

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 625

**Die nicht-therapeutische Abtreibung
vor dem Grundgesetz**

Von

Martin Kriele



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN KRIELE

Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz

Schriften zum Öffentlichen Recht
Band 625

Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz

**Von
Martin Kriele**



Duncker & Humblot · Berlin

Der Text ist aus einem Rechtsgutachten hervorgegangen, das die Bayerische Staatsregierung dem Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren betreffend das Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1992 – BGBl 1992 I 1398 – vorgelegt hat.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kriele, Martin:

Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz /
von Martin Kriele. – Berlin : Duncker und Humblot, 1992
(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 625)

ISBN 3-428-07659-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65
Printed in Germany
ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-07659-1

Inhaltsverzeichnis

1. Hauptteil

Entscheidungsgrundlagen: Präjudiz und Beweislast

I. Anknüpfung an BVerfGE 39, 1	7
§ 1 Regulierung der Begründungspflicht	7
§ 2 Plenarentscheidung erforderlich?	10
§ 3 „Tragende Gründe“	12
§ 4 Die tragenden Gründe in BVerfGE 39, 1	15
§ 5 Schlußfolgerungen	16
II. § 6 Beweislast	19
III. „Richterliche Zurückhaltung“	24
§ 7 Amerikanische Erfahrungen	24
§ 8 Der Supreme Court zur Abtreibungsfrage	26
§ 9 Zur demokratischen Legitimität der Normenkontrolle	28

2. Hauptteil

Der Schutz des Lebens (Art. 2 II Satz 1 GG)

I. Analyse der Neuregelungen	30
§ 10 „Fristenlösung“	30
§ 11 „Nicht rechtswidrig“	33
§ 12 Der Widerspruch zum Embryonenschutzgesetz	37
§ 13 Die sozialen Regelungen	40
§ 14 Beratung	42
II. Die Verletzung der Schutzpflicht	45
§ 15 Warum die Abtreibungszahlen steigen werden	45
§ 16 Erfahrungen aus der ehemaligen DDR	47
§ 17 Die Destruktion des Unrechtsbewußtseins	48
§ 18 Statistische Erfahrungen	49
III. Lebensschutz durch Selbstbestimmung? Zur Stellungnahme der SPD-geführten Länder	54
§ 19 Die doppelte Motivation des Gesetzes	54
§ 20 Der neue Gewissensbegriff	55
§ 21 Abtreibung als Unterlassungsdelikt	58
§ 22 Umgehung der Beratung als Straftat	60

§ 23 Der Wegfall der rechtlichen Mißbilligung	61
§ 24 „Tendenzberatung“	63
IV. Zurück zur Wirklichkeit	66
§ 25 Pro familia	66
§ 26 Die „Familienplanungszentren“	72
§ 27 Beweisanregungen	75
§ 28 Zum „Memminger Prozeß“	78
§ 29 Folgerungen	80
V. Ist das Strafrecht wirkungslos? Zur Stellungnahme des Bundestages	86
§ 30 „Symbolisches Strafrecht“	86
§ 31 Die „Ungeeignetheit“ des Strafrechts	89
§ 32 Zu Deutschland und Europa	92

3. Hauptteil

Der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG)

I. Warum Schutz des Ungeborenen?	95
§ 33 Menschenwürde gegen Utilitarismus	95
§ 34 Ist der Embryo Mensch?	101
§ 35 Lebensrecht und Selbstbestimmungsrecht	104
II. Strafdrohung und Rechtfertigung	107
§ 36 Umgehung der Beratung als Straftat	107
§ 37 Rechtfertigung durch Beratung	108
§ 38 § 218 a I StGB als Eingriffsgesetz	109
§ 39 Schlußfolgerungen	114
III. Einzelne Verletzungen der Menschenwürde	116
§ 40 Die Würde der Frau und die Interessen der Männer	116
§ 41 Die Menschenwürde des Arztes	119
§ 42 Die Verstrickung der Versicherten	122
IV. § 43 Mindestbedingungen eines verfassungskonformen Gesetzes	125

Anhang: Die strittigen und die geltenden Regelungen	127
--	------------

1. Hauptteil

Entscheidungsgrundlagen: Präjudiz und Beweislast

I. Anknüpfung an BVerfGE 39,1

§ 1 Regulierung der Begründungspflicht

Frühere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind insofern beachtlich, als eine Abweichung von ihnen der Begründung in kritischer Auseinandersetzung mit ihren Gründen bedarf. Es ist zwar richtig, wenn man sagt: das strittige Gesetz ist am Maßstab des Grundgesetzes zu messen. Das Grundgesetz steht aber nicht als nackter Gesetzestext vor uns, dessen unbestimmte Formeln immer von neuem mit Hilfe der Auslegung aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte, systematischen Zusammenhängen zu klären wäre, und dessen Auslegung mit jeder personellen Neubesetzung schwankt. Die klärungsbedürftigen Fragen sind vielmehr zum Teil schon Gegenstand der Auslegung gewesen. Die bisherige Auslegung ist zwar für das Bundesverfassungsgericht selbst nicht verbindlich. Es kann von ihnen abweichen, sowohl um neuen Tatsachen oder neuen Tatsachenerkenntnissen (z.B. als irrig erwiesenen Prognosen), als auch um neuen Rechtsauffassungen Rechnung zu tragen. Ohne diese Flexibilität käme es zu einer Erstarrung, die einen Fortschritt der Rechtswissenschaft und der Rechtserkenntnis blockierte.

Andererseits aber setzt die Kontinuität der Rechtsprechung die Anknüpfung an die eigenen Präjudizien voraus. Anknüpfung bedeutet: Präjudizien haben die (widerlegliche) Vermutung für sich, das Grundgesetz richtig ausgelegt zu haben, sie weisen dem, der von ihnen abweichen will, eine besondere Begründungspflicht zu. Er genügt dieser Begründungspflicht, indem er sich mit den tragenden Gründen des Präjudiz kritisch auseinandersetzt, dartut, wo ihr Fehler steckt und warum und inwiefern sie deshalb durch neuere und besser begründete Rechtsauffassungen abgelöst sind. Gibt es keine besseren Gründe, warum sollte man dann vom Präjudiz abweichen? "Im Zweifel" also bleibt es bei den Rechtsauffassungen des Präjudiz.¹

¹ Die Praxis dieser sogenannten Präjudizienvermutung und ihre Gründe hat der Verfasser näher erläutert in: Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt ein Problem der Verfassungsinterpretation.

Das entspricht der ständigen Praxis des Bundesverfassungsgerichts. Es gibt kaum eine Entscheidung, die in den Gründen nicht auf Präjudizien verweist. Dieser Verweis genügt dem Bundesverfassungsgericht meistens zur Begründung einer Rechtsauffassung. Nur in den Fällen der Abweichung wird auf das Präjudiz näher eingegangen. Die gleiche Praxis wird auch vom Bundesgerichtshof und allen anderen deutschen Obergerichten im Blick auf ihre eigenen Vorentscheidungen geübt. Es handelt sich nicht, wie in der Literatur gelegentlich unterstellt, um die Übernahme einer anglo-amerikanischen Rechtsmethode, die der kontinentaleuropäischen Rechtstradition fremd wäre. Es handelt sich vielmehr um in der Natur der Dinge liegende Sachnotwendigkeiten. Diese liegen in folgendem:

Nur auf der Grundlage der Präjudizienvermutung ist gewährleistet, daß sich die höchstrichterliche Rechtsprechung in ihrer Auslegungspraxis an generellen und abstrakten, über den Einzelfall hinausweisenden Maximen orientiert. Nur dadurch sichert sie Gleichbehandlung, Widerspruchsfreiheit, Rechtssicherheit, Kontinuität, Verlässlichkeit und eine gewisse Vorhersehbarkeit der Entscheidung. Nur auf dieser Grundlage ist der Richter veranlaßt, bei seiner Auslegung zu berücksichtigen, daß seine Entscheidung künftig als Präjudiz herangezogen wird, also so zu entscheiden, daß er (nach *Kants* Formel) wollen kann, daß die *Maxime* seine Entscheidung zur generellen *Maxime* werde. Nur unter dieser Voraussetzung kann die Rechtswissenschaft mit ihren Entscheidungsvorschlägen und ihrer Urteilkritik fruchtbar werden, und nur so können sich rechtsdogmatische Institutionen bilden. Nur so läßt sich Komplexität reduzieren: der Verweis auf die ständige Rechtsprechung erspart, immer von neuem alle grundsätzlichen Probleme von Grund auf zu erörtern. Nur so läßt sich eine Rechtserkenntnis auf die andere aufbauen und ein Fortschritt erzielen.

Für das Bundesverfassungsgericht ist die Kontinuität der Rechtsprechung zusätzlich noch aus einem besonderen Grund erforderlich: Während sonst die höchstrichterliche Rechtsprechung auch für die nachgeordneten Gerichte nur die Bedeutung von Präjudizien hat, von denen sie in Auseinandersetzung mit ihren Gründen abweichen dürfen, "binden" die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts alle Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte (§ 31 I BVerfGG). Diese Organe sind also verpflichtet, sich an ihnen als Präzedens zu orientieren.

Präzedenswirkung bedeutet: Indem das Bundesverfassungsgericht z.B. einen Steuerbescheid für verfassungswidrig erklärt, legt es zugleich verbindlich fest, daß jeder "solche", "derartige", "im wesentlichen gleiche" Steuerbescheid verfassungswidrig ist: daran haben sich die Finanzbehörden und die Finanzgerichte zu orientieren. Und ebenso: eine "solche" Strafvollzugsmaßnahme, Hausdurchsuchung, Brief- und Telefonkontrolle, Demonstrationsüberwachung, Parteienfinanzierung usw. hat fortan als verfassungswidrig zu gelten. Diese Orientierungspflicht wäre kaum möglich und jedenfalls unzumutbar, wenn das Bundesverfassungsgericht von Fall zu Fall mal so, mal so entschiede. Sie setzt vielmehr voraus, daß das Bundesverfassungsgericht eine gewisse Kontinuität walten läßt.

Auch wenn dies keine Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts impliziert, so bedeutet es doch: vom Bundesverfassungsgericht wird erwartet, daß es von seinen früheren Entscheidungen nur aus gewichtigen Gründen abweicht, also nur, wenn sie neuen rechtlichen oder tatsächlichen Einwänden nicht mehr standhalten, und nur, um eine neue Präjudizienkette zu beginnen, an der sich die Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte "von nun an" zu orientieren vermögen. Nur auf diese Weise lassen sich Kontinuität und Flexibilität, Bindungswirkung für andere und Freiheit von Selbstbindung miteinander in Einklang bringen.

Auf diese Weise bleibt es auch den Verfassungsorganen, Behörden und Gerichten möglich, sich in besonderen Grenzfällen über die präjudizielle Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG hinwegzusetzen und das Bundesverfassungsgericht zu einer Korrektur seiner bisherigen Rechtsprechung herauszufordern. Diese Möglichkeit soll durch § 31 I BVerfGG nicht prinzipiell verschlossen werden: es muß schließlich zulässig bleiben, neuen Rechtserkenntnissen oder neuen tatsächlichen Erfahrungen Geltung zu verschaffen. § 31 I BVerfGG stellt eine Regel auf, die Ausnahmen im Einzelfall nicht ausschließt. Vor allem der Zeitablauf vermag Ausnahmen zu rechtfertigen. Man könnte sagen, daß die präjudizielle Bindung mit der Zeit "verblaßt".

Es ist ferner die Frage aufgetaucht, ob sich die Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG wirklich auf alle Verfassungsorgane, also auch den Gesetzgeber erstreckt, oder ob man - entgegen dem Wortlaut - den Gesetzgeber davon ausnimmt. Letzteres ist die neuere Auffassung des 1. Senats in seinem Beschluß vom 6. Oktober 1987 (BVerfGE 77, 84):

"§ 31 BVerfGG und die Rechtskraft normverwerfender verfassungsgerichtlicher Entscheidungen hindern den Gesetzgeber nicht, eine inhaltsgleiche oder inhaltsähnliche Neuregelung zu beschließen" (S.103).