bestimmt.

II. Originaltexte aus dem Ungarischen

Magzatelhajtás

§ 169

(1) Aki más magzatát elhajtja, büntettet követ el, és három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) A büntetés egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztés, ha a magzatelhajtást

a) üzletszerűen,

b) a nő beleegyezése nélkül,

c) súlyos testi sértést vagy életveszélyt okozva követik el.

(3) A büntetés két évtől nyolc évig terjedő szabadságvesztés, ha a magzatelhajtás halált okoz.

(4) Az a nő, aki magzatát elhajtja vagy elhajtattja, vétséget követ el, és egy évig terjedő szabadságvesztéssel, közérdekű munkával vagy pénzbüntetéssel büntetendő.

A magzatelhajtás büntettének jogi tárgya kettős. Egyrészt a tehes nő, másrészt a méhmagzat élete, testi épsége.

A magzatelhajtás közvetlen, elkövetési tárgya a terhes nő méhmagzata. Csak élő méhmagzat ellen követhető el a bűncselekmény. A bűncselekmény megállapíthatósága szempontjából közömbös a méhmagzat fejlettsége. A bűncselekmény a fogantatástól a szülés bekövetkeztéig, pontosabban a toló fájások megjelenéséig követhető el.

A törvény a magzatelhajtás fogalmát nem definiálja. Az elhajtás fogalmán lényegileg a méhmagzat elpusztítása, megölése értendő.

A magzatelhajtás materiális bűncselekmény, akkor válik befejezetté, ha a méhmagzat elpusztul és az elkövetői magatartás, valamint az eredmény között fennáll az okozati kapcsolat.

Magzatelhajtás mind tevőleges magatartással, mind mulasztással elkövethető.

A magzatelhajtás az (1) és (4) bekezdésben meghatározott esetekben kizárólag szándékosan – ezen belül akár egyenes, akár eshetőleges szándékkal – követhető el.

A magzatelhajtás alanya szempontjából különbséget kell tenni az alapeset két alakzata között.

Az (1) bekezdésben meghatározott esetben a bűncselekmény alanya tettesi minőségben a teherben lévő nőn kívül bárki lehet.

A (4) bekezdésben meghatározott tettese csak a teherben lévő nő lehet, aki magzatát vagy maga hajtja el, vagy azt mással hajtja el. A minősített eset alanya csak harmadik személy lehet, a terhes nő sohasem.

Amennyiben a terhes nő magzatát harmadik személy hajtja el, a tettesség és a részesség szempontjából két esetet kell megkülönböztetni. Az egyik, amikor a magzat elhajtása a terhes nő beleegyezésével történik, a másik, amikor a beleegyezése nélkül.

Ha a magzatelhajtást a teherben lévő nő beleegyezése nélkül hajtják végre, akkor a Btk. 169. § (2) bekezdés b) pontjában meghatározott minősített eset valósul meg, és ez lesz irányadó a tettesség, illetve részesség megállapítására is. Ebben az esetben a részesség kizárólag a harmadik személyhez kapcsolódhat, azaz az (1) bekezdés szerinti tettesi cselekményhez.

Fassung vor dem 15.9.1997:

(2) A büntetés öt évig terjedő szabadságvesztés, ha a magzatelhajtást üzletszerűen,
a nő beleegyezése nélkül,
súlyos testi sértést vagy életveszélyt okozva követik el.

Fassung vor 1993:

(4) Az a nő, aki magzatát elhajtja vagy elhajtja, vétséget követ el, és egy évig terjedő szabadságvesztéssel, javító-nevelő munkával vagy pénzbüntetéssel büntetendő.

1992. évi LXXIX. törvény a magzati élet védelméről

A Magyar Köztársaság Országgyűlése annak tudatában, hogy

- a fogantatással induló magzati élet tiszteletet és védelmet érdemel;
- a magzati élet védelme a gyermeket váró nőkről történő fokozott gondoskodással valósítható meg, ugyanakkor a magzat egészséges fejlődését biztosító feltételek megteremtése elsődlegesen a szülők felelőssége;
- a terhességmegszakítás nem a családtervezés és a születésszabályozás eszköze;
- a családtervezés a szülők joga és felelőssége

a következő törvényt alkotja:

1. § A női és férfi ivarsejt egyesüléséből létrejött, az anyaméhben kifejlődő magzatot és a gyermeket váró nőt támogatás és védelem illeti meg.

A támogatás és védelem eszközei és módozatai

2. § (1) Az egészség és az emberi élet értékéről, az egészséges életmódról, a felelősségteljes párkapcsolatokról, az emberhez méltó családi életéről, az egészségre ártalmatlan születésszabályozási módszerekről szóló oktatás az alap- és középfokú oktatási intézményekben történik.

(2) Az Állami Népegészségügyi és Tisztiorvosi Szolgálat városi (fővárosi kerületi) intézetei keretében, illetve engedélyével működő Családvédelmi Szolgálat végzi a tanácsadást, válsághelyzet esetén segítséget ad annak feloldásában, valamint szervezi az oktatási intézményeken kívül a családtervezéssel kapcsolatos ismeretek terjesztését.

(3) Az állam

a) elősegíti a fogamzásgátló készítmények és eszközök rászorultságtól függő kedvezményes igénybevételét, a magzati élet védelmét szolgáló, valamint a fogamzásszabályozást ismertető kiadványok közzétételét és a tömegkommunikáció fórumain való ismertetését;

b) elősegíti az anya, illetve a család egésze számára elérhető, megfelelő szakmai felkészültséggel rendelkező válságkezelő tanácsadás rendszerének fejlesztését, és szabályozza a tanácsadás során az állami, illetőleg a civil szervezetek hatékony együttműködésének feltételeit, formáit;

- c) támogatja a magzati élet védelmét szolgáló tevékenységet, szervezeteket, különösen azokat, amelyek anyagi támogatást is nyújtanak az arra rászoruló várandós anyáknak;
- d) a munkajogi szabályozás eszközével gondoskodik a várandós anyák fokozott munkahelyi védelméről;
- e) valamint a helyi önkormányzat a gyermekjóléti és gyermekvédelmi ellátások biztosításával segíti a várandós anyát és családját a születendő gyermek vállalásában és felnevelésében.

3. § (1) Térítésmentes terhesgondozásra jogosult

- a) a Magyarországon lakóhellyel rendelkező magyar állampolgár és házastársa, valamint
- b) a Magyarországon érvényes bevándorlási vagy letelepedési engedéllyel rendelkező nem magyar állampolgár.

(2) A terhesgondozás keretében

- a) a gyermeket váró nőt tájékoztatják a magzat egészséges fejlődése érdekében szükséges életmódról, a helyes táplálkozásról, a magzatot károsító hatások (különösen a dohányzás és alkoholfogyasztás) elkerülésének fontosságáról;
- b) elvégzik a magzat egészséges fejlődését ellenőrző és a gyermeket váró nő egészségvédelmét biztosító szűrővizsgálatokat;
- c) segítséget adnak a gyermeket váró nőnek a szülésre, szoptatásra, csecsemő- és gyermekgondozásra való felkészüléshez.

(3) A terhesgondozás részletes szabályait, a kötelező és az állami gondoskodás keretében térítésmentesen igénybe vehető fakultatív szűrővizsgálatok körét az egészségügyi miniszter rendeletben állapítja meg.

4. § A terhesség megszakítása

5. § (1) A terhesség csak veszélyeztetettség, illetőleg az állapotos nő súlyos válsághelyzete esetén, az e törvényben meghatározott feltételekkel szakítható meg.

(2) Súlyos válsághelyzet az, amely testi vagy lelki megrendülést, illetve társadalmi ellehetetlenülést okoz.

6. § (1) A terhesség a 12. hetéig szakítható meg, ha

- a) azt az állapotos nő egészségét súlyosan veszélyeztető ok indokolja;
- b) a magzat orvosilag valószínűsíthetően súlyos fogyatékoságban vagy egyéb károsodásban szenved;
- c) a terhesség bűncselekmény következménye, valamint
- d) az állapotos nő súlyos válsághelyzete esetén.

(2) A terhesség az (1) bekezdésben foglalt feltételek esetén a 18. hetéig szakítható meg, ha az állapotos nő

- a) korlátozottan cselekvőképes vagy cselekvőképtelen;
- b) terhességét neki fel nem róható egészségi ok, illetve orvosi tévedés miatt nem ismeri fel korábban, vagy az egészségügyi intézmény, illetve valamely hatóság mulasztása miatt haladta meg a terhessége az (1) bekezdésben foglalt időtartamot.

(3) A terhesség a 20. hetéig - a diagnosztikus eljárás elhúzódása esetén 24. hetéig - szakítható meg, ha a magzat genetikai, teratológiai ártalmának valószínűsége az 50%-ot eléri.

(4) A terhesség az időtartamától függetlenül szakítható meg

- a) az állapotos nő életét veszélyeztető egészségi ok miatt, illetve
- b) a magzatnál a szülés utáni étellel összeegyeztethetetlen rendellenesség fennállása esetén.

7. § (1) A terhesség megszakítása, ha azt nem egészségi ok indokolja, az állapotos nő írásbeli kérelme alapján végezhető el.

(2) A terhesség megszakítását a 3. § (1) bekezdésében meghatározott személyeken kívül az a külföldi is kérheti

- a) aki érvényes tartózkodási engedéllyel több mint 2 hónapja tartózkodik az ország területén,
- b) aki menekültkénti elismerését kérte,
- c) akit a menekültügyi hatóság menedékesként vagy befogadottként elismert, valamint
- d) aki nemzetközi szerződésben foglaltak alapján - a külön törvény szerint - az ország területéről nem utasítható ki, vagy nem irányítható vissza.

8. § (1) Az állapotos nő terhességszakítás iránti kérelmét a Családvédelmi Szolgálat munkatársa (a továbbiakban: munkatárs) előtt személyesen terjeszti elő, a terhességet megállapító szülész-nőgyógyász szakorvos által kiállított igazolás benyújtása mellett.

(2) Korlátozottan cselekvőképes személy nyilatkozatának érvényességéhez törvényes képviselőjének a terhességmegszakítási kérelmet tudomásul vevő nyilatkozata szükséges.

(3) Cselekvőképtelen személy terhességmegszakításra vonatkozó kérelmét nevében törvényes képviselője terjeszti elő.

9. § (1) A munkatárs a terhességmegszakítási kérelem bejelentését követően - lehetőleg a magzat apja jelenlétében -, tiszteletben tartva az állapotos nő érzéseit és méltóságát, a magzat megtartása érdekében tájékoztatja őt, illetve - a 8. § (3) bekezdésében meghatározott esetben - a törvényes képviselőt

- a) a gyermek vállalása esetén elérhető állami és nem állami anyagi és természetbeni támogatások lehetőségéről;
- b) az olyan szervezetek és intézmények létéről és tevékenységéről, amelyek erkölcsi és anyagi segítséget nyújtanak a gyermek vállalása esetére;
- c) az örökbeadás lehetőségeiről és feltételeiről;
- d) a válsághelyzet feloldására alkalmas állami vagy társadalmi segítségnyújtási formákról, és felajánlja közreműködését ezek igénybevételéhez;
- e) a fogantatásról, a magzat fejlődéséről, a terhességmegszakítás veszélyeiről és az esetleges későbbi terhességre gyakorolt hatásáról;
- f) a terhességmegszakítás szándékának fenntartása esetére a családvédelmi tanácsadáson történő ismételt megjelenés szükségességéről, leghamarabb az a)-e) pontok szerinti tájékoztatást követő 3. napon.

(2) Amennyiben az (1) bekezdés szerinti tájékoztatás ellenére a kérelmező a terhességmegszakítás iránti kérelmét továbbra is fenntartja, a munkatárs - a (7) bekezdésben foglalt kivétellel, legkorábban az (1) bekezdés f) pontja szerinti időtartam elteltével - tájékoztatja

- a) a terhességmegszakítás jogszabályi feltételeiről;
- b) a terhességmegszakítás körülményeiről, módjáról;
- c) a terhességmegszakítást végző egészségügyi intézményekről, valamint
- d) a Családvédelmi Szolgálat segítségnyújtásának lehetőségéről a terhességmegszakítást követően, és egyidejűleg felajánlja segítségét a megfelelő családtervezés érdekében, a fogamzásgátlás személyre szólóan ajánlható módszereinek ismertetésével;
- e) a fogamzásgátló eszközök kedvezményes igénybevételének lehetőségéről.

(3) A (2) bekezdésben meghatározott tájékoztatást követően a munkatárs a terhességmegszakítás iránti kérelmet írásban rögzíti. A kérelmet a kérelmező, illetőleg - lehetőség szerint - a

magzat apja aláírja és megnevezi(k) a beavatkozás elvégzésére választott egészségügyi intézményt.

(4) A kérelmet a munkatárs ellenjegyzzi és átadja a kérelmezőnek.

(5) A munkatárs az ellenjegyzett írásbeli kérelem másolatát - a kérelemnek a kérelmező részére történő átadását követő 24 órán belül - megküldi a választott egészségügyi intézménynek.

(6) A munkatársként közreműködő személyeket titoktartási kötelezettség terheli.

(7) Amennyiben a terhesség bűncselekmény következménye, a terhességmegszakítás iránti kérelem benyújtását megelőzően az (1) bekezdésben foglalt, a tanácsadás tartalmára, és a tanácsadást követő kötelező várakozási időre és ismételt megjelenésre vonatkozó rendelkezéseket nem kell alkalmazni. A kérelmezőt az örökbefogadás lehetőségeiről és feltételeiről ebben az esetben is tájékoztatni kell.

(8) A tanácsadás során - a terhességmegszakítás iránti kérelem kiállításáig - az állapotos nő személyazonosító adatainak személyazonosságának megismerésére alkalmas módon történő átadására nem kötelezhető.

10. § (1) Az állapotos nő a kéréslappal legkésőbb az ellenjegyzését követő 8 napon belül jelentkezik a választott egészségügyi intézményben. Az egészségügyi intézmény a beavatkozás elvégzését követő 8 napon belül a terhesség megszakításáról tájékoztatja a kérelmet ellenjegyző munkatársat.

(2) (hatályon kívül helyezett rendelkezés)

(3) Az állapotos nő kérelmét a beavatkozás napján aláírásával ismét megerősíti.

(4) Ha az állapotos nő 8 napon belül nem jelentkezik, erről az egészségügyi intézmény a munkatársat a kéréslap másolatának visszaküldésével értesíti.

(5) Ha a beavatkozást végző intézmény szakorvosa megállapítja, hogy a terhesség meghaladta az e törvényben meghatározott időt, vagy a beavatkozás elvégzése a nő egészségét súlyosan veszélyezteti, annak elvégzését megtagadja. Ebben az esetben az állapotos nő szakmai felülvizsgálatot kérhet. A felülvizsgálat lehetőségéről és az azt végző szervekről az állapotos nőt tájékoztatni kell.

(6) A szakmai felülvizsgálat elvégzésére jogosultak körét az egészségügyi miniszter rendeletben szabályozza.

(7) A felülvizsgálati eljárás során jóváhagyott beavatkozást a felülvizsgálatot végző egészségügyi intézményben kell elvégezni.

11. § (1) Ha az állapotos nő a beavatkozás megtagadásától számított 10 napon belül a szakmai felülvizsgálaton nem jelenik meg, vagy a felülvizsgálati eljárás során a beavatkozást véglegesen megtagadják, a szakmai felülvizsgálatot végző a kérőlap másolatát a munkatársnak visszaküldi, aki haladéktalanul értesíti a kérelmező lakóhelye szerint illetékes védőnőt.

(2) Azt az állapotos nőt

- a) akinek terhessége megszakítását az egészségügyi intézmény véglegesen megtagadta, illetve
 - b) aki nem jelent meg a szakmai felülvizsgálaton
- veszélyeztetett terhesként kell gondozásba venni.

12. § (1) Az állapotos nőnél fennálló, a terhesség megszakítását megalapozó egészségi okot a szakmai szempontból illetékes két szakorvos egybehangzó véleménnyel állapítja meg.

(2) A magzatnál fennálló egészségi okot a genetikai tanácsadó, a prenatális diagnosztikai központ, illetve a szakmailag illetékes országos intézet által kijelölt kórház szülészeti-nőgyógyászati osztályai közül bármelyik kettőnek egy-egy szakorvosa egybehangzó véleménnyel állapítja meg.

(3) A véleményeltérés esetén szükséges szakmai felülvizsgálatra jogosultak körét az egészségügyi miniszter rendeletben szabályozza.

(4) Az (1) és (2) bekezdésben meghatározott egészségi okokat az országos szakintézet vagy kollégium módszertani útmutatói alapján kell megállapítani.

(5) Ha a terhesség bűncselekmény következménye, a bűncselekmény elkövetését, illetőleg annak alapos gyanúját a büntetőügyben eljáró szerv által kiadott igazolás igazolja.

(6) A súlyos válsághelyzet fennállását az állapotos nő, illetve - cselekvőképtelensége esetén - törvényes képviselője a kérelem aláírásával igazolja. Az állapotos nő cselekvőképtelensége esetén a terhességmegszakítással kapcsolatos véleményének kifejtésére a Családvédelmi Szolgálat eljárásában lehetőséget kell biztosítani.

A terhességmegszakítást végző intézmények

13. § (1) A terhességmegszakítás csak olyan egészségügyi intézményben végezhető, amely ehhez a jogszabályban megállapított feltételekkel rendelkezik.

(2) A szülészeti-nőgyógyászati osztályt működtető állami és önkormányzati intézményekben biztosítani kell legalább egy terhességmegszakítást végző csoport működését.

(3) Azokat az egészségügyi intézményeket, amelyekben a 12. hetet meghaladó terhesség megszakítható, az egészségügyi miniszter rendeletben határozza meg.

14. § A terhességmegszakítás elvégzésére, illetve az abban való közreműködésre - az állapotos nő életét veszélyeztető ok kivételével - orvos és egészségügyi szakdolgozó nem kötelezhető.

15. § A terhességmegszakítást, az azt végző intézményeket, az arra alkalmas eszközöket és szereket reklámozni és népszerűsíteni tilos.

16. § (1) A beavatkozás költségeit az Egészségbiztosítási Alap fedezi, amennyiben a terhesség megszakítására a biztosítással rendelkező állapotos nőnél vagy magzatánál fennálló egészségi ok miatt kerül sor.

(2) Az (1) bekezdésben nem említett esetben a terhességmegszakításért fizetendő díj megegyezik a társadalombiztosítás szerinti finanszírozás mindenkori összegével. A díj megfizetésének részletes szabályait - ideértve a szociális helyzettől függő kedvezmények mértékét is - az egészségügyi miniszter rendeletben határozza meg.

(3) Az Egészségbiztosítási Alap a terhességmegszakítás társadalombiztosítás finanszírozás szerinti összegét megelőlegezi a terhességmegszakítást végző egészségügyi intézménynek. A megelőlegezett összegnek azt a részét, amelyet a befizetendő díj nem fedez, a költségvetés megtéríti az Egészségbiztosítási Alapnak.

17. § (1) Ez a törvény 1993. január 1-jén lép hatályba.

(2) das ist die Fassung, die ab dem 1.5.2004 gilt; enthält die Änderungen, die durch Gesetz 2000:LXXXVII eingeführt worden sind

C. REGLUNGEN IN DEUTSCHLAND

Abbruch der Schwangerschaft

§ 218

I. Wer eine Schwangerschaft abbricht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Handlungen, deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne des Gesetzes.

II. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. gegen den Willen der Schwangeren handelt oder
2. leichtfertig die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung der Schwangeren verursacht.

III. Begeht die Schwangere die Tat, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

IV. Der Versuch ist strafbar. Die Schwangere wird nicht wegen Versuchs bestraft.

§ 218 a

I. Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn

1. die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen,
2. der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und
3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

II. Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

III. Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten bei einem Schwangerschaftsabbruch, der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommen wird, auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 des Strafgesetzbuches begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

IV. Die Schwangere ist nicht nach § 218 strafbar, wenn der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung (§ 219) von einem Arzt vorgenommen worden ist und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind.

Das Gericht kann von Strafe nach § 218 absehen, wenn die Schwangere sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden hat.

Schwangerschaftsabbruch ohne ärztliche Feststellung; unrichtige ärztliche Feststellung
§ 218 b

I. Wer in den Fällen des § 218a Abs. 2 oder 3 eine Schwangerschaft abbricht, ohne dass ihm die schriftliche Feststellung eines Arztes, der nicht selbst den Schwangerschaftsabbruch vornimmt, darüber vorgelegen hat, ob die Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 oder 3 gegeben sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 218 mit Strafe bedroht ist. Wer als Arzt wider besseres Wissens eine unrichtige Feststellung über die Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 oder 3 Satz 1 zur Vorlage nach Satz 1 trifft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 218 mit Strafe bedroht ist. Die Schwangere ist nicht nach Satz 1 oder 2 strafbar.

II. Ein Arzt darf Feststellungen nach § 218a Abs. 2 oder 3 nicht treffen, wenn ihm die zuständige Stelle dies untersagt hat, weil er wegen einer rechtswidrigen Tat nach Absatz 1, den §§ 218, 219a oder 219b oder wegen einer anderen rechtswidrigen Tat, die er im Zusammenhang mit einem Schwangerschaftsabbruch begangen hat, rechtskräftig verurteilt worden ist. Die zuständige Stelle kann einem Arzt vorläufig untersagen, Feststellungen nach § 218a Abs. 2 und 3 zu treffen, wenn gegen ihn wegen des Verdachts einer der in Satz 1 bezeichneten rechtswidrigen Taten das Hauptverfahren eröffnet worden ist.

Ärztliche Pflichtverletzung bei einem Schwangerschaftsabbruch

§ 218 c

I. Wer eine Schwangerschaft abbricht,

1. ohne der Frau Gelegenheit gegeben zu haben, ihm die Gründe für ihr Verlangen nach Abbruch der Schwangerschaft darzulegen,
 2. ohne die Schwangere über die Bedeutung des Eingriffs, insbesondere über Ablauf, Folgen, Risiken, mögliche physische und psychische Auswirkungen ärztlich beraten zu haben,
 3. ohne sich zuvor in den Fällen des § 218a Abs. 1 und 3 auf Grund ärztlicher Untersuchung von der Dauer der Schwangerschaft überzeugt zu haben oder
 4. obwohl er die Frau in einem Fall des § 218a Abs. 1 nach § 219 beraten hat,
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 218 mit Strafe bedroht ist.

II. Die Schwangere ist nicht nach Absatz 1 strafbar.

Beratung der Schwangeren in einer Not- und Konfliktlage

§ 219

I. Die Beratung dient dem Schutz des ungeborenen Lebens. Sie hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihre Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen; sie soll ihr helfen, eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen. Dabei muß der Frau bewusst sein, dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und dass deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann, wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, dass sie die zumutbare Opfergrenze übersteigt. Die Beratung soll durch Rat und Hilfe dazu beitragen, die in Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen und einer Notlage abzuhelpfen. Das Nähere regelt das Schwangerschaftskonfliktgesetz.

II. Die Beratung hat nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz durch eine anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle zu erfolgen. Die Beratungsstelle hat der Schwangeren nach Abschluß der Beratung hierüber eine mit dem Datum des letzten Beratungsgesprächs und dem Namen der Schwangeren versehene Bescheinigung nach Maßgabe des Schwangerschaftskonfliktgesetzes auszustellen. Der Arzt, der den Abbruch der Schwangerschaft vornimmt, ist als Berater ausgeschlossen.