

- Stefan Mückl* Lebensschutz und Meinungsfreiheit, S. 62
- Bernward Büchner* Zum Inhalt der Beobachtungspflicht des Gesetzgebers als Schutzpflicht für das Leben Ungeborener, S. 72
- Johann-Christoph Student* Warum wir kein Patientenverfügungs-Gesetz brauchen, S. 90
- Juristen-Vereinigung-
Lebensrecht e. V.* Stellungnahme zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes, S. 96

Editorial

61 Sonderbehandlung

Thema*Privatdozent Dr. iur. Stefan Mückl*

62 Lebensschutz und Meinungsfreiheit

VRiVG a. D. Bernward Büchner

72 Zum Inhalt der Beobachtungspflicht des Gesetzgebers als Schutzpflicht für das Leben Ungeborener

Beitrag*Assessor jur. Thomas Zimmermanns*

80 BVerfG schränkt Meinungsfreiheit für Abtreibungsgegner ein

Ltd. Ministerialrat a.D. Dieter Ellwanger

86 Schwangerschaftsabbrüche – Verfahrenswege zur Erfüllung der verfassungsrechtlichen Beobachtungspflicht

Prof. Dr. med. Dr. h.c. Johann-Christoph Student

90 Warum wir kein Patientenverfügungs-Gesetz brauchen – Fünf Argumente

Rezension

95 Totensorge

95 Leben mit Behinderung

Aus der JVL

96 Stellungnahme zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes

III **Trends**

impressum

Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)

ISSN 0944-4521

Redaktion

Rainer Beckmann (verantwortlich), Richter am AG, Würzburg (rb), Dr. Ruth Reimann, Richterin am Landgericht, Leichlingen (rei), Knut Wiebe, Richter am Landgericht, Köln (kw)

Anschrift der RedaktionWeißdornweg 1
97084 Würzburg
eMail: zfl@juristen-vereinigung-lebensrecht.de
Telefon: 09 31 / 35 99 490**Herausgeber**Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.
Postfach 50 13 30, D-50973 Köln
Telefon: 0221/13 44 78
Telefax: 0221/2 22 59 57www.juristen-vereinigung-lebensrecht.de
eMail: info@juristen-vereinigung-lebensrecht.de**Vorstand der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.**

Bernward Büchner, Vors. Richter am VG a. D., Freiburg i. Br.; Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn; Rainer Beckmann, Richter am AG, Würzburg; Dr. Werner Esser, Notar a.D., Köln; Erika Nagel, Richterin am AG, Brühl

Satz & Layout

Rehder & Partner Medienagentur, Aachen

Druck

Luthe Druck und Medienservice, Köln

Abonnement

Die ZfL erscheint viermal jährlich. Das Jahresabonnement beträgt 18 Euro inkl. Versand (Studenten zahlen 12 Euro).

Zahlungen erfolgen über die Dresdner Bank Köln, BLZ 370 800 40, Konto-Nr. 4 769 600.

IBAN-Code: DE 38 3708 0040 0476 9600 00

BIC: DRESDEFF370

Bestellungen an den Herausgeber erbeten.

Hinweis

Die ZfL ist urheberrechtlich geschützt. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Ansicht des Herausgebers wieder.

Die Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. ist interdisziplinär und nur dem Recht verpflichtet. Sie ist als gemeinnützig anerkannt.

Leserbriefe und Manuskripte ...

sind jederzeit willkommen und werden an die Anschrift der Redaktion erbeten.

Herausgeber: Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. (Köln)

Herausgeberbeirat

Prof. Dr. iur. Gunnar Duttge, Göttingen

Prof. Dr. med. Hermann Hepp, München

Prof. Dr. iur. Christian Hillgruber, Bonn

Prof. Dr. iur. Eike von Hippel, Hamburg

Prof. Dr. phil. Rupert Hofmann, Regensburg

Prof. Dr. iur. Winfried Kluth, Halle

Prof. Dr. iur. Karl Lackner, Heidelberg

Prof. Dr. iur. Winrich Langer, Marburg

Prof. Dr. iur. Joseph Listl, Bonn

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Harro Otto, Bayreuth

Prof. Dr. med. Johannes Pechstein, Mainz

Prof. Dr. theol. Anton Rauscher, Augsburg

Prof. Dr. iur. Wolfgang Rüfner, Köln

Prof. Dr. phil. Manfred Spieker, Osnabrück

Prof. Dr. iur. Herbert Tröndle, Waldshut-Tiengen

Prof. Dr. iur. Dr. h. c. Wolfgang Waldstein, Salzburg

Prof. Dr. iur. Ralph Weber, Rostock

Prof. Dr. phil. Paul-Ludwig Weinacht, Würzburg

Prof. Dr. med. Hans-Bernhard Wuermeling, Erlangen

Sonderbehandlung

Das so genannte „Abtreibungsrecht“ ist ein besonderes Recht. Es gibt nichts Vergleichbares. Handlungen, die nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „Tötungshandlungen“ und im Strafgesetzbuch dem Abschnitt „Straftaten gegen das Leben“ zugeordnet sind, bleiben dennoch – abgesehen von wenigen Ausnahmefällen – straflos. Denn „der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht“ (vgl. § 218 a Abs. 1 StGB), wenn einige Formalien eingehalten werden (Beratungsnachweis, ärztliche Durchführung, 12-Wochen-Frist). Dieser „Tatbestandsausschluss“ – im Grunde nichts anderes als eine schriftliche Lüge – sucht eine Vorgabe des Verfassungsgerichts zu erfüllen, nach der indikationslose Abtreibungen nicht als rechtmäßig anerkannt werden dürfen. Diese Abtreibungen sollen, da sie keinen rechtfertigenden Grund für sich in Anspruch nehmen können, „Unrecht“ sein. Nennenswerte Auswirkungen dieser Qualifizierung lassen sich in der Rechtsordnung jedoch nicht finden. Ein merkwürdiges Recht, dieses „Abtreibungsrecht“.

Kein Wunder, dass sich manche Menschen mit diesem „Recht“ nicht abfinden wollen. Sie empfinden es als Skandal, dass jährlich hunderttausende ungeborene Kinder in einem ausgeklügelten System von Rechtsvorschriften, Beratungsstellen und Abtreibungskliniken getötet werden. Da das Thema von der Politik „abgehakt“ ist, ist es eher eine kleine Schar von „Rufern in der Wüste“, die das Schicksal der ungeborenen Kinder beklagt. Um die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf sich und ihr Anliegen zu lenken, wählen einige von ihnen recht drastische Formulierungen.

In einem Land mit garantierter Meinungsfreiheit ist das eigentlich kein Problem. Doch die neueste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt zu denken. Der Vorwurf ein Arzt nehme „rechtswidrige Abtreibungen“ vor, soll eine „unwahre“ Tatsachenbehauptung sein und eine unzulässige Prangerwirkung entfalten. Droht auch im Bereich der Meinungsfreiheit eine Sonderbehandlung für Abtreibungsgegner? Reichen die Wirkungen des Sonderrechts für vorge-

burtliche Kindestötungen so weit, dass auch bei der Meinungsfreiheit mit zweierlei Maß gemessen wird? Eine genaue Analyse dieses Themenkreises (s. die Beiträge von *Stefan Mückl*, S. 62 ff., und *Thomas Zimmermanns*, S. 80 ff.) gibt Anlass zu erheblichen Bedenken.

Nicht weniger beunruhigend sollte sein, dass sich auf politischer Ebene niemand so recht berufen fühlt, die exzeptionelle Stellung des „Abtreibungsrechts“ zu überprüfen und ggf. in Frage zu stellen. Die vom Bundesverfassungsgericht angeordnete Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers läuft offenbar leer (s. Beiträge von *Bernward Büchner*, S. 72 ff., und *Dieter Ellwanger*, S. 86 ff.). Nicht, weil es keinen Anlass für eine Überprüfung der Schutztauglichkeit der „Beratungsregelung“ für ungeborene Kinder gäbe, sondern weil der Wille fehlt.

Ein schlechtes Gesetz zu korrigieren, ist eine Sache. Eine andere ist es, erst gar kein schlechtes Gesetz zustande kommen zu lassen. Beim Thema Patientenverfügung steht der Gesetzgeber vor diesem Problem. Es gibt bislang drei Entwürfe, die sicherlich mit Vor- und Nachteilen behaftet sind. Deshalb lohnt es sich darüber nachzudenken, ob es überhaupt sinnvoll ist, ein Gesetz zur Regelung von Patientenverfügungen zu erlassen. Gründe gegen ein neues Gesetz nennt der langjährige Leiter eines Hospizes und Palliativmediziner *Johann-Christoph Student* (S. 90 ff.).

Rainer Beckmann

Privatdozent Dr. iur. Stefan Mückl, Freiburg

Lebensschutz und Meinungsfreiheit

I. Das Tabu „Lebensschutz“

Es gibt „Nicht“-Themen in Deutschland: Themen, über die „man“ nicht spricht, geschweige denn streitet. Zu diesen Themen gehört weithin der Schutz des ungeborenen Lebens: Das kontroverse Ringen um die Sachprobleme findet in der politischen Sphäre nahezu nicht mehr statt¹. Die 1995 getroffene gesetzliche Regelung eigne sich nicht für die (partei)politische Auseinandersetzung. Man habe nach zwei Jahrzehnten der Auseinandersetzung einen „tragfähigen Kompromiss“ erreicht, der nicht mehr in Frage zu stellen sei.

Diese Einstellung der bewussten und gewollten Nichtbehandlung eines veritablen rechtlichen (wie auch moralischen) Problems wird, obgleich den Vorgaben der zweiten Abtreibungsentscheidung des BVerfG von 1993² widersprechend, nur selten und allenfalls in vagen Absichtsbekundungen verlassen. Ein Paradebeispiel dafür ist die rechtliche Behandlung von Spätabtreibungen: Bereits im März 1999 hatte sie die damalige Justizministerin *Däubler-Gmelin* (SPD) als „grauenvoll“ bezeichnet und verlangt, man müsse sie „unterbinden, schlichtweg unterbinden“. Wiederholte Versuche von Abgeordneten des 14. und 15. Deutschen Bundestags, diese Position eines hochrangigen Regierungsmitglieds auch in die Rechtswirklichkeit zu übertragen³, scheiterten. Der Koalitionsvertrag der gegenwärtigen Bundesregierung enthält – immerhin – die Formulierung, man wolle „prüfen, ob und gegebenenfalls wie die Situation bei Spätabtreibungen verbessert werden kann“⁴. Konkrete Schritte ist der Gesetzgeber seitdem nicht gegangen, was in erster Linie an der Befürchtung liegen dürfte, das Gesamtthema „Abtreibung“ wieder in das Forum der öffentlichen Diskussion zurückzuholen.

Diese Motivation scheint nicht auf den Bereich der nationalen Politik beschränkt zu sein: Presseberichten zufolge hat die deutsche Diplomatin *Tina Moll* – als Verhandlungsführerin der Europäischen Union – Anfang März 2007 einen von den USA und Südkorea vorlegten Entschließungsantrag der UN-„Kommission für den Status der Frau“ torpediert. Dessen Ziel war die Verurteilung der in zahlreichen Entwicklungsstaaten verbreiteten Praxis einer gezielten Abtreibung weiblicher Embryonen. Begründung der Ablehnung: „Dieser Entschließungsantrag ist vor allem ein heimlicher Angriff der USA gegen Abtreibung. Das wollen wir nicht mittragen.“⁵ Nicht mittragen möchte die deutsche Entwicklungshilfepolitik auch nicht, dass andere souveräne Staaten zu anderen Wertungen gelangen als der deutsche Gesetzgeber: Nachdem Nicaragua Ende 2006 im Wege einer Volksabstimmung ein neues, restriktiveres Abtreibungsgesetz erlassen hatte, intervenierte die deut-

sche Entwicklungshilfeministerin *Heidemarie Wiecek-Zeul*: Das Gesetz verletze „die elementaren Rechte von Frauen in Nicaragua“. Daher sei der gewählte Staatspräsident auf diplomatischem Weg „gemahnt“ worden, „das neue nicaraguanische Abtreibungsgesetz zu ändern“. „Die internationale Gebergemeinschaft“ habe „unmissverständlich deutlich gemacht, dass es zu Konsequenzen in der weiteren Zusammenarbeit ... kommen wird, wenn das Gesetz nicht geändert wird“⁶.

Bündelt man diese Beobachtungen zu einer allgemeinen Positionsbeschreibung, genügt dafür ein einziges Wort: Tabu⁷. Die gegenwärtige Gesetzeslage hinsichtlich der Abtreibung in Deutschland gilt wesentlichen Akteuren (jedenfalls im politischen Raum) als nicht hinterfragenswert, ja mehr noch: als nicht hinterfragbar. Hinter den 1995 „errungenen“ Stand dürfe es kein „Zurück“ mehr geben. Zu diesem (angeblichen) „Rückschrittsverbot“ gelangt, wer (1.) die tatsächlichen Abläufe einer Abtreibung⁸ und ihrer Folgen für die betroffene Frau⁹ verschleierte, (2.) die rechtliche Bewertung der Abtreibung in ein „Menschen-“ bzw. „Frauenrecht“ uminterpretiert und (3.) die Einhaltung der ersten zwei Bedingungen mit den Mechanismen der *political correctness* abzusichern versteht.

1 Seltene Ausnahme: Im Herbst 2006 unterbreitete der Landesverband Hessen der Jungen Union dem Deutschlandtag der JU einen Antrag, demzufolge eine grundlegende Überarbeitung der geltenden gesetzlichen Bestimmungen (namentlich des § 218 StGB) erfolgen solle. Vgl. hierzu aus der (spärlichen) Berichterstattung in der Presse: „Die Tagespost“, Nr. 126 v. 21. Oktober 2006, S. 2; ZfL 4/2006, S. III.

2 BVerfGE 88, 203 (309): Beobachtungs- sowie „Korrektur- oder Nachbesserungspflicht“.

3 BT-Drs. 14/749, 14/1045, 14/6635, 14/9030 und 14/9494; BT-Drs. 15/3948, 15/4148. – Aus dem Schrifttum *Weiß*, Menschenrechtsmagazin 2002, 136; *Spieker*, Die neue Ordnung 59 (2005), 15; aus der Rechtsprechung BGH, ZfL 2003, 83 m. Anm. *Wiebe* (Vorinstanz: LG Görlitz, ZfL 2003, 87); AG Oldenburg, ZfL 2004, 117 m. Anm. *Wiebe*.

4 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005, Gliederungspunkt B. VI. 5.4, S. 103.

5 Zitiert nach: „Europäer geben Schutz von Frauen preis“, in: „Die Tagespost“, Nr. 31 v. 13. März 2007, S. 3.

6 Pressemitteilung des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung v. 17. November 2006, zugänglich unter www.bmz.de/de/presse/pm/pm_20061117_1.html (Zugriff: 28. April 2007).

7 Grundsätzliche Entfaltung der Kategorie für das Staatsrecht: *Isensee*, Tabu im freiheitlichen Staat, 2003.

8 Dies offenbart sich bereits auf der terminologischen Ebene: Abtreibung gilt als Teil von Programmen zugunsten einer „sexuellen“ oder „reproduktiven“ Gesundheit, ist Ausfluss „geplanter“ oder „verantworteter Elternschaft“, für ihre Zulässigkeit streiten und ihre Durchführung ermöglichen Organisationen wie „Pro familia“. – Die politische Semantik ist mit der fortwährenden Kreation scheinbar positiv belegter Formeln weit über das Niveau früherer Kampfbegriffe wie „Schwangerschaftsunterbrechung“ (deren logische Unhaltbarkeit mittlerweile wohl auch die Verwender erkannt haben) hinausgegangen.

9 Stichwort: Post-Abortion-Syndrom.

Dass die politische Klasse ein Thema trotz seiner politischen und gesellschaftlichen Brisanz (die spätestens seit der Diskussion über die demographische Entwicklung für jedermann offen zutage liegt) beharrlich ignoriert, muss nicht zwingend schaden. Im freiheitlichen Verfassungsstaat, zu dessen Lebenselixier der Pluralismus verschiedener politischer, religiöser, sozialer und kultureller Überzeugungen zählt, liegt es (auch) an den gesellschaftlichen Kräften wie an den einzelnen Bürgern, zu verschiedenen Sachthemen Positionen zu entwickeln, zu artikulieren und in freier öffentlicher Debatte werbend für sie zu streiten. Dies zu tun, gewährleistet die Rechtsordnung vor allem durch ihre Grundrechte, speziell die so gen. Kommunikationsfreiheiten wie die Meinungs- und die Pressefreiheit.

Der durch sie vermittelte Schutz ist, so mag es auf den ersten Blick scheinen, stark: Meinungen genießen nach der gemeinhin als „liberal“ geltenden Rechtsprechung des BVerfG grundrechtlichen Schutz unabhängig von Wertungen und Qualifikationen. Die „wertvolle“ Meinung gilt vor der Verfassung ebenso wie die „unbedarfte“, die „rationale“ ebenso wie die „emotionale“, die allgemein konsentiert ebenso wie die exzentrische¹⁰. Damit scheint das Recht, zumal über den Hebel der Grundrechte, eine Hilfe zu sein, das aufgezeigte Tabu aufzubrechen. Was in der politischen Arena nicht gesagt wird oder gesagt werden darf, ohne nicht sogleich vom politischen Gegner oder den Medien skandalisiert zu werden, wird kompensiert durch die grundrechtliche Freiheit gesellschaftlicher Kräfte und engagierter Bürger.

Wie wirksam entfaltet sich aber diese Freiheit in der Rechtspraxis? Seit etwa zehn Jahren lassen immer wieder gerichtliche Verfahren aufhorchen, welche – zum Teil scharf formulierte – Äußerungen zum Lebensschutz zum Gegenstand haben¹¹. Regelmäßig ging es um Konstellationen, in denen dezidierte Abtreibungsgegner in unmittelbarer räumlicher Nähe zu Abtreibungskliniken bzw. -praxen unter namentlicher Nennung des verantwortlichen Arztes ihrer Einstellung mittels Flugblättern, Transparenten oder Sandwich-Plakaten Ausdruck verliehen. Hiergegen leiteten die betroffenen Ärzte und Kliniken (bzw. deren Träger) zivil- und/oder strafrechtliche Schritte ein. Die rechtliche Bewertung durch die angerufenen Gerichte ergab ein wenig einheitliches Bild. Im Mai 2006 hat das BVerfG in zwei Kammerbeschlüssen zu ebenfalls Stellung bezogen¹², so dass nunmehr eine Bestandsaufnahme angebracht erscheint.

II. Die überkommene Rechtsprechung des BVerfG zur Meinungsfreiheit

Die Judikatur des BVerfG zur Meinungsfreiheit ist seit geraumer Zeit Gegenstand lebhafter juristischer wie allgemein-politischer Diskussionen. Speziell Anfang und Mitte der 1990er Jahre hat sie durch mehrere (auch innerhalb des Gerichts), überaus umstrittene Entschei-

dungen – kulminierend im Verfahren „Soldaten sind Mörder“¹³ – heftige Kontroversen ausgelöst. Galt diese Rechtsprechung ihren Urhebern wie Befürwortern als „liberal“, hielten deren Kritiker ihr entgegen, sie überschreite die Grenzen von der Liberalität zur Libertinage¹⁴ und führe mittels einer „Liquidierung des Ehrenschutzes“¹⁵ zur „verlorenen Ehre der Bundesbürger“¹⁶. Einen Hauch der angespannten Atmosphäre jener Jahre vermittelt auch heute noch ein Erläuterungsaufsatz des seinerzeit im 1. Senat des BVerfG für das Dezernat „Meinungsfreiheit“ zuständigen Berichterstatters *Dieter Grimm*¹⁷: Er selbst zog in Zweifel, dass die verbreitet artikuliert Kritik „auf zuverlässiger Kenntnis oder unvoreingenommenen Verständnis der Entscheidungen“ beruhe¹⁸ und musste sich umgekehrt bescheiden lassen, „die kanonischen Formeln des Gerichts unbeirrt und unmodifiziert reproduziert“ zu haben und in seinem Beitrag weniger die rechtswissenschaftliche Diskussion befruchtet denn ein Dokument mit „Aufklärungscharakter“ verfasst zu haben¹⁹.

Die seinerzeitigen Diskussionen mögen hier auf sich beruhen. Für das heute relevante Thema ist es aber hilfreich, die wesentlichen Linien der Rechtsprechung des 1. Senats des BVerfG (in der authentischen Interpretation durch *Grimm*) in Erinnerung zu rufen und sie an einigen ausgewählten Beispielen zu verdeutlichen.

1. Allgemeine Kriterien des BVerfG

Maßgeblich als Leitentscheidung ist das *Lüth*-Urteil aus dem Jahr 1958²⁰. Darin hat das BVerfG wesentliche Aussagen zur Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit entwickelt, auf deren Grundlage die nachfolgende Judikatur eine höchst ausdifferenzierte Systematik errichtet hat. Das BVerfG hatte die Meinungsfreiheit als „für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ... schlechthin konstituierend“²¹ bezeichnet und daraus eine weitreichende Folgerung abgeleitet: Sofern die in Rede stehende Äußerung einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung darstelle, es dem sich Äußernenden also nicht um eigene (zumal wirtschaftliche) Ziel-

10 BVerfGE 30, 336 (347) – *Jugendgefährdende Schriften*; *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1698).

11 Erste Zwischenbilanz bei *Zimmermanns*, ZfL 2005, 80; ders., Meinungs- und Pressefreiheit, 2006, S. 43 ff.

12 BVerfG, NJW 2006, 3769 = ZfL 2006, 124 – „*Babycaust*“; BVerfG, AfP 2006, 550 = ZfL 2006, 135 – „*Rechtswidrige Abtreibungen*“.

13 BVerfGE 93, 266 – „*Soldaten sind Mörder*“.

14 *Sendler*, NJW 1993, 2157.

15 *Kiesel*, NVwZ 1992, 1129.

16 *Stürner*, JZ 1994, 865.

17 Von den nachfolgend zitierten Entscheidungen hat *Grimm* folgende als Berichterstatter vorbereitet: BVerfGE 82, 43 – *Strauß-Plakat*; 82, 272 – „*Zwangsdemokrat Strauß*“; 85, 1 – „*Kritische Bayer-Aktionäre*“; 90, 241 – *Auschwitz-Lüge*; 93, 266 – „*Soldaten sind Mörder*“.

18 *Grimm*, NJW 1995, 1697.

19 So *Stürner*, JZ 2004, 1018 (1020).

20 BVerfGE 7, 198 – *Lüth*.

21 BVerfGE 7, 198 (208); später BVerfGE 93, 266 (292 f.).

setzungen, sondern altruistisch um das Gemeinwohl gehen, streite eine Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede²². Da eine offene Kommunikation essentiell für den demokratischen Prozess sei, müsse der Gefahr einer „einschüchternden Wirkung“ durch überhöhte Anforderungen an die Zulässigkeit einer bestimmten Meinungsäußerung begegnet werden²³. Eben deshalb seien die allgemeinen Gesetze „in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts“ zu sehen und auszulegen²⁴. Der Rechtsanwender, insbesondere der Instanzrichter, müsse die „Ausstrahlungswirkung“ des Grundrechts auf das einfache Recht beachten²⁵.

In ständiger Rechtsprechung unterscheidet das BVerfG zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen. Von ersteren sind einzig erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen von vornherein nicht geschützt²⁶. Dieser Ausschluss greift allerdings nur dann ein, wenn der sich Äußernde die Unwahrheit seiner Äußerung kennt, oder diese evident ist; nicht hingegen, wenn die Unwahrheit erst „das Ergebnis späterer Erkenntnis, etwa einer gerichtlichen Beweisaufnahme ist“²⁷. In den übrigen Fällen findet eine Abwägung zwischen den kollidierenden Belangen – Meinungsfreiheit auf der einen, zumeist Ehrschutz auf der anderen Seite – statt. Einer solchen Abwägung bedarf es nur in zwei Fällen nicht, in denen sich der Ehrschutz stets durchsetzt: Zum einen, wenn die Äußerung die Menschenwürde eines anderen antastet, zum anderen, wenn sie sich als Schmähkritik darstellt²⁸. Auch diese beiden Ausschlüsse sind wiederum sehr eng auszulegen; namentlich soll nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Schmähkritik – eine Äußerung, bei der nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht²⁹ – in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage „nur ausnahmsweise“ vorliegen³⁰.

Eine nach der Rechtsprechung des BVerfG vorgelagerte Frage ist es, ob die in Rede stehende Äußerung zutreffend erfasst worden ist. Auf dieser „Deutungsebene“ verlangt das BVerfG, dass die Gerichte bei mehrdeutigen Äußerungen eine zu einer rechtlichen Sanktion führende Deutung nur dann zugrunde legen dürfen, wenn sie zuvor andere, den sich Äußernden nicht oder weniger beeinträchtigende Deutungsvarianten mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen haben³¹. Maßgeblich sei, so die Praxis wie ihre Begründung, nicht notwendigerweise der Text der getroffenen Äußerung, sondern auch ihr Kontext. Entscheidend komme es auf ihren Sinn an, „den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums hat“³². Dabei sei insbesondere auch der jeweilige Kommunikationszusammenhang zu berücksichtigen. Da manche Worte oder Begriffe je nach Kontext verschiedene Bedeutungen haben könnten, sei stets sorgfältig zu ermitteln, welcher Aussagegehalt einer Äußerung tatsächlich zugrunde ge-

legen habe. Besonders strenge Anforderungen stellt das BVerfG an Begriffe der juristischen Fachterminologie. Da diese in umgangssprachlichen Verwendungszusammenhängen einen anderen Sinn haben könnten, dürfe der fachspezifische Sinn nicht ohne weiteres zugrunde gelegt werden. Geschehe dies gleichwohl, liege bereits darin ein „verfassungsrechtlich erheblicher Fehler“³³. Das BVerfG betont freilich stets, es gebe selbst das „richtige“ Textverständnis keineswegs vor, es schließe vielmehr allein „objektiv unmögliche Deutungen“ aus und halte die Instanzgerichte dazu an, alternative Deutungsmöglichkeiten jedenfalls zu erwägen³⁴. Ob sich dies tatsächlich so verhält, lässt sich mit Blick auf diverse Entscheidungen bezweifeln³⁵.

2. Anwendung der allgemeinen Kriterien in der Praxis

Aufgrund der allgemeinen Kriterien des BVerfG gibt es, worauf auch dieses selbst immer wieder hinweist, keine generelle Präferenz zugunsten des einen oder des anderen verfassungsrechtlichen Belangs. Die erforderliche Abwägung erfolgt jeweils fallbezogen und führt notwendigerweise zu differenzierten Ergebnissen. Da es somit ein „System“ einigermaßen berechenbarer und verlässlicher Kautelen nicht gibt, ist bereits die Rechtsprechung des BVerfG – erst recht diejenige der Instanzgerichte – alles andere als einheitlich. Dieser Befund rechtfertigt es, einige Blicke in das Fallrecht zu werfen, und die Anwendung der allgemeinen Kriterien kasuistisch nachzuzeichnen.

a) Lüth (1958)

Der leading case des BVerfG zur Meinungsfreiheit hatte ein zivilrechtliches Unterlassungsurteil zum Gegen-

22 BVerfGE 7, 198 (212); später BVerfGE 54, 129 (137) – *Kunstkritik*; 85, 1 (16); 93, 266 (294 f.).

23 Eindringlich vor allem *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703) mit Verweis auf BVerfGE 43, 130 (136) – *Flugblatt* sowie auf die Figur des „chilling effect“ der US-Grundrechtstheorie; abermals BVerfGE 93, 366 (292).

24 BVerfGE 7, 198 (208).

25 BVerfGE 7, 198 (207).

26 BVerfGE 61, 1 (8) – „NPD Europas“; 85, 1 (15); 90, 241 (249, 254).

27 Besonders betont von *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1699); aus der Praxis etwa BVerfGE 99, 185 (197 f.).

28 BVerfGE 85, 1 (16); 93, 266 (293 f.).

29 BVerfGE 61, 1 (12); 82, 272 (283 f.) – „Zwangsdemokrat Strauß“; *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703).

30 So BVerfGE 93, 266 (294).

31 BVerfGE 43, 130 (136 f.); 82, 43 (52 f.); 82, 272 (280 f.); 85, 1 (14) – zivilrechtliches Unterlassungsurteil); 93, 266 (295 f.); 94, 1 (9) – DGHS; noch jüngst BVerfG, NJW 2006, 3266 (3267) – *Mengele-Vergleich*. – Erläuternd wie verteidigend *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1700 f.), der aber verstärkend „überzeugende“ Gründe verlangt.

32 BVerfGE 93, 266 (295).

33 BVerfGE 93, 266 (296), unter Hinweis auf BVerfGE 7, 198 (227); 85, 1 (19); bekräftigend *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1700).

34 *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1700).

35 S. nur LG Mainz, NSStZ-RR 1996, 330; zu einer weiteren Fallgestaltung im hier interessierenden sachlichen Kontext noch unten IV. 2. – Eingehende Kritik bei *Isensee*, in: FS Kriele, 1997, S. 5 (42 ff.).

stand³⁶: Der Hamburger Senatsdirektor *Erich Lüth* hatte – als Vorsitzender eines Presseclubs – in einem Offenen Brief zum Boykott des Films „Die unsterbliche Geliebte“ des Regisseurs *Veit Harlan* aufgerufen. *Harlan* hatte 1940 den antisemitischen Propagandafilm „Jud Süß“ gedreht, war aber nach 1945 in einem Strafverfahren freigesprochen worden. *Lüth* bezeichnete es als „Recht“ und „Pflicht ... anständiger Deutscher“, „sich im Kampf gegen diesen unwürdigen Repräsentanten des deutschen Films ... auch zum Boykott bereitzuhalten“. Sein Freispruch sei „nur ein formeller“, aus der Urteilsbegründung ergebe sich hingegen eine „moralische Verdammung“. Die Zivilgerichte gaben der auf § 826 BGB gestützten Unterlassungsklage gegen *Lüth* statt. Das BVerfG hob diese Urteile wegen Verstoßes gegen die Meinungsfreiheit auf.

b) „Kritische Bayer-Aktionäre“ (1991)

Ein Verein, der sich betont kritisch mit der Tätigkeit des Bayer-Konzerns auseinandersetzte, hatte ein Flugblatt verteilt, in dem es u. a. hieß: „Gefahren für die Demokratie. In seiner grenzenlosen Sucht nach Gewinn und Profiten verletzt BAYER demokratische Prinzipien, Menschenrechte und politische Fairness. Missliebige Kritiker werden bespitzelt und unter Druck gesetzt, rechte und willfähige Politiker werden unterstützt und finanziert“³⁷. Die von Bayer vor den Zivilgerichten angestregten Klagen auf Unterlassung und Widerruf hatten teilweise Erfolg. Das BVerfG beanstandete auch diese Entscheidungen als den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht Rechnung tragend. Die Zivilgerichte hätten den Wertgehalt der Meinungsfreiheit schon auf der Deutungsebene nicht ausreichend berücksichtigt. Das BVerfG, das den Instanzgerichten recht wohlwollende Alternativdeutungen der Wendungen „bespitzeln“ und „unter Druck setzen“ ansann³⁸, stellte für die erneute fachgerichtliche Prüfung detaillierte Vorgaben auf³⁹.

c) „Soldaten sind Mörder“ (1992-95)

Wesentlichen Anteil an der heftigen Kritik der fachlichen wie der allgemeinen Öffentlichkeit am Verständnis der Meinungsfreiheit durch das BVerfG hatte dessen Judikatur zu Einlassungen wie „Soldaten sind (potentielle) Mörder“⁴⁰. Nahezu alle Verfassungsbeschwerden gegen die (regelmäßig mäßigen) strafgerichtlich verhängten Geldstrafen hatten unter Berufung auf die Meinungsfreiheit Erfolg. Das BVerfG beteuerte stets, sich weder zur Erlaubtheit der Aussage geäußert noch deren Inhalt gebilligt zu haben⁴¹. Doch gelangte es stets zum Ergebnis, die Strafgerichte hätten den Ausdruck „Mörder“ zu Lasten der sich Äußernden interpretiert: Sie hätten verkannt, dass damit „nicht notwendig der Vorwurf einer schwerkriminellen Haltung oder Gesinnung“ verbunden sei. Alternative Deutungen seien unberücksichtigt geblieben. Eine solche könnte nach Ansicht des BVerfG wie folgt lauten: „Vielmehr kann der sich Äu-

ßernde auch in besonders herausfordernder Form darauf aufmerksam machen, dass Töten im Krieg kein unpersönlicher Vorgang ist, sondern von Menschenhand erfolgt. Es ist daher nicht von vornherein auszuschließen, dass die Formulierung bei den ... im Soldatenberuf Stehenden das Bewusstsein der persönlichen Verantwortlichkeit für das insgesamt verurteilte Geschehen wecken und so die Bereitschaft zur Kriegsdienstverweigerung fördern sollte.“⁴²

d) Greenpeace (1999)

Greenpeace führte unter dem Motto „Alle reden vom Klima – wir ruinieren es“ eine bundesweite Plakatserie gegen FCKW-produzierende Unternehmen durch. Die Plakate zeigten Porträtfotos von zahlreichen Managern und Unternehmern, u. a. des Vorstandsvorsitzenden von Hoechst. Dieser wurde namentlich genannt, unter seinem Foto stand der Text: „Absolute Spitze bei Ozonzerstörung und Treibhauseffekt: Verantwortlich für die deutsche Produktion des Ozon- und Klimakillers FCKW. Rufen Sie an“. Die vom Hoechst-Manager angerufenen Zivilgerichte wiesen die auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gestützte Unterlassungsklage ab. Die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde nahm das BVerfG nicht zur Entscheidung an⁴³. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht verleihe „seinem Träger keinen Anspruch, nur so in der Öffentlichkeit dargestellt zu werden, wie er sich selbst sieht oder von anderen gesehen werden möchte“⁴⁴. In der Plakataktion liege keine unzulässige Prangerwirkung⁴⁵. Das Vorgehen von Greenpeace wird als „Personalisierung eines Sachanliegens in anklagender Weise“⁴⁶ in mildes Licht gesetzt. Auf der anderen Seite hält es das BVerfG für legitim, „in dieser die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage Druck auf Unternehmen auszuüben“. Die Annahme der Zivilgerichte, derzufolge sich „eine Person, die ... kraft ihrer Stellung Entscheidungen von solcher Tragweite“ zu verantworten habe, „in besonderer Weise der Kritik zu stellen“ habe, bestehe „zu Recht“⁴⁷.

36 Eingehend zum Verfahren wie zum Hintergrund *Henne/Riedlinger* (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005.

37 Sachverhaltsschilderung in BVerfGE 85, 1 (3).

38 BVerfGE 85, 1 (18 ff.).

39 Näher BVerfGE 85, 1 (21 ff.).

40 BVerfG, NJW 1992, 2073 – „geb. Mörder“ (Senat); NJW 1992, 2750 – „Soldaten sind potentielle Mörder“ (Kammer); NJW 1994, 2943 – „Soldaten sind Mörder“ (Kammer); BVerfGE 93, 266 – „Soldaten sind Mörder“ (Senat).

41 *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1700).

42 BVerfGE 93, 266 (298); ähnlich zuvor bereits BVerfG, NJW 1994, 2943 f.

43 BVerfG, NJW 1999, 2358 – *Greenpeace-Plakat*.

44 BVerfG, NJW 1999, 2358 (2359).

45 Zur Kategorie der „Prangerwirkung“ BGH, NJW 1994, 124; in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung rezipiert etwa in BVerfGE 97, 391 (406).

46 So BVerfG, NJW 1999, 2358 (2359).

47 Ebd.

III. Die Verschiebung der Maßstäbe in neueren Entscheidungen des BVerfG

Neuerdings hat das BVerfG seine Rechtsprechung in einem wesentlichen Punkt geändert; im Hinblick auf seine bisherigen Maßstäbe überraschend – und ohne ein Wort der Begründung:

1. Stolpe-Beschluss (2005)

Im Rahmen der politischen Diskussion über eine Fusion der Bundesländer Berlin und Brandenburg hatte ein Repräsentant des politischen Gegners in einer Fernsehsendung über den damaligen brandenburgischen Ministerpräsidenten geäußert: „Die Tatsache, dass Herr Stolpe, wie wir alle wissen, IM-Sekretär, über 20 Jahre im Dienste des Staatssicherheitsdienstes tätig, dass der die Chance erhält, hier in Berlin (...) Ministerpräsident zu werden, ... das verursacht mir doch erhebliche Kopfschmerzen“. Die Unterlassungsklage von *Stolpe* hatte der BGH in letzter Instanz abgewiesen⁴⁸, seine hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde hatte unter Berufung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht Erfolg⁴⁹.

Da der BGH – wenn auch mit gewissem Widerstreben⁵⁰ – auf der Basis der ständigen Rechtsprechung des BVerfG operiert hatte, ist die inhaltlich gegenläufige Entscheidung des BVerfG nur mit einer Änderung der rechtlichen Maßstäbe erklärbar. In der Tat hat hier das BVerfG einen „Kurswechsel“⁵¹ vorgenommen. Die Äußerung, *Stolpe* sei „über 20 Jahre im Dienste des Staatssicherheitsdienstes tätig“ gewesen, sei zwar mehrdeutig. Der vom BGH zugrunde gelegte, vom BVerfG in jahrelanger, mühevoller erzieherischer Arbeit den Fachgerichten aufgegebenen Maßstab, die den sich Äußernden belastende Deutungsvariante nur dann zugrunde zu legen, wenn zuvor andere – den sich Äußernden weniger belastende – Varianten mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen worden sind, dürfe hier nicht angewendet werden⁵². Dieser Maßstab gelte nur für die Überprüfung nachträglicher Sanktionen von mehrdeutigen Äußerungen. Gehe es aber um die Frage der zukünftigen Unterlassung derartiger Äußerungen, verhalte es sich tendenziell umgekehrt. Der sich Äußernde könne ja klarstellen, wie er seine Äußerung eigentlich meine. Wenn und solange er dazu nicht bereit sei, müssten die Gerichte bei der Würdigung mehrdeutiger Äußerungen nun gerade „die das Persönlichkeitsrecht stärker verletzende Deutungsvariante zu Grunde“ legen⁵³. Diese nun kreierte „Privilegierung des zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs“⁵⁴ wird vom BVerfG bezeichnenderweise weder in eine auch nur scheinbare Kontinuität zu seiner bisherigen Rechtsprechung gestellt noch im Ansatz begründet. Es findet sich allein die apodiktische Feststellung, bei gerichtlichen Entscheidungen über die Unterlassung zukünftiger Äußerungen bestehe nicht „ein gleicher Schutzbedarf für die individuelle Grundrechtsausübung“ wie bei der nachträglichen Sanktion von Äußerungen⁵⁵. Diese – folgenreiche – Veränderung der

verfassungsgerichtlichen Parameter ist im wissenschaftlichen Schrifttum überwiegend auf Kritik gestoßen⁵⁶.

2. „Babycaust“-Beschluss (2006)

Die im *Stolpe*-Beschluss begonnene Neujustierung des Verhältnisses von Meinungsfreiheit und kollidierenden Grundrechtsbelangen findet nun – erstmals erprobt an abtreibungskritischen Äußerungen – ihre Fortsetzung und Weiterführung. Bezog das BVerfG die von ihm postulierte Klarstellungsobliegenheit in der Entscheidung in Sachen *Stolpe* auf *Tatsachenbehauptungen*, erstreckt es diese nun auch auf *Werturteile*.

Ein Abtreibungsgegner hatte vor einem Nürnberger Klinikum, auf welchem „Dr. F., ein Arzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe“⁵⁷, seine auf Schwangerschaftsabbrüche spezialisierte Praxis als rechtlich selbständigen Betrieb führt, eine Flugblattaktion durchgeführt. In sehr dezidierten Worten hatte der Abtreibungsgegner den Abtreibungsarzt als „Tötungsspezialist für ungeborene Kinder“ bezeichnet und an die Adressaten der Flugblätter den Appell gerichtet: „Stoppen Sie den Kinder-Mord im Mutterschoß auf dem Gelände des Klinikum N. Damals: Holocaust – heute: Babycaust. Wer hierzu schweigt, wird mitschuldig!“ Der Abtreibungsarzt leitete gegen den Abtreibungsgegner sowohl straf- als auch zivilrechtliche Schritte ein – mit durchaus unterschiedlichem Erfolg: Wegen der Äußerung „damals Holocaust, heute: Babycaust“ wurde der Abtreibungsgegner wegen Beleidigung (des Arztes sowie der Stadt Nürnberg als Trägerin der Klinik, die gleichfalls Strafantrag gestellt hatte) verurteilt. Hingegen hatte die Unterlassungsklage des Abtreibungsarztes unter Hinweis auf

48 BGHZ 139, 95.

49 BVerfGE 114, 339 – *Stolpe*.

50 Nachw. bei *Hochhuth*, NJW 2006, 189, Fn. 4.

51 Zutreffend *Hochhuth*, NJW 2006, 189.

52 BVerfGE 114, 339 (349).

53 BVerfGE 114, 339 (350, 352).

54 Treffende Charakterisierung von *Hochhuth*, NJW 2006, 189 (190).

55 BVerfGE 114, 339 (350).

56 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl. 2006, Rn. 596; *Teubel*, AfP 2006, 20; *Gas*, ZfL 2006, 131 (132); *Seelmann-Eggebert*, AfP 2007, 86; affirmativ dagegen *Hochhuth*, NJW 2006, 189 (191): das BVerfG sei „zu beglückwünschen“.

57 Bei „Dr. F.“ handelt es sich um *Dr. Andreas Freudemann* – einen dem BVerfG bekannter Beschwerdeführer: 1998 hatte er – mit anderen auf Abtreibungen spezialisierten Ärzten – gegen das Bayerische Schwangerenhilfsergänzungsgesetz Verfassungsbeschwerde erhoben, welches BVerfGE 98, 265 in seinen wesentlichen Teilen mit 5:3 Stimmen für nichtig erklärte. Nach den seinerzeitigen Feststellungen (BVerfGE 98, 265 [286]) nimmt er jährlich zwischen 3.000 und 4.000 Abtreibungen vor (täglich bis zu 16); hieraus erzielte er zwischen 1994 und 1997 zwischen 77% und 87% seiner Einnahmen). *Freudemann* beteiligt sich medienwirksam und dezidiert an der Debatte um Abtreibungen: Für ihn ist „(E)in Embryo ... kein Mensch“. Sein Beruf „erfüllt (ihn) auf jeden Fall mit Befriedigung“, „vor allem dann, wenn ich einer geschundenen Frau ein Stück ihrer verloren gegangenen Würde wieder zurückgeben kann“. Abtreibungsgegner sind ihm hingegen „verbohrte Menschen, die vernünftigen Argumenten gegenüber nicht aufgeschlossen sind“. Sämtliche Zitate: „Abendzeitung Nürnberg“ v. 24./25.8.2002, S. 1 und 7.

eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2000⁵⁸ keinen Erfolg. Gegen die fachgerichtlichen Entscheidungen legten beide Beteiligten Verfassungsbeschwerde ein, die das BVerfG zu gemeinsamer Entscheidung verband⁵⁹. Auch hier war der Erfolg unterschiedlich: Während die Verfassungsbeschwerde des Abtreibungsgegners bis auf eine Marginalie⁶⁰ zurückgewiesen wurde, hatte diejenige des Abtreibungsarztes überwiegend Erfolg. Dabei bildet die inkriminierte Aussage „Kindermord im Mutterschoß“ den Schwerpunkt der Verfassungsbeschwerde. Die Vorinstanz hatte darin noch ein „zulässiges Werturteil“ gesehen, was nun das BVerfG als Außerachtlassen der verfassungsrechtlichen Anforderungen beanstandet. Zu dieser Einschätzung gelangt das Gericht, indem es seine – begründungsfreien – Ausführungen aus dem Stolpe-Beschluss zitiert, um dann – gleichfalls ohne jegliche Begründung – mit einem einzigen Satz fortzufahren: „Diese Aussagen (scil.: des Stolpe-Beschlusses) sind nicht auf Tatsachenaussagen begrenzt, sondern ebenso maßgeblich, wenn wie vorliegend ein das Persönlichkeitsrecht beeinträchtigendes Werturteil in Frage steht“.⁶¹

Diese Ausweitung der einem sich Äußernden abverlangten Obliegenheit zur Klarstellung auch auf Werturteile hat in der Literatur nahezu einhellige und überaus heftige Kritik ausgelöst. Unter der Überschrift „Schatten über der Meinungsfreiheit“ wurde dem BVerfG vorgehalten, es breche mit der „Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“. Mehr noch: das BVerfG falle „um 24 Jahre (und 50 Entscheidungsbände) zurück“, was letztlich dazu führe, dass die Meinungsfreiheit „verabschiedet“ werde⁶². Doch auch eine im Tonfall moderatere Kritik konstatierte, das BVerfG „rüttelt ... an Grundfesten der Meinungsfreiheit“⁶³.

Soweit die Kritik die Hoffnung aussprach, die Instanzgerichte mögen die Grundsätze der – in der Tat – neuen Rechtsprechung „nicht unreflektiert umsetzen“⁶⁴, hat sie *in casu* jedenfalls getrogen: Mittlerweile hat das OLG Nürnberg, dessen klagabweisendes Urteil das BVerfG auf Verfassungsbeschwerde des Abtreibungsarztes hin überwiegend aufgehoben hat, ganz im Sinne des BVerfG entschieden⁶⁵. Das OLG betonte, das BVerfG habe „im konkreten Fall ... festgestellt, wie die ... Äußerungen zu deuten sind“⁶⁶, weshalb ihm „kein Spielraum für eine anderweitige Deutung des Flugblattes“ verbleibe⁶⁷. Daher müsse die Unterlassungsklage insoweit Erfolg haben. Nur am Rande: Die vom OLG angenommenen Prämissen sind unzutreffend. Das BVerfG pflegt selbst immer wieder zu betonen, es treffe keine abschließende Festlegung in der Sache selbst⁶⁸. Legt man nun diese Aussage zugrunde, zwingt die Argumentation des OLG Nürnberg zur Schlussfolgerung, dass das OLG eine Bindung an die Entscheidung des BVerfG angenommen hat, wo eine solche weder bestand (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) noch überhaupt beabsichtigt war. Dann aber läge in der bloßen Bezugnahme des OLG auf die Aus-

führungen des BVerfG unter Verzicht auf eigenständige Wertungen ein neuerlicher Verfassungsverstoß – dieses Mal zu Lasten des Abtreibungsgegners.

3. „Rechtswidrige Abtreibungen“

Gleichzeitig mit der „Babycaust“-Entscheidung erging ein weiterer Beschluss des BVerfG, der gleichfalls eine Flugblattaktion vor einer (Heilbronner) Abtreibungspraxis betraf. Dort hatte ein Abtreibungsgegners an Passanten Handzettel verteilt, auf denen – unter Angabe des vollen Namens des Abtreibungsarztes sowie seiner Praxisadresse – folgende Formulierungen verwendet wurden: „Stoppt rechtswidrige Abtreibungen in der Praxis Dr. K“ sowie „Wussten Sie, dass in der Praxis von Dr. K rechtswidrige Abtreibungen durchgeführt werden?“ Auf Klage des Abtreibungsarztes wurde der Abtreibungsgegners von den Zivilgerichten zur Unterlassung verurteilt⁶⁹. Dessen Verfassungsbeschwerde nahm das BVerfG nicht zur Entscheidung an⁷⁰.

Die Zivilgerichte hatten bei ihren Entscheidungen als Problem thematisiert, ob die Wendung von den „rechtswidrigen Abtreibungen“ als unwahre Tatsachenbehauptungen zu werten sei – mit der erwähnten Folge, dass dann die Äußerung schon gar nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen würde. In der Tat hat das LG in diesem Sinn entschieden. Das OLG operierte vorsichtiger, nämlich alternativ: Die Frage, ob die Äußerung Tatsachenbehauptung oder Werturteil sei, könne dahinstehen. Denn in beiden Fällen greife der Unterlassungsanspruch des Abtreibungsarztes durch.

In diesem Vorgehen vermochte das BVerfG keinen Verfassungsverstoß zu erkennen. Die Argumentation der Zivilgerichte, die Äußerung des Abtreibungsgegners müsse „in ihrem umgangssprachlichen Sinn verstanden werden“ – nämlich: Identifikation einer „rechtswidrigen“ mit einer „verbotenen“ und daher „strafbaren“ Abtreibung, da die gesetzliche Regelung der §§ 218, 218a StGB nur „dem juristischen Experten“ zugänglich sei – akzeptiert das BVerfG. Zwar konzidiert es unter knappem Hinweis auf eine exakt gegenteilige Bewertung

58 BGH, NJW 2000, 3421.

59 BVerfG, NJW 2006, 3769 = ZfL 2006, 124 – „Babycaust“.

60 Für nicht tragfähig erachtete das BVerfG allein die Verurteilung des Abtreibungsgegners wegen Beleidigung zum Nachteil der Stadt Nürnberg: BVerfG, NJW 2006, 3769 (3771) = ZfL 2006, 124 (128). - Mittlerweile hat der Abtreibungsgegners gegen den Beschluss des BVerfG Menschenrechtsbeschwerde zum EGMR eingeleitet (Beschwerde-Nummer: 2322/07).

61 BVerfG, NJW 2006, 3769 (3773) = ZfL 2006, 124 (130).

62 Sämtliche Zitate: *Hochhuth*, NJW 2007, 192.

63 *Seelmann-Eggebert*, AfP 2007, 86 (91).

64 Ebd.

65 OLG Nürnberg, Urt. v. 27.11.2006 - 8 U 977/99 -.

66 Ebd., UA S. 10.

67 Ebd., UA S. 11.

68 Statt aller *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1707).

69 Zuletzt – in einem überaus ökonomisch begründeten Nichtannahmebeschluss - BGH, NJW 2003, 2011.

70 BVerfG, AfP 2006, 550 (553) = ZfL 2006, 135 – „Rechtswidrige Abtreibungen“.

durch das OLG Karlsruhe⁷¹, die hier von den Zivilgerichten vorgenommene Deutung sei nicht die einzig mögliche. Doch da auch hier ein Unterlassungsbegehren in Rede stehe, habe bei der Auslegung diejenige Deutungsvariante Berücksichtigung zu finden, welche zu einer schwereren Persönlichkeitsverletzung führt. Schließlich könne der sich Äußernde ja klarstellen, durch eine eindeutige Wortwahl zum Ausdruck zu bringen, dass er dem Abtreibungsarzt jedenfalls kein strafbares Handeln vorwerfe⁷². Einmal mehr wiederholt sich hier die seit dem Stolpe-Beschluss neu eingeführte Klarstellungsobliegenheit. Mit der interpretativ vorgenommenen Gleichsetzung von „rechtswidrigen“ mit „verbotenen“ Abtreibungen bahnt sich das BVerfG mühelos die in einem Satz vornehmbare wie vorgenommene Subsumtion: „Die Äußerung ... ist unwahr.“⁷³ Vor allem aber erspart sich das Gericht eine Auseinandersetzung mit dem vom BVerfG – freilich dem Zweiten Senat – im zweiten Abtreibungsurteil aufgestellten Postulat, von Verfassungs wegen müssten Abtreibungen grundsätzlich als rechtswidrig eingestuft werden⁷⁴.

Auch für den Fall, dass die streitbefangene Äußerung als Werturteil einzustufen wäre, muss nach Ansicht des BVerfG die Meinungsfreiheit des Abtreibungsgegners hinter das Persönlichkeitsrecht des Abtreibungsarztes zurücktreten. In der Begründung stützt das Gericht die Ausführungen der Zivilgerichte zu der vom Abtreibungsgegner beabsichtigten und erzielten „Prangerwirkung“: „Der Beschwerdeführer hat den Kläger mit vollem Namen und unter Benennung seiner Praxisanschrift sowie durch Verteilung des Flugblatts in der Nähe der Praxis in einer Weise herausgestellt, die der BGH in nachvollziehbarer Weise als Anprangerung umschrieben hat“⁷⁵. In der Sache lässt sich das gewiss hören. Nur: Dann wäre eine Auseinandersetzung mit der inhaltlich gegenläufigen Greenpeace-Entscheidung erwartbar gewesen – sie wird vom BVerfG allein im Zitat gestreift⁷⁶, in der Sache aber unerörtert gelassen.

Ergänzend meint das BVerfG, der Abtreibungsarzt habe dem Abtreibungsgegner „keinen Anlass gegeben, aus der Gruppe der Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, gerade ihn herauszustellen und ihn gezielt bei Dritten anzuprangern“. Ein solcher Anlass bestehe auch nicht in dem Umstand, dass der Abtreibungsarzt „seine Bereitschaft zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen öffentlich hatte erkennen lassen“, denn: damit bewege sich der Abtreibungsarzt innerhalb der Rechtsordnung⁷⁷.

IV. Bewertung und Kritik

1. Fehlende Tragfähigkeit der Unterscheidung zwischen Sanktionierung vergangener und Unterlassung zukünftiger Äußerungen

Auf erhebliche Bedenken im Grundsätzlichen muss bereits die jüngst eingeführte Unterscheidung stoßen, mit

der das BVerfG die Sanktionierung einer vergangenen Äußerung gänzlich anderen rechtlichen Bewertungsmustern unterwerfen möchte als deren zukunftsgerichtete Unterlassung. Diese Differenzierung ist nicht tragfähig. Denn entgegen der (nicht gerade unbedingt überzeugt klingenden) Darlegungen des BVerfG ist die Funktionsfähigkeit des Meinungsbildungsprozesses auch dann – und zwar in vergleichbarer Weise – berührt, wenn es um einen „bloß“ zukunftsgerichteten Unterlassungsanspruch geht. Wird dem sich Äußernden ange-sonnen, „sich in Zukunft eindeutig zu äußern“⁷⁸, „den Inhalt seiner mehrdeutigen Aussage ... klarzustellen“⁷⁹, können damit sehr wohl Einschüchterungseffekte (*chilling effects*) verbunden sein⁸⁰, die das BVerfG seit Beginn seiner Judikatur zur Meinungsfreiheit zu unterbinden bestrebt ist. Von der Warte des sich Äußernden betrachtet, ist im *Zeitpunkt seiner Äußerung* vollkommen offen, ob der von dieser Äußerung Betroffene „nur“ für die Zukunft Unterlassung verlangt oder aber zum schärferen Schwert zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche und/oder strafrechtlicher Verfolgung greift. Sollen nun aber für das Verständnis ein- und derselben Äußerung unterschiedliche Maßstäbe gelten, wird ein „vorsichtiger“ Grundrechtsträger in jedem Fall die zurückhaltendere Formulierung wählen – obgleich sie im Falle ihrer repressiven zivil- oder strafrechtlichen Sanktionierung gar nicht veranlasst gewesen wäre.

Eben dieser Mechanismus führt zu einer Beeinträchtigung des Prozesses der freien Meinungsbildung. Letztlich wird dem sich Äußernden abverlangt, seine Aussage so zu fassen, dass ihr die „Spitze“ genommen wird, dass sie nicht mehr trifft, dass der von ihr Betroffene von ihr nicht mehr berührt wird. Diesem wird es in die Hand gegeben, sich mittels zivilrechtlicher Unterlassungsklagen (die im übrigen infolge der anwaltlichen Praxis, sie mit einer Kostennote sowie einer Strafbewehrung zu versehen, gleichfalls Sanktionscharakter trägt) gegen Kritik zu immunisieren, wenn es ihm nur gelingt, das Gericht von einer „nicht fernliegenden“, seine Persönlichkeitsrechte beeinträchtigen Deutungsvariante zu überzeugen. Was dann allerdings das BVerfG gerade im hier interessierenden Zusammenhang als „nicht fernliegend“ durchgehen lässt, liegt – zurückhaltend formuliert – alles andere als nahe: Dass die Polemik des „Baby-caust“ eine „unmittelbare Gleichsetzung (mit dem) na-

71 OLG Karlsruhe, NJW 2003, 2029.

72 BVerfG, AfP 2006, 550 (552) = ZfL 2006, 135 (137).

73 Ebd.

74 BVerfGE 88, 203 (255, 273, 279). - Näher dazu unten IV. 4. a).

75 BVerfG, AfP 2006, 550 (553) = ZfL 2006, 135 (138).

76 Ebd., zumal in wenig aussagekräftiger Diktion („vgl.“) und Bezugsgröße (Menschenwürde, Schmähkritik).

77 Ebd.

78 So BVerfGE 114, 339 (350).

79 BVerfG, NJW 2006, 3769 (3773) = ZfL 2006, 124 (130).

80 Ebenso Teubel, AfP 2006, 20 (21 f.); Seelmann-Eggebert, AfP 2007, 86 (88).

tionalsozialistischen Holocaust“ sein sollte oder könnte⁸¹, drängt sich – ebenfalls zurückhaltend formuliert – nicht gerade auf⁸².

Mehr als derartige fallbezogene Gewagtheiten muss es Besorgnis für den Prozess der freien Meinungsbildung auslösen, wenn das BVerfG dem Grundrechtsträger subkutane Anleitungen für den „richtigen“ Grundrechtsgebrauch zu vermitteln versucht: „Bei der Gewichtung des Persönlichkeitsrechts durfte berücksichtigt werden, dass der Beschwerdeführer sich nicht auf eine allgemeine Kritik an Abtreibungen oder auf die Behauptung der Vornahme ‚rechtswidriger‘ Abtreibungen begrenzt hat, sondern aus der Gruppe von Ärzten, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, den Kläger exemplarisch herausgegriffen und ihn persönlich angegriffen hat.“⁸³ Diese Passage illustriert die erwähnte Gefahr, vom sich Äußernden zu verlangen, einen von ihm erkannten kritikwürdigen Zustand so zu „kritisieren“, dass die Kritik ohne Zuspitzung, Konkretisierung und öffentliche Wahrnehmung bleibt. Dient es wirklich der öffentlichen Debatte und der „freien Rede“, zwar „allgemein“ Abtreibung kritisieren zu dürfen⁸⁴, aber einen maßgeblichen Akteur – ohne den dieser Vorgang, welchen er nicht selten in hohem Maße gewerbstätig betreibt⁸⁵, schlechterdings nicht denkbar ist – aussparen zu sollen?

2. Interpretation von mehrdeutigen Äußerungen

Einmal mehr erweist sich die vom BVerfG vorgenommene Interpretation von mehrdeutigen Äußerungen als problematisch. Neu ist dieser Befund nicht. Gerade die „meinungsfreundliche“ Judikatur der 1990er Jahre war auf teilweise heftige Kritik gestoßen, die vor allem die vom BVerfG praktizierte *benigna interpretatio* bestimmter Äußerungen betraf. Nun scheinen sich die Perspektiven zu verschieben. Unternahm das BVerfG, zumal sein Erster Senat, seinerzeit aufwendige exegetische Bemühungen, Äußerungen über ihren wörtlichen Gehalt hinaus zu „kontextualisieren“, scheint gegenwärtig mehr das Bestreben vorzuherrschen, den sich Äußernden an eben jenem Wortlaut festzuhalten. Noch vor einem Jahrzehnt zeigte sich das BVerfG überaus kreativ, bestimmten Äußerungen Deutungsmöglichkeiten zu entnehmen (und sie den Instanzgerichten als „naheliegend“ oder zumindest „denkbar“ anzusinnen), auf die der gern in Anspruch genommene „Durchschnittsrezipient“ (vermutlich auch der sich Äußernde) so schnell nicht gekommen wäre⁸⁷. Demgegenüber zeigt sich das BVerfG neuerdings eher phantasiearm, wenn alternative Deutungsmöglichkeiten eher knapp und unwillig als „fernliegend“ abgeschnitten werden. Die Gefahr ist in beiden Fällen die gleiche – mittels richterlicher Dezision allein dem subjektiven Verständnis des Rechtsanwenders zum Durchbruch zu verhelfen⁸⁸.

Es wäre gewiss zu vordergründig, die unterschiedliche Herangehensweise einfach an den jeweils in Rede stehenden Sachaussagen festmachen zu wollen⁸⁹. Gleich-

wohl ist auffällig, wie die ehemals überaus wohlwollende Interpretation „gesellschaftskritischer“ Positionen (*pars pro toto*: „Soldaten sind Mörder“) mit der stringenten Auslegung von abtreibungskritischen Positionen kontrastiert. Vergleicht man die jeweiligen Entscheidungspassagen, wird auf der einen Seite das Bemühen geradezu handgreiflich, den sich Äußernden zu „verstehen“ und zu ergründen, wie er seine Äußerung „eigentlich“ gemeint hat (oder gemeint haben könnte)⁹⁰. Derartige Anstrengungen werden in den hier relevanten Konstellationen erst gar nicht unternommen; Duktus, Formulierung und Argumentation sprechen hier ihre eigene Sprache.

3. Annahme von unwahren Tatsachenbehauptungen

Wenig einleuchtend ist ferner, wenn das BVerfG diejenigen zivilgerichtlichen Unterlassungsurteile aufrechterhält, in denen die Aussage von Abtreibungsgegnern, ein Abtreibungsarzt führe „rechtswidrige Abtreibungen“ durch, als unwahre Tatsachenbehauptungen einstuft. Eben diese Bewertung hatte das BVerfG – allerdings der Zweite Senat – in seinem zweiten Abtreibungsurteil von 1993 als „von der Verfassung geboten“ eingestuft⁹¹. Zwar hat der (Straf-)Gesetzgeber die gemeinhin als „rechtswidrig, aber straffrei“-Formel des BVerfG⁹² nicht mit der gebotenen Klarheit zum Ausdruck gebracht⁹³, indem er für bestimmte Abtreibungen die Technik des so gen. Tatbestandsausschlusses gewählt hat (§ 218a Abs. 1 StGB). Doch umgekehrt hat das BVerfG nicht verlangt, das Unwerturteil der Rechtsordnung über Abtreibungen müsse gerade und ausschließlich im Strafrecht zur Geltung kommen, vielmehr hat es dem Gesetzgeber insoweit seinen weiten Gestaltungsspielraum belassen. In keinem Fall aber vermag eine unzureichende gesetzge-

81 So BVerfG, NJW 2006, 3769 (3774) = ZfL 2006, 124 (131).

82 Zutreffende Kritik bei Gas, ZfL 2006, 131 (133): BVerfG geht „von einem völlig unmündigen Rezipienten“ aus; *Seelmann-Eggebert*, AfP 2007, 86 (88): BVerfG stellt „den Urheber der Äußerung ... gegenüber dem subjektiven Empfinden des instanzgerichtlichen Richters schutzlos“.

83 BVerfG, AfP 2006, 550 (552) = ZfL 2006, 135 (137 f.).

84 Zur verfassungsrechtlichen Bewertung der Abtreibung in früheren Judikaten des BVerfG s. sogleich 4. a).

85 S. oben die Angaben in Fn 57; ferner unten Fn 101.

86 Explizit Grimm, NJW 1995, 1697 (1700).

87 Paradebeispiel: BVerfGE 81, 298 (300, 307) – allerdings hinsichtlich der Kunstfreiheit.

88 *Seelmann-Eggebert*, AfP 2007, 86 (88 f.).

89 *Gas/Körner*, AfP 2007, 17 (18), nehmen das BVerfG vor dem Vorwurf in Schutz, dieses messe Meinungsäußerungen mit zweierlei Maß.

90 BVerfGE 93, 266 (305 f., 309 f., 310 f.); BVerfG, NJW 1992, 2073 (2074); 1994, 2943 f. – hinsichtlich der Meinungsfreiheit; ähnlich BVerfGE 81, 278 (294 ff.); 298 (306 ff.). – hinsichtlich der Kunstfreiheit.

91 Nachw. oben Fn 74.

92 Freilich hält schon BVerfGE 88, 203 das eigene Konzept nicht konsequent durch; auf die nicht wenigen logischen Brüche der Entscheidung weist *Rüfner*, ZfL 1993, 21, hin.

93 Berechtigte Kritik insoweit jüngst bei *Tröndle*, in: FS Otto, 2007, S. 821 (824, 830)

berische Umsetzung des bundesverfassungsgerichtlichen Postulats dieses selbst aufzuheben – so man den Topoi „Vorrang der Verfassung“ und „Einheit der Rechtsordnung“ mehr als nur rhetorische Bedeutung zumisst.

Was hinsichtlich der Rede von den „rechtswidrigen Abtreibungen“ die Zivilgerichte, vom BVerfG unbeanstandet, judiziert haben, ist eine unzulässige Vereinfachung: „Rechtswidrigkeit“ wird mit „Strafrechtswidrigkeit“ gleichgesetzt, sodann einer mehr als knappen einfachgesetzlichen Würdigung unterzogen, um anschließend unter pauschalem Verweis auf die (angebliche) Gleichsetzung von „rechtswidrig“ mit „strafbar“ in „der“ Umgangssprache als unwahr klassifiziert zu werden. Dieser argumentative Kurzschluss verfehlt auf der einen Seite die Aussagen des Zweiten Senats von 1993 (die bezeichnenderweise noch nicht einmal zitiert werden). Umgekehrt legt er in aller – unfreiwilligen – Deutlichkeit die aktuellen Begründungsdefizite offen.

4. Spannungsverhältnis zu früheren Entscheidungen des BVerfG

a) Normative Wertung: Rechtswidrigkeit der Abtreibung

Der letztgenannte Punkt weist noch eine die inhaltliche Fragwürdigkeit übersteigende, grundsätzliche Problematik auf. Nicht zum ersten Mal seit 1993 werden zentrale Aussagen des zweiten Abtreibungsurteils des *Zweiten* Senats durch gegenläufige Entscheidungen des *Ersten* Senats konterkariert – ohne jeweils den nach der Verfahrensordnung vorgesehenen Weg der Anrufung des Plenums (§ 16 Abs. 1 BVerfGG) zu gehen. Bisher prominentester Fall war 1997 die offene Nichtbeachtung des Verdikts der „Kind als Schaden“-Judikatur des BGH, den der Zweite Senat als mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar eingestuft hatte⁹⁴. Auch die 1998 ergangene Entscheidung zum Bayerischen Schwangerenhilfegesetz nahm Teile des Urteils des Zweiten Senats zurück⁹⁵. Nunmehr ist ein weiterer zentraler Begründungsstrang jener Entscheidung – die von Verfassung wegen gebotene (!) grundsätzliche Rechtswidrigkeit von Abtreibungen – noch nicht einmal einer Erwähnung wert⁹⁶. Dass in einer für das Gemeinwesen derart fundamentalen Frage das höchste deutsche Gericht zunehmend mit mehreren Zungen spricht (überdies – wie hier – Kammern Senatsentscheidungen unerwähnt wie unbeachtet lassen), ist eine mehr als bedenkliche Entwicklung. 1993 hatte der Zweite Senat die Erwartung geäußert, im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung werde sich auch bei einer Strafflosstellung bestimmter Abtreibungen die Überzeugung von deren Rechtswidrigkeit erhalten⁹⁷. Nun meint der Erste Senat, die Bezeichnung „rechtswidrige Abtreibungen“ – die doch dem Zweiten Senat zufolge von Verfassung wegen geboten ist – sei eine unwahre Tatsachenbehauptung. Darf konsequenterweise jene Passage von 1993 nicht mehr zitiert werden?

b) Fallbezogene Wertungen

Die Entscheidung in Sachen „rechtswidrige Abtreibungen“ offenbart schließlich das kaum mehr nachvollziehbare Anlegen unterschiedlicher Maßstäbe hinsichtlich der Annahme einer „Prangerwirkung“ in einer strukturell vergleichbaren Situation. Der gleiche Spruchkörper (1. Kammer des Ersten Senats) hatte, freilich in anderer Zusammensetzung, noch 1999 an die Bejahung einer „Prangerwirkung“ strenge Maßstäbe angelegt. Sie werden nun zwar verbal aufrechterhalten, in der praktischen Anwendung aber erheblich zurückgenommen. Dabei wären die seinerzeitigen Parameter auf die hier in Rede stehende Konstellation ohne weiteres übertragbar: Der Zweck des Plakats als „Personalisierung des Sachanliegens“, der Inhalt des Plakats als „Frage von herausragender ... Bedeutung“, das Fernziel des Plakats, „in dieser die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage Druck ... auszuüben“⁹⁸. In beiden Fällen wird der Betroffene als Person individualisiert herausgestellt (bei den Managern hatte Greenpeace über die Namensnennung hinaus noch Fotos und Telefonnummern angegeben, um die Öffentlichkeit zu persönlichen Interventionen zu bewegen) – schon das genügt nun dem BVerfG für die Annahme einer „Prangerwirkung“. Auch die feinsinnige Unterscheidung aus dem Greenpeace-Beschluss, die Kritisierten seien nicht als Privatpersonen, sondern in ihrer beruflichen Tätigkeit angegangen worden, findet nun keine Erwähnung mehr.

Denkbar wäre freilich auch, dass das BVerfG generell sein Verständnis einer „Prangerwirkung“ modifizieren möchte. Dagegen wäre im Grunde nichts einzuwenden. Was jetzt aber augenscheinlich als Kriterium dienen soll, vermag kaum zu überzeugen. Die Kammer meint nun, ein Abtreibungsarzt dürfe nicht persönlich „herausgegriffen“ und kritisiert werden, da er sich ja „legal“ verhalte und nicht an der öffentlichen Diskussion beteilige⁹⁹ – pointiert: er gehe als gesetzestreuer Bürger nur seiner Arbeit nach. Mit Verlaub: Schon diese Prämisse ist kaum haltbar. Die Legalität des Verhaltens ist im Rechtsstaat Grundbedingung für das gedeihliche Zusammenleben der Bürger, aber doch kein Argument für Immunsierung gegen Kritik. Und die These, Abtreibungsärzte wür-

94 BVerfGE 96, 375 (1. Senat) gegen BVerfGE 88, 203 (296). Kritisch zum „Kurswechsel“ Stürmer, JZ 1998, 317. – Allgemein zum Problem *E. Picker*, Schadenshaftung für unerwünschte Nachkommenschaft („Wrongful birth“), 1997.

95 BVerfGE 98, 265; fundierte und berechtigte Kritik bei *Büchner*, NJW 1999, 833 (834 f.).

96 Hinzu kommt, dass sich die hier erkennende 1. Kammer des Ersten Senats zusätzlich noch zur Rechtsprechung des *eigenen* Senats in Widerspruch setzt: Auch dieser hatte in seiner soeben genannten Entscheidung von 1998 die grundsätzliche Rechtswidrigkeit von Abtreibungen gleichfalls betont: „Schwangerschaftsabbrüche, die von der Rechtsordnung missbilligt werden“ (BVerfGE 98, 265 [297]).

97 BVerfGE 88, 203 (273 ff.).

98 Alle Zitate: BVerfG, NJW 1999, 2358 (2359).

99 BVerfG, NJW 2006, 3769 (3771) = ZfL 2006, 124 (128); AfP 2006, 550 (553) = ZfL 2006, 135 (138).

den sich ihrerseits nicht an der öffentlichen Debatte zum Thema Abtreibung beteiligen, trifft schlicht nicht zu¹⁰⁰.

5. Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede?

Seit dem bahnbrechenden *Lüth*-Urteil weiß sich die verfassungs- wie fachgerichtliche Rechtsprechung dem Postulat von der „Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“ verpflichtet, jedenfalls dann, wenn die fragliche Äußerung einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung liefern soll. Dass das Thema „Abtreibung“ diesem Kriterium genügt, ist evident. Zwar spielt es (mittlerweile) im staatlich-politischen Bereich keine oder eine nur noch unzureichende Rolle. Doch dies berührt nicht die öffentliche Relevanz der Materie. Im Gegenteil: Es ist kennzeichnend für einen freien und offenen Diskurs wie für die demokratische Reife einer Gesellschaft, wenn von „offizieller“ Seite eher ausgeblendete Themen in der und durch die Gesellschaft argumentativ behandelt werden.

Vor diesem Hintergrund ist die neuere Linie des BVerfG, welche jene Vermutungsregel deutlich relativiert, bedenklich. Noch mehr gilt dies für den verfassungsrichterlichen Ratschlag, Abtreibungsgegner bräuchten ihre Kritik ja nur „nicht so“ vorbringen, es ginge doch auch ohne Polemik, begriffliche und persönliche Zuspitzung. Im Ergebnis hieße das freilich, den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung schon *vorab* nach den unsicheren, weil subjektiven, Empfindungen eines „richtigen“ Grundrechtsgebrauchs steuern zu wollen – wohl deshalb hat das BVerfG vergleichbare Ansinnen in den 1980er und 1990er Jahren stets verworfen.

Gerade auf dem Sektor des Lebensschutzes bedarf es – schon aus Gründen der „Waffengleichheit“ – des kraftvollen Schutzes durch die Meinungsfreiheit. In Deutschland wie in zahlreichen anderen europäischen Ländern offenbaren sich deutliche Tendenzen von Abtreibungsärzten bzw. den entsprechenden *pressure groups*, Abtreibungsgegner durch die Einleitung rechtlicher Schritte einzuschüchtern und – im Extremfall – „mundtot“ zu machen. Beredtes Zeugnis dafür legen der (einstweilen gescheiterte) Versuch des Münchener Abtreibungsarztes *Friedrich Stapf*¹⁰¹, „Gehsteigberatungen“ im räumlichen Umkreis seiner Praxis verbieten zu lassen¹⁰² ebenso ab wie das gleichfalls gescheiterte Bestreben einer nordrhein-westfälischen Kommune, die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis für einen Lebensschutz-Informationsstand nur mit der Maßgabe zu erteilen, bestimmte „schockierende“ Materialien nicht zu verwenden¹⁰³. Vergleichbare Tendenzen bestehen in Österreich, wo sich einerseits Abtreibungsgegner einer Klageflut ausgesetzt sehen¹⁰⁴, andererseits staatliche Stellen zugunsten der Abtreibung werbende Aktivitäten entfalten¹⁰⁵.

Gewiss: Das Thema „Abtreibung“ war und ist gesellschaftlich kontrovers. Doch das ist kein Argument gegen, sondern für einen freien, offenen und kontroversen Meinungsbildungsprozess – gerade weil es sich da-

bei um eine (im Wortsinn) vitale Materie handelt. Eine klare Benennung dessen, was bei der Abtreibung geschieht bzw. wie die entsprechenden gesellschaftlichen und rechtlichen Mechanismen organisiert sind, ist angesichts verbreiteter Euphemismen¹⁰⁶ ein schützenswerter verfassungsrechtlicher Belang.

Dieter Grimm hat die Gefährdungslage bei der gerichtlichen Würdigung von Äußerungen so skizziert: „Bei hohen Anforderungen an die Zulässigkeit von Äußerungen wird er (der Kommunikationsprozess, S.M.) nicht nur um die einzelne unverträgliche Äußerung verringert, sondern im Ganzen eingeschnürt. Es kann dann schnell zu Verhältnissen kommen, in denen auch zulässige Kritik unterbleibt. Jede Aussageunterdrückung wirkt sich aber auf das Diskussionsergebnis aus. Es entsteht ein affirmatives Meinungsklima, das nicht im Sinn der verfassungsrechtlichen Garantie freier Meinungsäußerung liegt.“¹⁰⁷

Die hier vorgestellten und analysierten jüngeren Entscheidungen des BVerfG zeigen, wie bedenkenswert und aktuell jene Worte unverändert sind. Die Meinungsfreiheit stellt ein hohes Gut einer freien Gesellschaft dar. Die Vergewisserung ihrer Grundlagen und das Entstehen für ihre Ausnützung sind immer wieder notwendig.

100 Zu den Hintergründen der *Babycaust*-Entscheidung s. Nachw. oben Fn 57 (der dort zitierte Text ist im Internet mühelos über eine Suchmaschinen-Recherche verfügbar). Bemerkenswerterweise hatte im dortigen Verfahren der beschwerdeführende Arzt für sich „keineswegs in Anspruch“ nehmen wollen, „von der Diskussion über das Für und Wider von Schwangerschaftsabbrüchen ausgenommen werden zu können“. – Auch im Fall „rechtswidrige Abtreibungen“ hat der Abtreibungsarzt, wie das BVerfG vermerkt, öffentlich auf seine Bereitschaft, Abtreibungen vorzunehmen, hingewiesen. Es meint aber, dies müsse ihm „ohne negative Folgen ... möglich sein“ (BVerfG, AfP 2006, 550 [553]) – eine nähere Erläuterung oder gar Begründung liefert die Kammer nicht.

101 Auch er rechnete zu den Beschwerdeführern im Verfahren gegen das Bayerische Schwangerenhilfegesetz (BVerfGE 98, 265). Auch er nimmt jährlich etwa 3.000 Abtreibungen vor, woraus er (jedenfalls zwischen 1995 und 1997) etwa 77% seiner Gesamteinnahmen bezieht (BVerfGE 98, 265 [286]).

102 LG München I, NJW 2006, 3791 = ZfL 2006, 96 (rkr.) m. Anm. *Büchner*. Aus der Presseberichterstattung: FAZ, Nr. 169 v. 24. Juli 2006, S. 10; „Die Tagespost“, Nr. 126. v. 21. Oktober 2006, S. 9.

103 OVG NRW, NWVBl 2007, 64.

104 Die Dimension scheint das aus Deutschland Berichtete zu übersteigen: Inzwischen sehen sich auch kirchliche Amtsträger mit Unterlassungsklagen wie -urteilen konfrontiert. Einer der Fälle betrifft den Salzburger Weihbischof *Andreas Laun*. Sein Verfahren liegt inzwischen im Wege einer Menschenrechtsbeschwerde dem EGMR vor.

105 Beträchtliches Aufsehen erregte im Jahr 2002 der (vom Wiener Stadtschulrat jedenfalls gebilligte) „Lehrausgang“ einer Wiener Hauptschule in eine Abtreibungsklinik. Die österreichische Volksanwaltschaft (zu ihrer Funktion in der österreichischen Rechtsordnung *A. Beckmann*, Die Verwaltung 31 [1998], 167) hat das Unternehmen in einer umfassend begründeten Entscheidung vom 9. April 2005 für rechtswidrig erklärt. Vollständige Dokumentation: Institut für medizinische Anthropologie und Bioethik (Hrsg.), *Sexualaufklärung von Hauptschülern in Abtreibungskliniken*, 2005; knappe Information ferner bei *Cornides*, JBl. 2007, 137 (146 m. Fn. 39).

106 Nachw. oben Fn 8.

107 *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1704).

VRiVG a. D. Bernward Büchner, Freiburg

Zum Inhalt der Beobachtungspflicht des Gesetzgebers als Schutzpflicht für das Leben Ungeborener

I. Einleitung

In seinem zweiten Abtreibungsurteil von 1993 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) den Wechsel des Gesetzgebers zum Beratungskonzept als vertretbar grundsätzlich gebilligt.¹ „Wissenschaftlich und rechtspolitisch umstritten“ sei allerdings nach wie vor, ob eine Beratungsregelung eine bessere Schutzwirkung für das ungeborene Leben entfalten könne. Im Hinblick auf solche Ungewissheiten sei der Gesetzgeber „gehalten, die Auswirkungen seines neuen Schutzkonzepts im Auge zu behalten.“² Der Gesetzgeber erfülle seine Pflicht, das ungeborene menschliche Leben zu schützen, nicht ein für allemal durch Erlass eines Gesetzes, welches diesen Schutz bezweckt. Aufgrund seiner Schutzpflicht sei er vielmehr weiterhin dafür verantwortlich, dass das Gesetz tatsächlich einen angemessenen und als solchen wirksamen Schutz vor Schwangerschaftsabbrüchen bewirkt.³ Die Schutzpflicht für das Leben sei „eine dauernde Verpflichtung für alle Staatsorgane“. Der hohe Rang des geschützten Rechtsguts, die Art der Gefährdung des ungeborenen Lebens und der in diesem Bereich festzustellende Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen erforderten es, „dass der Gesetzgeber beobachtet, wie sich sein gesetzliches Schutzkonzept in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auswirkt (Beobachtungspflicht). Er muss sich in angemessenen zeitlichen Abständen in geeigneter Weise – etwa durch periodisch zu erstattende Berichte der Regierung – vergewissern, ob das Gesetz die erwarteten Schutzwirkungen tatsächlich entfaltet oder ob sich Mängel des Konzepts oder seiner praktischen Durchführung offenbaren, die eine Verletzung des Untermaßverbots begründen (...).“ Diese Beobachtungspflicht bestehe auch und gerade nach einem Wechsel des Schutzkonzepts, der „einen Versuch des Gesetzgebers“ darstelle. Sie schließe ein, dass der Gesetzgeber für verlässliche Statistiken mit hinreichender Aussagekraft Sorge.⁴ Die Beobachtungspflicht ist danach eine solche des Gesetzgebers als Teil seiner Schutzpflicht für das Leben Ungeborener.

II. Die Beobachtungspflicht – seit 12 Jahren unerfüllt

Die durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.08.1995⁵ erfolgte Neuregelung des „Abtreibungsrechts“ ist nunmehr seit 12 Jahren in Kraft. Obwohl insbesondere von den Kirchen und den Lebensrechtsorganisationen vielfach angemahnt, ist der Gesetzgeber seiner Beobachtungspflicht bisher nicht

nachgekommen. Allein von bzw. aus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion wurden einzelne Anfragen an die Bundesregierung gerichtet⁶, die von dieser im Wesentlichen unter Verweis auf die Bundesstatistik über Schwangerschaftsabbrüche, welche keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf begründe, beantwortet wurden.⁷ Bisher erfolglos gebliebene Initiativen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion hatten die Vermeidung von Spätabtreibungen zum Ziel.⁸ In diesem Zusammenhang erwähnte die Unionsabgeordnete *Dr. Böhmer* im Bundestag die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, der „wir endlich nachkommen“ müssten. Gleichzeitig stellte sie klar, „dass niemand bei uns Interesse an einer erneuten Diskussion über den § 218 StGB insgesamt hat.“⁹ Periodisch zu erstattende Berichte entsprechend der Anregung des BVerfG hat die Bundesregierung bisher nie vorgelegt. In einem Zeitungsinterview hat die Bundesministerin *Dr. von der Leyen* erklärt: „Bundesregierung und Parlament werden dieser Beobachtungspflicht nachkommen.“¹⁰ Auf Anfrage, wie und mit welchem Ergebnis dies geschehen sei,¹¹ antwortete das Bundesministerium, die Bundesregierung nutze alle ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen, wobei jedoch als einzige Erkenntnisquelle die Abtreibungsstatistik des Bundesamts erwähnt wurde.¹² Der Petitionsausschuss des Bundestages immerhin hat das Beobachtungsdefizit eingeräumt. Einem Petenten teilte er mit, er halte es „für angezeigt, nach solch langer Zeit die Wirksamkeit des gesetzlichen Konzepts zum Schutz des ungeborenen Lebens einmal grundlegend und umfassend zu prüfen, um daraufhin gegebenenfalls Überlegungen zu gesetzlichen Korrekturen anzustellen. Es ist daher beabsichtigt, die Bundesregierung – das Bundesministerium der Justiz – auf die Thematik noch einmal besonders aufmerk-

1 Urteil v. 28.05.1993, BVerfGE 88, 203 ff.

2 BVerfGE 88, 203, 269.

3 BVerfGE 88, 203, 309.

4 BVerfGE 88, 203, 310 f.

5 BGBl. I S. 1050.

6 Z. B. die Kleinen Anfragen, BT-Drs. 13/5248, 14/9974 und 15/3029.

7 Antworten der Bundesregierung v. 19.07.1996, v. 27.09.2002, BT-Drs. 14/9985, u. v. 18.05.2004, BT-Drs. 15/3155.

8 Anträge v. 03.07.2001, BT-Drs. 14/6635, u. v. 19.19.2004, BT-Drs. 15/3948.

9 Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, 138. Sitzung v. 11.11.2004, Stenografischer Bericht 15/138, Seite 12610 C.

10 Die Tagespost v. 25.02.2006.

11 Schreiben der Juristen-Vereinigung Lebensrecht an die Bundesministerin Dr. von der Leyen v. 15.08.2006 u. v. 16.02.2007.

12 Schreiben des Bundesministeriums für Familien, Senioren, Frauen und Jugend an die Juristen Vereinigung Lebensrecht v. 26.03.2007, GZ 404-2729-1/10.

sam zu machen.¹³ Eine grundlegende und umfassende Prüfung ist jedoch anscheinend nie erfolgt.

III. Die statistische Betrachtungsweise – offenbar unzureichend

Von der Bundesregierung werden entsprechende Anfragen regelmäßig dahin beantwortet, nach der Statistik des Bundesamts sei die absolute Zahl der Schwangerschaftsabbrüche seit der Gesetzesänderung von 1995 im Wesentlichen gleich geblieben. Dabei wird meist verschwiegen, dass die relative Abtreibungshäufigkeit, bezogen auf die Zahl der Frauen im gebärfähigen Alter und der Geburten, von 1996 zumindest bis 2005 stetig gestiegen ist. Der Statistik wird zudem unkritisch begegnet, obwohl sich die Annahme einer unvollständigen Erfüllung der Meldepflicht aufdrängt¹⁴ und seriöse Schätzungen vermuten lassen, dass die tatsächliche Zahl der Abtreibungen wesentlich höher liegt als die der gemeldeten.¹⁵

Vor allem aber wird gänzlich verkannt, dass sich die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für das Leben Ungeborener mit der Statistik gar nicht belegen lässt. Schließlich gibt es keine von der Verfassung tolerierte Gesamtzahl vorgeburtlicher Tötungen, so dass der Staat seiner Schutzpflicht genügt hätte, solange sich die statistisch erfasste Zahl solcher Tötungen innerhalb einer Toleranzgrenze hält. Auch ist die staatliche Schutzpflicht, zumal sie sich auf jedes einzelne Leben bezieht,¹⁶ nicht etwa schon dann erfüllt, wenn diese Zahl abnimmt oder gar nur in etwa gleich bleibt.

Eine seriöse Abtreibungsstatistik, die den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, vermag nur bezüglich des Lebensschutzes Ungeborener allgemein eine Tendenz zum Besseren oder Schlechteren aufzuzeigen. Insofern ist das BVerfG zu Recht davon ausgegangen, die Beobachtungspflicht schließe ein (!), dass der Gesetzgeber für verlässliche Statistiken mit hinreichender Aussagekraft sorgt. Keineswegs jedoch lässt sich seinem Urteil entnehmen, dass sich die Beobachtungspflicht in der Sorge für eine solche Statistik und in deren Auswertung erschöpft. Vielmehr geht es bei der Erfüllung dieser Pflicht um die Frage, „ob sich Mängel des Konzepts oder seiner praktischen Durchführung offenbaren, die eine Verletzung des Untermaßverbots begründen“, und um die sorgfältige „Beobachtung der tatsächlichen Auswirkungen des neuen Rechts“.¹⁷

IV. Die Beachtung des Untermaßverbots als Prüfungskriterium

Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen, so das BVerfG, sei Aufgabe des Gesetzgebers. „Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen. Allerdings hat der Gesetz-

geber das Untermaßverbot zu beachten (...).“ Damit dieses Verbot nicht verletzt werde, müsse die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entsprechen.¹⁸ Diese das Untermaßverbot konkretisierenden Mindestanforderungen waren der Maßstab, an dem sich der Gesetzgeber bei Erlass des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes zu orientieren hatte. An demselben Maßstab hat er sich auch bei Erfüllung seiner Beobachtungspflicht auszurichten.

Ergebnis der Beobachtung kann sein, dass sich das gewählte Schutzkonzept als solches bei erneuter Prüfung als schutzuntauglich erweist – mit der Folge einer Korrekturpflicht des Gesetzgebers – oder dass es an behebbaren Mängeln leidet – mit der Folge einer Nachbesserungspflicht.

V. Zur Prüfung von Gesetz und Praxis anhand einzelner Mindestanforderungen

Im Folgenden sollen ohne Anspruch auf Vollständigkeit einzelne besonders wichtige Mindestanforderungen in Erinnerung gerufen werden, bezüglich deren die Schutztauglichkeit des Beratungskonzepts, seine gesetzliche Ausgestaltung oder seine Praxis zumindest zweifelhaft erscheint.¹⁹

1. Die Pflicht zum Schutz des einzelnen menschlichen Lebens

„Die Schutzpflicht für das ungeborene Leben ist bezogen auf das einzelne Leben, nicht nur auf menschliches Leben allgemein. Ihre Erfüllung ist eine Grundbedingung geordneten Zusammenlebens im Staat.“²⁰ Indem das Beratungskonzept jedoch der Schwangeren die „Letztverantwortung“ für den Schwangerschaftsabbruch überlässt²¹ und diesen damit in ihre unkontrollierte Letztentscheidung stellt, gibt der Staat den Schutz des

13 Schreiben des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages an KALEB e. V. v. 21.12.2005 - Pet 4-16-07-45130-002546.

14 *Bernward Büchner*, Abtreibung – auch eine Frage des Glaubens, in: Die Tagespost v. 22.03.2007.

15 Hierzu z. B. *Manfred Spieker*, Kirche und Abtreibung in Deutschland, 2001, S. 52 ff.; ders., Der verleugnete Rechtsstaat, 2005, S. 13 ff., 19 ff.

16 BVerfGE 88, 203, Leitsatz 2 u. S. 252.

17 BVerfGE 88, 203, 310 f.

18 BVerfGE 88, 203, 254 f.

19 Am eingehendsten und gründlichsten hat sich *Herbert Tröndle* mit dem Beratungskonzept, seiner gesetzlichen Ausgestaltung und Praxis auseinandergesetzt, insbesondere in seiner exemplarischen Kommentierung der Abtreibungsparagrafen, zuletzt in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999; dort insbes. Rn. 11 ff. vor § 218 mit zahlreichen Nachweisen; ders. zuletzt in: Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 821 ff. *Herbert Tröndle* ganz überwiegend zustimmend meint *Reinhard Merkel*, die Konzeption der Beratungsregelung sei „gänzlich misslungen“, inkonsistent und das Ziel des verbesserten Lebensschutzes „gewiss verfehlt worden“ (in: Nomos-Kommentar zum StGB, Rn. 50 ff. zu § 218a).

20 BVerfGE 88, 203, 252.

21 BVerfGE 88, 203, 268 ff.

einzelnen Ungeborenen preis,²² dem lediglich eine Überlebenschance bleibt. Günther Jakobs meint gar, dass das gesetzliche Beratungskonzept zum Schwangerschaftsabbruch auf eine Exklusion der Leibesfrucht aus dem Recht hinauslaufe.²³ Ähnlich sieht Reinhard Merkel den Embryo durch die Entscheidung des BVerfG aus dem Bereich der Grundrechte exkludiert.²⁴

2. Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs

Zu den Mindestanforderungen an den Lebensschutz Ungeborener zählt für das BVerfG als erste, „dass der Schwangerschaftsabbruch für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen wird und demgemäß rechtlich verboten ist (...).“²⁵ Die Verfassungsrichter gehen also von einem „verfassungsrechtlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs“ aus, das im Gesetz bestätigt und verdeutlicht werden müsse.²⁶

Dementsprechend hat das BVerfG in einer mit seinem Urteil als Übergangsregelung getroffenen Anordnung der Darlegung der Voraussetzungen, unter denen „§ 218 des Strafgesetzbuches ... (scil. in den Fällen der Beratungsregelung) keine Anwendung“ findet, den Satz hinzugefügt: „Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs bleibt auch in diesen Fällen unberührt.“²⁷ Ansonsten jedoch hat das BVerfG für diese Fälle nahezu alle aus dem Verbot resultierenden Unrechtsfolgen – angeblich durch das Schutzkonzept bedingt – ausgeschlossen.

Das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz kennzeichnet den Schwangerschaftsabbruch nach der Beratungsregelung (§ 218a Absatz 1 StGB) an keiner Stelle in einer Laien verständlichen Weise als Unrecht. Es behandelt ihn vielmehr noch weitergehend als das BVerfG wie Recht, indem es vorsieht, dass die Krankenkassen die Kosten des tödenden Eingriffs in Fällen einer weit verstandenen Bedürftigkeit mit nachfolgender Erstattung durch die Bundesländer übernehmen. Als Folge dieser Regelung tragen die Krankenkassen für rund 90 Prozent aller nach Beratung erfolgenden Abtreibungen die Kosten, welche ihnen in Höhe von jährlich rund 42 Millionen Euro aus den Länderhaushalten erstattet werden.²⁸ Eine Regelung wie in § 218a Absatz 1 StGB, wonach § 218 (unter den Voraussetzungen der Beratungsregelung) „nicht verwirklicht“ ist (Tatbestandsausschluss), wird in der Rechtswissenschaft teilweise sogar als eine besondere Form der Rechtfertigung verstanden.²⁹

Aufgrund der fehlenden Kennzeichnung und Behandlung „beratener“ Abtreibungen als Unrecht und ihrer staatlichen Förderung ist das Rechtsbewusstsein in der Öffentlichkeit inzwischen weitgehend verloren gegangen,³⁰ in dessen Erhaltung und Stärkung das BVerfG jedoch eine Grundbedingung für den Schutzeffekt eines

Beratungskonzepts gesehen hat.³¹ Für den Formelkompromiss „rechtswidrig, aber straffrei“, lassen sich zwar juristische Begründungen anführen, die für das allgemeine Bewusstsein jedoch nicht prägend sind. In der sozialen Wirklichkeit gelten Abtreibungen nicht als rechtswidrig, sondern als erlaubt.³² Diese leicht erkennbare Tatsache, die durch Meinungsumfragen belegt wird³³ und von der selbst die Rechtsprechung zunehmend ausgeht,³⁴ müsste Konsequenzen haben, falls der Gesetzgeber an einem wirksamen Lebensschutz Ungeborener ernsthaft interessiert ist.

Zur Wiederherstellung des Rechtsbewusstseins bedarf es nicht nur gesetzlicher Korrekturen. Auch andere Organe des Staates sind verpflichtet, „den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben“, weshalb sie in Bund und Ländern „erkennbar für den Schutz des Lebens eintreten“ müssen. In ihrer Antwort vom 18.05.2004 auf die Kleine Anfrage der CDU/CSU-Bundestagsfraktion hat die Bundesregierung zur Frage 14, welche Schritte sie diesbezüglich unternehmen wird, auf Konzepte der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung zur Sexualaufklärung und Familienplanung, um ungewollte Schwangerschaften zu vermeiden und gewollte zu fördern, verwiesen. Dies lässt zweifeln, ob der Bundesregierung bewusst ist, dass es bei der an-

22 Herbert Tröndle, in: Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 829 f.; Christian Hillgruber, ZfL 2003, 41 f.; ders. in: Büchner/Kaminski (Hg.), Lebensschutz oder kollektiver Selbstbetrug?, 2006, S. 18 ff.; Norbert Hoerster, JUS 1995, 193; Rudolphi, SK StGB II, 6. Aufl. (April 2000), Rn. 40 vor § 218; Rainer Beckmann, Der Streit um den Beratungsschein, 2000, S. 16 ff.

23 Günther Jakobs, JVL-Schriftenreihe Nr. 17 (2000), S. 17 ff., 26.

24 Reinhard Merkel, Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 110 ff.; hiergegen Bernward Büchner, ZfL 2003, 12 ff.; Christian Hillgruber, ZfL 2003, 48.

25 BVerfGE 88, 203, 255.

26 BVerfGE 88, 203, 255, 262, 273.

27 Anordnung II.2., Satz 2; BVerfGE 88, 203, 210.

28 Hierzu Bernward Büchner in: Büchner/Kaminski, aaO. (Fn. 22), S. 85; ders., ZfL 2004, S. 51 f. Zur fehlenden Unrechtskennzeichnung vgl. Herbert Tröndle, aaO. (Fn. 22), S. 824, 833; Christian Hillgruber in: Büchner/Kaminski, aaO. (Fn. 22), S. 21 ff.; Lackner/Kühn, StGB, 26. Aufl. 2007, Rn. 21 vor § 218.

29 Winfried Hassemer, Prozedurale Rechtfertigungen, in: Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 731 ff.; Walter Gropp, GA 1994, S. 147 ff., 157 ff.; Hermes/Walther, NJW 1993, 2337.

30 Herbert Tröndle, aaO. (Fn. 22), S. 833; Christian Hillgruber, aaO. (Fn. 22), S. 21 ff.

31 BVerfGE 88, 203, 268, 273, 278, 320.

32 So Rainer Beckmann, ZfL 2003, 37; ders., ZfL 2005, 69. Für Horst Dreier ist die Rede von der grundsätzlichen Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs ein „Etikettenschwindel“ (JZ 2007, 268). Reinhard Merkel, aaO. (Fn. 19), Rn. 63 zu § 218a, geht von einer Rechtmäßigkeit de lege lata aus.

33 Vgl. z. B. die Emnid-Umfrage vom April 2005, ZfL 2/2005, S. III.

34 BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006, NJW 2006, 3769 = ZfL 2006, 135, 137: Die Äußerung, ein Arzt nehme rechtswidrige und damit verbotene Abtreibungen vor, sei (in ihrer umgangssprachlichen Bedeutung) „unwahr“. Hierzu kritisch Bernward Büchner, Widersprüchliches aus Karlsruhe, Die Tagespost v. 18.07.2006, ders., Verheerende Wirkung, Junge Freiheit v. 28.07.2006. Vgl. auch LG Heilbronn, Urt. v. 27.11.2001, ZfL 2002, 20, 21.

35 BVerfGE 88, 203, Leitsatz 10 und S. 261.

36 AaO. (Fn. 7).

gesprochenen Verpflichtung um den Schutzanspruch eines *bereits gezeugten ungeborenen Kindes* geht.³⁷

3. Anforderungen bezüglich der Beratung

Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Beratung für den Lebensschutz muss der Gesetzgeber Regelungen treffen, die wirksam und ausreichend sind, „um eine Frau, die den Schwangerschaftsabbruch erwägt, für das Austragen des Kindes gewinnen zu können.“ Nur dann sei die Einschätzung des Gesetzgebers, mit einer Beratung könne wirksamer Lebensschutz erzielt werden, vertretbar.³⁸ Im Gesetz steht: „Die Beratung dient dem Schutz den ungeborenen Lebens.“³⁹ Das ist eine Behauptung, die aus der Sicht des einzelnen ungeborenen Kindes in aller Regel falsch ist.⁴⁰ Davon abgesehen bedarf diese Behauptung des Beweises. Dafür müssen die unverzichtbaren Anforderungen gesetzlich geregelt und erfüllt sein. Diese betreffen den Inhalt und die Durchführung der Beratung (a) sowie deren Organisation (b).

a) Anforderungen an Inhalt und Durchführung der Beratung

(1) Nach den Vorgaben des BVerfG muss die Beratung „ergebnisoffen geführt“ werden, zugleich aber auf den Schutz des ungeborenen Lebens hin zielorientiert sein.⁴¹ Aufgrund dessen heißt es im Gesetz einerseits, die Beratung habe sich von dem Bemühen leiten zu lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen (§ 219 Abs. 1 Satz 2 StGB). Andererseits ist diese Beratung „ergebnisoffen zu führen“ (§ 5 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Wenn aber die Beratung nicht nur (selbstverständlich) im Ergebnis offen, sondern ergebnisoffen „zu führen“ ist, kann das von Anhängern einer nondirektiven Beratung leicht dahin verstanden werden, dass mit der Beratung kein bestimmtes „Ergebnis“ verfolgt und deshalb auch nicht die Fortsetzung der Schwangerschaft als Ziel angestrebt werden soll.⁴² Deshalb ist keineswegs gesichert, dass die Beratung in der Praxis zielorientiert erfolgt.

(2) Für eine gewissenhafte Entscheidung müsse die schwangere Frau auch wissen, dass das Ungeborene insbesondere auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat. Ihr müsse bewusst sein, dass nur in Ausnahmesituationen nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch in Betracht gezogen werden darf, nämlich nur, wenn der Frau eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, dass sie die zumutbare Opfergrenze übersteigt. „Dessen muss sich die beratende Person vergewissern und etwa vorhandene Fehlvorstellungen in für die Ratsuchende verständlicher Weise korrigieren.“⁴³ In der Anordnung des BVerfG wird die

Schwere einer unzumutbaren Belastung durch den Zusatz „vergleichbar den Fällen des § 218a Absatz 2 und 3 des Strafgesetzbuches“ noch konkretisiert.⁴⁴

Im den geltenden Gesetzen fehlt jedoch sowohl dieser Zusatz als auch jeglicher Hinweis auf die vom BVerfG betonte Pflicht der Beratenden zur Vergewisserung und gegebenenfalls zur Korrektur von Fehlvorstellungen. Deshalb ist nicht sichergestellt, dass das Lebensrecht des ungeborenen Kindes auch der Schwangeren gegenüber und die Schwere der Ausnahmesituation, in welcher „nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur ... in Betracht kommen kann“ (§ 219 Abs. 1 Satz 3 StGB), in der Beratung überhaupt zur Sprache kommen.⁴⁵ In der Praxis wird dies vielfach nicht der Fall sein, insbesondere dort, wo man von dem Lebensrecht des Ungeborenen nichts wissen möchte.

(3) Die Aufnahme einer Konfliktberatung, so das BVerfG, sei von vornherein nur möglich, wenn die Schwangere der beratenden Person die wesentlichen Gründe mitteilt, die sie dazu bewegen, einen Abbruch der Schwangerschaft in Erwägung zu ziehen. Wenn es auch der Charakter einer Beratung ausschließe, eine Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft der schwangeren Frau zu erzwingen, sei doch für eine Konfliktberatung, die zugleich die Aufgabe des Lebensschutzes erfüllen solle, die Mitteilung dieser Gründe „unerlässlich“. Es sei erforderlich, „dass die Beraterin oder der Berater von der Frau die Mitteilung der Gründe zu erreichen sucht“.⁴⁶ Eine entsprechende Verpflichtung der Beratenden fehlt im Gesetz. In § 5 Abs.2 Satz 1 Nr. 1 SchKG heißt es lediglich, zum Eintreten in eine Konfliktberatung werde „erwartet, dass die schwangere Frau der sie beratenden Person die Gründe mitteilt, ...“. Der Beratungscharakter schließe aus, dass die Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft der schwangeren Frau erzwungen werde. Wenn aber die Mitteilung der Gründe, obwohl für eine Konfliktberatung „unerlässlich“, gar nicht gesichert ist, kann auch von einer „Pflichtberatung“ keine Rede sein. Dann handelt es sich bei der „Beratungsregelung“ in Wirklichkeit um eine Fristenregelung nicht mit Beratungspflicht, sondern mit Beratungsangebot.⁴⁷

37 Hierzu auch *Bernward Büchner*, Der Schutzanspruch Ungeborener im Bewusstsein staatlicher Organe und der Schulen, ZfL 2003, 49 f.

38 BVerfGE 88, 203, 281 f.

39 § 219 Abs. 1 Satz 1 StGB und § 5 Abs. 1 Satz 4 SchKG.

40 *Rainer Beckmann*, ZfL 1995, 25.

41 BVerfGE 88, 203, 282.

42 Ebenso *Rainer Beckmann*, aaO. (Fn. 22), S. 24 f.; ders., ZfL 1995, 24.

43 BVerfGE 88, 203, 283 f., 306.

44 Anordnung 3. (1), BVerfGE 88, 203, 210.

45 *Christian Starck*, Festschrift für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 382; *Rainer Beckmann*, ZfL 1995, 25.

46 BVerfGE 88, 203, 284 f., 307.

47 *Herbert Tröndle*, zuletzt aaO. (Fn. 22), S. 824; *Bernward Büchner*, Deutsche Tagespost v. 14.09.1995; *Rainer Beckmann*, aaO. (Fn. 22), S. 28; ders., ZfL 1995, 25.

(4) Das BVerfG hat ferner bemerkt, es müsse vorgesehen werden, dass die Beratungsstelle die Bescheinigung der Beratung erst ausstellt, wenn sie die Beratung als abgeschlossen ansieht. Allerdings dürfe eine Vorenthaltung der Beratungsbescheinigung nicht dazu dienen, die zur Abtreibung entschlossene Frau zu veranlassen, den Abbruch bis zum Ende der Zwölf-Wochen-Frist hinauszuschieben.⁴⁸

Dagegen heißt es in § 7 Abs. 3 SchKG, die Ausstellung einer Beratungsbescheinigung dürfe nicht verweigert werden, wenn durch eine Fortsetzung des Beratungsgesprächs die Beachtung der in § 218a Abs. 1 des Strafgesetzbuches vorgesehenen Fristen unmöglich werden könnte. Der Erste Senat des BVerfG hat daraus gefolgert: „Die Schwangere soll wissen, dass sie nach Bundesrecht die Beratungsbescheinigung nach § 7 SchKG erhalten kann, obwohl sie die Gründe, die sie zum Schwangerschaftsabbruch bewegen, nicht genannt hat.“⁴⁹ Die Schwangere hat danach einen Anspruch auf Bescheinigung einer Konfliktberatung, die mangels ihrer Mitwirkungsbereitschaft gar nicht stattfinden konnte. Die *Bescheinigung* für den straffreien Schwangerschaftsabbruch ist also unverzichtbar, eine *dem Lebensschutz wirklich dienende Beratung* dagegen entbehrlich.

b) Anforderungen an die Organisation der Beratung

(1) Für die Durchführung des Beratungsverfahrens trägt der Staat die volle Verantwortung. Er darf sich dieser nicht etwa dadurch entziehen, dass er die Beratung privaten Organisationen zu unkontrollierter und nach je eigenen religiösen, weltanschaulichen oder politischen Zielvorstellungen ausgerichteter Ausführung überlässt. Auch dann bleibt die Beratung eine Aufgabe des Staates. Deren Handhabung darf er um der Wirksamkeit des Lebensschutzes willen seiner Aufsicht nicht entgleiten lassen.⁵⁰

Welche „Möglichkeiten zur wirksamen Überwachung“ aber hat der Staat bezüglich einer Beratung, die vertraulich ist und sich deshalb einer Kontrolle nahezu völlig entzieht? Auf Empfehlung des BVerfG⁵¹ sieht § 10 SchKG die Verpflichtung der Beratungsstellen vor, die ihrer Beratungstätigkeit zugrunde liegenden Maßstäbe und die dabei gesammelten Erfahrungen jährlich in einem schriftlichen Bericht niederzulegen (Abs. 1). Als dessen Grundlage hat die beratende Person über jedes Beratungsgespräch eine Aufzeichnung zu fertigen, die den wesentlichen Inhalt der Beratung und angebotene Hilfsmaßnahmen festhält (Abs. 2). Dass die Aufzeichnungen und schriftlichen Berichte den zuständigen Behörden eine „wirksame Überwachung“ der Beratungsstellen ermöglichen, erscheint wirklichkeitsfremd.⁵² Solche Aufzeichnungen und Berichte lassen sich so abfassen, dass sie sichere Rückschlüsse auf Mängel der Beratung nicht zulassen. Das Papier, auf dem sie geschrieben sind, ist sehr geduldig.

(2) Unter diesen Umständen hängt die Durchführung einer seriösen Beratung maßgeblich davon ab, wem der Staat diese Aufgabe überlässt. Das BVerfG hat ihm vorgegeben, er dürfe sie „nur solchen Einrichtungen ... anvertrauen, die nach ihrer Organisation, nach ihrer Grundeinstellung zum Schutz des ungeborenen Lebens, wie sie in ihren verbindlichen Handlungsmaßstäben und öffentlichen Verlautbarungen zum Ausdruck kommt, sowie durch das bei ihnen tätige Personal die Gewähr dafür bieten, dass die Beratung im Sinne der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben erfolgt.“⁵³ In § 9 SchKG kommen diese Anforderungen an die Anerkennung einer Beratungsstelle nicht vollständig zum Ausdruck. Insbesondere ist von der erforderlichen Grundeinstellung zum Schutz des ungeborenen Lebens keine Rede. Anerkennungs Voraussetzung ist danach, dass die Beratungsstelle „die Gewähr für eine fachgerechte Schwangerschaftskonfliktberatung nach § 5 bietet“ und zur Durchführung dieser Beratung nach § 6 in der Lage ist.

Was das Gewährbieten betrifft, begnügen sich die Anerkennungsbehörden aus einem sehr großzügigen Begriffsverständnis heraus nach wie vor mit einer schriftlichen Versicherung, die Beratung den geltenden Vorschriften entsprechend durchzuführen,⁵⁴ was immer das angesichts der Zweideutigkeit mancher Vorschriften besagt. Die Grundeinstellung zum Lebensschutz Ungeborener spielt offenbar praktisch keine Rolle. Anfragen bei den zuständigen Anerkennungsbehörden haben jedenfalls ergeben, dass bisher in keinem einzigen Fall die Anerkennung einer Beratungsstelle wegen des Beratungsverständnisses des Trägers oder der beratenden Personen versagt oder widerrufen worden ist.⁵⁵ Selbst konkrete Hinweise auf Verlautbarungen, welche die erforderliche Grundeinstellung eines Beratungsträgers zum Schutz des ungeborenen Lebens überdeutlich in Frage stellen, sind wirkungslos geblieben.⁵⁶

(3) Eine wie immer geartete organisatorische, institutionelle oder wirtschaftliche Integration von Beratungsstellen in Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen ist unzulässig, wenn hiernach nicht auszuschließen ist, dass die Beratungseinrichtung mate-

48 BVerfGE 88, 203, 286, 307.

49 BVerfG, Urt. v. 27.10.1998, BVerfGE 98, 265, 324 f.

50 BVerfGE 88, 203, 286 f.

51 BVerfGE 88, 203, 288.

52 Zu diesbezüglichen Erfahrungen vgl. *Dieter Ellwanger*, ZfL 2005, 76 ff., ders. in: Büchner/Kaminski, aaO. (Fn. 22), S. 124 ff.

53 BVerfGE 88, 203, 287.

54 Hierzu *Bernward Büchner*, ZfL 1995, 2 ff.; ders., ZfL 2005, 70 ff., 74 sowie in: Büchner/Kaminski, aaO., (Fn. 22), S. 113 ff., 122 f.

55 *Bernward Büchner*, ZfL 2005, 71 f.; ders. in: Büchner/Kaminski, aaO. (Fn. 22), S. 117 f.

56 Vgl. das Schreiben des Vorsitzenden der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e. V. an die zuständigen Landesbehörden vom Oktober 2005 zur Anerkennungsfähigkeit der Beratungsstellen von „Pro familia“, veröffentlicht in ZfL 2005, 130 f. Zu den Antworten *Bernward Büchner*, ZfL 2006, 67 f.

riell an der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen interessiert ist. Das würde sie für die Beratung untauglich machen.⁵⁷

Die danach gebotene Trennung ist nicht strikt genug durchgeführt, da der die Abtreibung durchführende Arzt der Beratungsstelle angehören darf.⁵⁸ Als Beratungsstellen sind ferner auch Ärztinnen und Ärzte anerkannt, die zudem noch Schwangerschaftsabbrüche durchführen, so wenigstens in Berlin, Bremen und Hamburg. Eine solche Tätigkeit in Doppelfunktion ist wegen der Gefahr einer „Gespannbildung“ bedenklich. Zumindest in Fällen, in denen es sich um Arzt-Ehepaare handelt, die unter derselben Anschrift praktizieren, oder um in Praxisgemeinschaft miteinander verbundene Ärztinnen oder Ärzte, ist das Trennungsgebot verletzt.⁵⁹

c) Zwölf-Wochen-Frist und Abtreibung mit Mifegyne

Die Wirkungschancen der Schwangerschaftskonfliktberatung werden zusätzlich entscheidend vermindert, seit aufgrund der Zulassung durch das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte das Abtreibungsmittel Mifegyne (früher RU 486) ab Ende 1999 auf dem Markt ist.⁶⁰ Dieses Mittel kann erst ab dem sicheren Nachweis der Schwangerschaft vom 42. Tag p. m. (post menstruationem) bis zum Ende der 7. Schwangerschaftswoche (49. Tag p. m.) angewendet werden, also nur innerhalb einer Woche, während bis zum Ablauf der gesetzlichen Zwölf-Wochen-Frist (§ 218a Abs. 1 Nr. 3 StGB) bei Anwendung anderer Methoden acht Wochen - von der sicheren Feststellung der Schwangerschaft an gerechnet - zur Verfügung stehen. Im Hinblick auf die dreitägige Bedenkzeit (§ 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB) bleiben für eine Beratung der Schwangeren vor einer Abtreibung mit Mifegyne nur wenige Tage; dies in einem Stadium, in welchem die Gefahr einer übereilten oder unter dem Druck des sozialen und familiären Umfeldes erfolgenden Entscheidung gegen das Austragen der Schwangerschaft besonders groß ist, zumal die Anwendung von Mifegyne als die „schonendste Methode“ propagiert wird. Es liegt auf der Hand, dass unter diesen Umständen eine Beratung, die den Vorgaben des BVerfG auch nur annäherungsweise gerecht wird, unmöglich ist und deshalb vollends zur Farce gerät.

Die Novellierung des Arzneimittelgesetzes im Sommer 1999, um das Abtreibungsmittel Mifegyne zulassen zu können, zeigt überdeutlich, dass der Deutsche Bundestag sein eigenes „Schutzkonzept“ und das Abtreibungsurteil des BVerfG von 1993 nicht ernst nimmt. Indem der Gesetzgeber die Voraussetzungen für die Zulassung von Mifegyne geschaffen hat, hat er dieses Konzept selbst seiner möglichen Schutzwirkung beraubt.⁶¹ Christian Starck folgert hieraus, dass die deutsche Abtreibungsgesetzgebung als Ganze verfassungswidrig geworden sei.⁶²

4. Verhaltensgebote und -verbote für das familiäre und soziale Umfeld

Abtreibungen sind erfahrungsgemäß häufig auf das Verhalten Dritter zurückzuführen, insbesondere von Personen aus dem familiären oder dem weiteren sozialen Umfeld der Schwangeren. In Erkenntnis dieser Gefahr hat das BVerfG festgestellt, die Wirksamkeit eines auf Beratung setzenden Schutzkonzepts erfordere „in besonderem Maß, die Frau vor Zumutungen zu schützen, die sie wegen der Schwangerschaft in Bedrängnis bringen oder einen Druck auf sie ausüben, die Schwangerschaft abbrechen. Solche Einwirkungen sind auch geeignet, den Erfolg der Beratung zunichte zu machen, wenn die Personen ihres Umfeldes einer Frau ... zusetzen, um sie unter Hinweis auf die Strafflosigkeit und ihre Letztverantwortung zum Schwangerschaftsabbruch zu bringen und sich damit zugleich der eigenen (Mit-)Verantwortung zu entziehen.“ Dem müsse die Rechtsordnung entgegenreten; sie müsse „der Frau um der Wirkungschancen der Beratung willen einen Raum eigener, nicht durch Druck von außen determinierter Verantwortung sichern.“ Daher seien Personen des familiären Umfeldes in das Schutzkonzept einzubeziehen, die für eine Schwangerschaft ebenfalls Verantwortung tragen, wie die Väter, oder für die durch die Schwangerschaft eine besondere Verantwortung entsteht, wie bei den Eltern noch minderjähriger Schwangerer. In Betracht kämen aber auch Personen des weiteren sozialen Umfeldes, wie etwa Vermieter oder Arbeitgeber. Lediglich an das Verantwortungsbewusstsein dieser Personen zu appellieren sei „nicht zureichend“. Für Personen des familiären Umfeldes seien „strafbewehrte Verhaltensgebote und -verbote unerlässlich.“⁶³

Solche vom BVerfG für unverzichtbar gehaltenen Strafnormen hat der Gesetzgeber nicht erlassen. Dieses Versäumnis und der Umstand, dass die beratenden Personen unter Strafdrohung schweige pflichtig sind⁶⁴, füh-

57 BVerfGE 88, 203, 287.

58 Christian Starck, aaO. (Fn. 45), S. 383.

59 Bernward Büchner, ZfL 2005, 72; ders. in: Büchner/Kaminski, aaO. (Fn. 22), S. 116 f.

60 Mifegyne wird seither in Deutschland zunehmend verwendet. Im ersten Quartal 2007 wurden fast 10 % der gemeldeten Schwangerschaftsabbrüche mit diesem Mittel durchgeführt (Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung v. 12.06.2007 - 239/07).

61 Wenigstens der Freistaat Bayern hat in einem Antrag im Bundesrat ausgeführt: Die verkürzte Bedenkzeit führe zu einer starken Reduzierung der Wirkungsmöglichkeiten und Chancen einer Schwangerschaftskonfliktberatung und zu einer Verstärkung der auf Abtreibung drängenden Kräfte im Umfeld der Schwangeren (BR-Drucks. 356/1/99). Ähnlich die Begründung A. des Entwurfs der Abgeordneten Monika Brudlewsky u. a. eines Gesetzes zur Änderung des Arzneimittelgesetzes, BT-Drs. 14/1184.

62 Christian Starck, aaO. (Fn. 45), S. 384 ff.; ders., NJW 2000, 2714 ff.; zu RU 486/Mifegyne auch Bernward Büchner, JVL-Schriftenreihe Nr. 16 (1999), S. 10 ff.

63 BVerfGE 88, 203, 296 ff.

64 Vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 4a StGB, § 53 Abs. 1 Nr. 3a StPO.

ren dazu, dass die Schwangere bis hin zur strafbaren Nötigung dem Druck seitens ihres familiären Umfeldes schutzlos ausgeliefert ist. Insbesondere *Herbert Tröndle* hat hierauf wiederholt hingewiesen. Das „Beratungsschutzkonzept“ lasse nicht nur das Kind schutzlos, sondern ebne sogar den Weg zu seiner Tötung. Außerdem werde auch die Mutter des Schutzes ihres persönlichen Rechts beraubt, ihr Kind auszutragen, so dass sie gewissermaßen „zur Fremdbestimmung fremdbestimmt“ werde.⁶⁵

5. Anforderungen an die Mitwirkung des Arztes

Von der im Interesse der Frau notwendigen Beteiligung des Arztes erhofft sich das BVerfG zugleich eine Schutzwirkung für das Leben des Ungeborenen. Der Arzt dürfe einen verlangten Schwangerschaftsabbruch nicht lediglich vollziehen, sondern habe sein ärztliches Handeln zu verantworten. Er sei Gesundheit und Lebensschutz verpflichtet und dürfe deshalb nicht unbesehen an einem Schwangerschaftsabbruch mitwirken. Er sei schon durch Berufsethos und Berufsrecht darauf verpflichtet, sich grundsätzlich für die Erhaltung menschlichen Lebens, auch des ungeborenen, einzusetzen.⁶⁶

(1) Dem Arzt obliege es, „den Schwangerschaftskonflikt, in dem die Frau steht, im Rahmen ärztlicher Erkenntnismöglichkeiten zu erheben. Dazu hat er sich die Gründe, aus denen die Frau den Schwangerschaftsabbruch verlangt, darlegen zu lassen.“ „Strafrechtlicher Sanktion zugänglich und im Rahmen eines Beratungsschutzkonzepts bedürftig“ sei es, „dass der Arzt sich die Gründe der Frau für ihr Abbruchverlangen darlegen lässt“.⁶⁷ Die gesetzliche Regelung sieht demgegenüber nicht einmal eine Verpflichtung des Arztes vor, sich diese Gründe der Frau darlegen zu lassen, geschweige denn deren Strafbewehrung. Nach § 218c Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich der Arzt vielmehr nur strafbar, wenn er der Frau keine Gelegenheit gegeben hat, ihm die Gründe für ihr Verlangen nach Abbruch der Schwangerschaft darzulegen. Aufgrund dessen ist eine verantwortliche Entscheidung des Arztes über seine Mitwirkung nicht gewährleistet.⁶⁸

(2) Das BVerfG hat dem Gesetzgeber auch aufgegeben, zu prüfen, in welcher Weise Gefahren wirksam entgegengetreten werden kann, die bei der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen in spezialisierten Einrichtungen auf der Hand lägen. Die verfassungsrechtliche Schutzpflicht gebiete es ihm auch, insoweit „geeignete Regelungen zu treffen“.⁶⁹ Dieser Verpflichtung ist der Gesetzgeber nicht nachgekommen mit der Folge, dass auch in Deutschland derartige Spezialeinrichtungen entstanden sind, in denen ein Lebensschutz Ungeborener durch ärztliches Handeln schon gar nicht zu erwarten ist.

(3) Nach § 218a Abs. 2 StGB ist ein Schwangerschaftsabbruch unter den dort geregelten Voraussetzungen der (weit gefassten) sozial-medizinischen Indikation „nicht rechtswidrig“. Insbesondere muss er „nach ärztlicher Erkenntnis“ angezeigt sein. Entgegen diesem Indikationserfordernis hat sich in Fällen eines pränataldiagnostisch festgestellten embryopathischen Befundes die Praxis einer Abtreibung auf Wunsch der Schwangeren entwickelt, auch noch in einem Stadium der Schwangerschaft, in dem das ungeborene Kind bereits außerhalb des Mutterleibes lebensfähig ist. Obwohl seit Jahren vielfach gefordert, ist der Gesetzgeber dieser skandalösen Praxis der Spätabtreibungen bisher nicht begegnet, insbesondere nicht durch die gebotene Einschränkung der weit gefassten sozial-medizinischen Indikation auf eine rein medizinische.⁷⁰

6. Fazit

Die gesetzliche Abtreibungsregelung und deren Praxis weisen gravierende Defizite auf, die ihre Eignung für den Schutz des Lebens Ungeborener grundsätzlich in Frage stellen. Von dem gebotenen Schutz des einzelnen Lebens kann keine Rede sein. Das Bewusstsein für das Unrecht der Abtreibung ist weitgehend verloren gegangen. In der sozialen Wirklichkeit gelten Abtreibungen als erlaubt. Die Pflicht staatlicher Organe, den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben, bleibt unerfüllt.

Den Mindestanforderungen an eine dem Lebensschutz tatsächlich dienende Beratung wird in mehrfacher Hinsicht nicht entsprochen. Die Praxis einer Pflichtberatung ist nicht gewährleistet. Genau besehen handelt es sich bei dem „Beratungskonzept“ um eine Fristenregelung mit Beratungsangebot sowie Scheinberatungs- und Bescheinigungspflicht. Unter dem Dach des gesetzlichen Konzepts finden sich unterschiedliche Beratungstendenzen. Die Beratung ist vielfach zu einem routinemäßigen Vorgang verkommen. Die Aufsicht über die

⁶⁵ *Herbert Tröndle*, aaO. (Fn. 22), S. 824, 831; *ders.*, NJW 1995, 3013, ZfL 1997, 54 sowie in: Festschrift für Günther Kaiser, 1998, S. 1399; vgl. auch *Lackner/Kühl*, aaO. (Fn. 28), Rn. 24 vor § 218; *Christian Starck*, aaO. (Fn. 45), S. 384.

⁶⁶ BVerfGE 88, 203, 289. Inwieweit ein solches Verantwortungsbewusstsein in der Ärzteschaft heute noch vorhanden ist, ist eine andere Frage. Vgl. hierzu *Bernward Büchner*, Zur Verantwortbarkeit einer Tötung Ungeborener nach der Lehre der Medizin, ZfL 2000, 2 ff. sowie in: *Schmid-Tannwald/Overdick-Gulden*, Vorgeburtliche Medizin zwischen Heilungsauftrag und Selektion, 2001, S. 93 ff.

⁶⁷ BVerfGE 88, 203, 290, 293.

⁶⁸ *Lackner/Kühl*, aaO. (Fn. 28), Rn. 23 vor § 218; *Harro Otto*, Jura 1996, 135, 143; *Christian Starck*, aaO. (Fn. 45), S. 383.

⁶⁹ BVerfGE 88, 203, 294 f.

⁷⁰ Hierzu z. B. *Manfred Spieker*, Der verleugnete Rechtsstaat, 2005, S. 31 ff.; *Bernward Büchner*, Behinderte blieben diskriminiert, Die Tagespost v. 9.01.2007; Berliner Manifest des Bundesverbandes Lebensrecht v. 23.09.2006, LebensForum Nr. 80, 4/2006, S. 28.

Beratungsstellen ist unzureichend.⁷¹ Durch die Zulassung des Abtreibungsmittels Mifegyne sind die Erfolgchancen einer Konfliktberatung zusätzlich entscheidend vermindert. An einer Erfolgskontrolle der Beratung fehlt es. Anhand bekannter Zahlen der Schwangerschaftskonfliktberatungen und derjenigen der gemeldeten Schwangerschaftsabbrüche lässt sich eine Misserfolgsquote von ca. 70 Prozent errechnen.⁷²

Strafbewehrte Verhaltensgebote und -verbote für das familiäre Umfeld fehlen. Nicht gesichert ist ferner, dass von der Mitwirkung des Arztes eine Schutzwirkung für das Ungeborene ausgehen kann.⁷³

Es ist Aufgabe des Bundesgesetzgebers, die Mindestanforderungen an eine gesetzliche Regelung, die der staatlichen Schutzpflicht gerecht wird, zu erfüllen und ihre Auswirkungen in der Praxis zu beobachten. Der Gesetzgeber kann sich seiner Beobachtungspflicht nicht durch Verweis auf die Zuständigkeit der Länder entziehen, ein ausreichendes Angebot wohnortnaher Beratungsstellen sicherzustellen.⁷⁴ Für die Erteilung der erforderlichen Auskünfte hat der Bundesgesetzgeber zu sorgen.⁷⁵ Seiner Beobachtungspflicht kann er z. B. mittels einer einzusetzenden Enquete-Kommission des Bundestages nachkommen.

VI. Zur prozessualen Durchsetzung der Beobachtungspflicht

Bei der Beobachtungspflicht handelt es sich nicht um eine einklagbare Verpflichtung des Gesetzgebers. Unterlässt er die gebotene Beobachtung mit der Folge, dass auch eine gebotene Korrektur oder Nachbesserung der Gesetze unterbleibt, kann im Wege eines Antrags beim BVerfG auf abstrakte Normenkontrolle geltend gemacht werden, die betreffenden Gesetze seien verfassungswidrig (geworden).⁷⁶

VII. Schlussbemerkungen

Die Erinnerung an die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers rührt an ein Tabu. Es wird mit der Behauptung begründet, die geltenden Abtreibungsgesetze seien das Ergebnis eines hart umkämpften parteiübergreifenden Kompromisses.⁷⁷ Dabei wird ignoriert, dass sich auch Kompromisse an verfassungsrechtlichen Anforderungen messen lassen müssen und sich die Linie des behaupteten Kompromisses zudem längst gleich einer Wanderdüne zulasten des Lebensschutzes verschoben hat. Die Formel „rechtswidrig, aber straffrei“, welche die Ausgangslinie beschreibt, ist ein Schwindel angesichts der durchgängigen Behandlung „beratener“ Abtreibungen als rechtmäßig bis hin zur fast ausnahmslosen Finanzierung aus den Länderhaushalten.

Andere meinen, mit der Neuregelung des Paragraphen 218 sei es gelungen, Rechtsfrieden zu schaffen,⁷⁸ als könne es im Rechtsstaat Rechtsfrieden geben durch ein

„Schutzkonzept“, das die zu Schützenden praktisch schutzlos lässt und das Unrecht ihrer Tötung akzeptiert, ja sogar fördert.

Auch innerhalb der katholischen Kirche möchten manche die „Beratungsregelung“ und ihre Praxis nicht mehr hinterfragen, aus Sorge, dass es „doch noch zur Fristenregelung kommt.“ Beispielsweise forderten namhafte Protagonisten des Beratungsvereins „Donum vitae“ in einem „Zwischenruf“ vom 20.07.2006 dazu auf, durch „Eintreten für die Beratungsregelung im staatlichen Recht die Alternative der Fristenregelung unmöglich zu machen“, was durch Förderung und Unterstützung von „Donum vitae“ geschehen könne. Dass die „Beratungsregelung“ einer Fristenregelung gleichkommt, will man nicht sehen. Eine Alternative zu ihr wäre eine Regelung, die mit der Formel „rechtswidrig, aber straffrei“ ernst macht, Beratung anbietet, jedoch nicht als Instrument der Rechtfertigung missbraucht und deshalb Abtreibungen, auch wenn sie nach Beratung erfolgen, als Unrecht kennzeichnet, als solches behandelt und deshalb nicht länger staatlich fördert.⁷⁹

Die Erfüllung der Schutzpflicht für jedes einzelne Menschenleben ist „eine Grundbedingung geordneten Zusammenlebens im Staat.“⁸⁰ Ein Rechtsstaat, der nicht bereit ist, sich Rechenschaft über die Erfüllung dieser Pflicht abzulegen, verleugnet sich selbst.

71 Herbert Tröndle, aaO. (Fn. 22), S. 827; Christian Hillgruber, aaO. (Fn. 22), S. 14, 25 f.; Lackner/Kühl, aaO. (Fn. 28), Rn. 12 vor § 218.

72 Bernward Büchner, ZfL 22005, 73 f.; ders. In Büchner/Kaminski, aaO. (Fn. 22), S. 120, 184 f. Da jedoch die Zahl der gemeldeten Abtreibungen zu niedrig ist, dürfte die Misserfolgsquote wesentlich höher sein.

73 Vgl. auch die Bilanz der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e. V. „Zehn Jahre Fristenregelung im vereinigten Deutschland“ (Mai 2003), ZfL 2/2003, 71 ff.

74 Mit einem unzulässigen Verweis auf die Länderzuständigkeit für die Schwangerschaftskonfliktberatung (§ 8 SchKG) begnügt sich die Antwort der Bundesregierung v. 18.05.2004, aaO. (Fn. 7), zu den Fragen 15 und 16.

75 Eine Berichtspflicht der Länder besteht bisher nicht.

76 Vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Antragsberechtigt sind nur die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Drittel der Mitglieder des Bundestages.

77 So kürzlich Reinhard Müller, FA.Z. v. 13.07.2007. Stefan Huster meint, man könne sich ja fragen, ob dem Gemeinwesen gedient wäre, wenn sich der Gesetzgeber in regelmäßigen Abständen immer wieder mit diesem politisch und weltanschaulich hoch besetzten Problem beschäftigen müsste (Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, Zeitschrift für Rechtssoziologie 24/2003, S. 23, Fn. 80).

78 So z. B. Kröger, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., Rn. 42 vor § 218.

79 Vgl. die Bilanz der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e. V., aaO. (Fn. 71), S. III.

80 BVerfGE 88, 203, 252.

Assessor jur. Thomas Zimmermanns, Köln

BVerfG schränkt Meinungsfreiheit für Abtreibungsgegner ein

- Anmerkung zu BVerfG ZfL 2006, 135 ff. -

Mit Kammerbeschluss des 1. Senats vom 24.05.2006¹ hat das BVerfG zwei Verfassungsbeschwerden eines Abtreibungsgegners gegen Urteile und Beschlüsse von Zivilgerichten zurückgewiesen, in denen er zur Unterlassung von Flugblattäußerungen verurteilt worden war. In diesen Flugblättern hatte er die Öffentlichkeit darüber informiert, dass ein namentlich benannter Frauenarzt in seiner Praxis rechtswidrige Abtreibungen vornehme.²

Die erstgenannte der beiden Verfassungsbeschwerden richtete sich gegen Gerichtsentscheidungen im Verfahren der einstweiligen Verfügung sowie gegen das erstinstanzliche Urteil im Hauptsacheverfahren. Sie wurden mit der Begründung als unzulässig zurückgewiesen, dass es dem Beschwerdeführer zumutbar gewesen sei, den Rechtsweg im Hauptsacheverfahren auszuschöpfen.

Die zweite Verfassungsbeschwerde wurde als unbegründet zurückgewiesen. Als Ausgangspunkt der rechtlichen Bewertung deutete das BVerfG diese Äußerung als Vorwurf strafbaren Handelns gegenüber dem Frauenarzt. Es ließ dabei offen, ob diese Äußerung als Tatsachenbehauptung oder als Meinungsäußerung anzusehen sei. Als Tatsachenbehauptung sei sie unwahr, da der angegriffene Frauenarzt seine Abtreibungstätigkeit nicht in strafbarer Weise, sondern im Rahmen des geltenden Rechts ausübe. Aber auch als Meinungsäußerung sei sie unzulässig, da sie eine Anprangerung des angegriffenen Frauenarztes darstelle, bei der in Abwägung aller Umstände des konkreten Falles dem Persönlichkeitsrecht des Frauenarztes der Vorrang gegenüber der Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers einzuräumen sei.

1. Zulässigkeit der Beschwerde 1 BvR 1046/02

Schon gegen die Zurückweisung der ersten Verfassungsbeschwerde als unzulässig bestehen erhebliche rechtliche Bedenken:

Entgegen der Ansicht des BVerfG stand § 90 Abs. 2 S.1 BVerfGG ihrer Zulässigkeit nicht entgegen. Zwar war hier der Rechtsweg lediglich im Verfahren der einstweiligen Verfügung erschöpft und noch nicht der Rechtsweg im Hauptsacheverfahren. Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann dies in solchen Fällen jedoch nicht stets verlangt werden. Hängt die Entscheidung von keiner weiteren tatsächlichen Aufklärung ab und liegen die Voraussetzungen des § 90 Abs. 2 S.2 BVerfGG vor, so ist die Verfassungsbeschwerde auch ohne Erschöpfung des Rechtsweges in der Hauptsache zulässig.³ So liegt es hier: Der Sachverhalt als solcher ist unstreitig; es ging lediglich um dessen (verfassungs-)rechtliche Be-

wertung. Ferner wäre dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstanden, wenn er zunächst auf den weiteren Rechtsweg im Hauptsacheverfahren verwiesen worden wäre. Schwere Nachteile sind z.B. besonders intensive Grundrechtseingriffe.⁴ Ein solcher Eingriff lag hier vor, da dem Beschwerdeführer unter Androhung eines hohen Zwangsgeldes untersagt wurde, Abtreibungen in personenbezogener Form als „rechtswidrig“ zu bezeichnen. Es handelt sich hier um eine Äußerung in einer politisch und gesellschaftlich äußerst umstrittenen Frage, in der es um den Schutz des höchsten verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgutes, nämlich des menschlichen Lebens, geht. Würde der Beschwerdeführer insoweit auf die Erschöpfung des Rechtsweges im Hauptsacheverfahren verwiesen, so wäre er für den erheblichen Zeitraum bis zu einer Entscheidung des BGH an der Geltendmachung seiner Rechte und an dieser für die öffentliche Meinungsbildung bedeutsamen Meinungsäußerung gehindert.⁵

2. Ungünstigste Deutungsvariante als Maßstab

Ausgangspunkt der Begründung der Zurückweisung der zweiten Verfassungsbeschwerde ist die erstmals im „Stolpe-Beschluss“⁶ vertretene Auffassung des BVerfG, wonach bei mehrdeutigen Äußerungen die dem Äußernden ungünstigste Deutungsalternative zugrunde zu legen sei, sofern lediglich Unterlassung der Äußerung begehrt wird; bei Klagen auf Widerruf oder Geldentschädigung sowie in einem Strafverfahren sei hingegen weiterhin von der für den Äußernden günstigsten Auslegung der Äußerung auszugehen.⁷ Die „ungünstigste“ Deutungsvariante sei diejenige, die eine Persönlichkeits-

1 BvR 1046/02 und 1 BvR 1139/03; veröffentlicht in ZfL 4/06, S.135 ff.

2 Die Handzettel enthielten auf dem Deckblatt die Aufforderung: „Stoppt rechtswidrige Abtreibungen in der Praxis Dr. K.“ Nach dem ausgeschriebenen Namen folgte die Praxisadresse des betreffenden Arztes. Des Weiteren hieß es in dem Flugblatt: „Wussten Sie, dass in der Praxis von Dr. K. rechtswidrige Abtreibungen durchgeführt werden?“

3 BVerfGE 86,15 ff., 22; 95,220 ff., 233.

4 BVerfGE 34,205 ff., 208; 69,233 ff., 241; Pieroth in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 2006, Rn 62 f. zu Art. 93 GG.

5 Der Nichtzulassungsbeschluss des BGH erging über ein Jahr nach dem erstinstanzlichen Urteil im Hauptsacheverfahren. In vergleichbaren Fällen hat das BVerfG Verfassungsbeschwerden auch ohne Erschöpfung des Rechtsweges für zulässig erklärt, vgl. BVerfGE 42,163 ff., 167; 61,1 ff., 5.

6 BVerfG NJW 2006,207 ff. Zuvor hatte das BVerfG lange Zeit die Auffassung vertreten, wonach ein Gericht, wenn es sich unter mehreren möglichen Deutungen einer Äußerung für die zur Verurteilung führende entscheiden will, besondere, überzeugende und nachvollziehbare Gründe angeben müsse (vergl. z.B. BVerfG NJW 1990,1980 ff.; NJW 1991,95 ff.; NJW 1996,1529 ff.; NJW 2001,3613 ff.). In all diesen Entscheidungen wurde das Vorliegen solcher Gründe verneint.

7 Offen bleibt insoweit, was in den Fällen eines Vereins- oder Parteiausschlusses oder bei arbeitsrechtlichen Maßregelungen gelten soll.

verletzung bewirkt oder, wenn dies bei mehreren Deutungsvarianten der Fall ist, zu der schwereren Persönlichkeitsverletzung führt.⁸ Im „Stolpe-Beschluss“ bezog das BVerfG diesen Rechtsgrundsatz auf Tatsachenbehauptungen; inzwischen erstreckt es ihn auch auf Meinungsäußerungen.⁹

Ob und inwieweit diesem neuen Rechtsgrundsatz des BVerfG zuzustimmen ist, mag zweifelhaft erscheinen. Es ist offensichtlich, dass mit der Feststellung des Inhalts einer Äußerung die Weichen für deren rechtliche Beurteilung gestellt werden. Auf der einen Seite wird man sicherlich im Interesse des Ehren- und Persönlichkeitsschutzes argumentieren können, dass es der Äußernde in der Hand habe, seine Ausdrucksweise so eindeutig zu gestalten, dass keine Deutung möglich ist, aus denen sich die Behauptung einer ehrverletzenden unwahren Tatsache oder die Äußerung eines ehrverletzenden Werturteils ergibt. Auf der anderen Seite kann dieser Grundsatz zu einer erheblichen Verkürzung der Meinungsfreiheit führen, besonders dann, wenn die Gerichte in einem unangemessen weitreichenden Umfang von einer „mehrdeutigen Aussage“ ausgehen oder wenn die „für den Äußernden ungünstigste Deutung“ einen Inhalt gewinnt, die vom Äußernden weder beabsichtigt war noch in seiner Äußerung objektiv zum Ausdruck gebracht wurde. So wie das BVerfG und die Obergerichte in der Vergangenheit zahlreiche ehrverletzende Äußerungen verharmlosend interpretiert haben,¹⁰ so besteht nun die Gefahr, dass sie Äußerungen einen verschärften und ehrverletzenden Sinn beilegen und mit dieser Begründung untersagen.

Auf jeden Fall hat diese neue Rechtsprechung des BVerfG zur Konsequenz, dass sämtliche Äußerungen, die deshalb mit Unterlassungsurteil untersagt wurden, weil das Gericht die für den Äußernden ungünstigste Deutungsmöglichkeit zugrunde gelegt hat, insgesamt verboten sind. Denn auch wenn eine strafrechtliche Verurteilung des Äußernden oder eine zivilrechtliche Verurteilung zum Widerruf oder zur Zahlung einer Geldentschädigung in diesen Fällen nicht möglich ist, weil insoweit die dem Äußernden günstigste Deutungsmöglichkeit seiner Äußerung zugrunde zu legen ist, so bewirken doch die mit einem Unterlassungsurteil verbundenen Sanktionen (regelmäßig bis zu 250.000 Ordnungsgeld für den Fall der Zuwiderhandlung) eine generelle Unterlassung der Wiederholung der inkriminierten Äußerung. Ein Unterlassungsprozess kann dem Verurteilten in Anbetracht der in solchen Fällen häufig festgesetzten hohen Streitwerte auch finanziell wesentlich teurer zu stehen kommen als eine strafrechtliche Verurteilung!

Das BVerfG ging im vorliegenden Fall davon aus, dass die Äußerung, wonach die in der Praxis des namentlich genannten Frauenarztes vorgenommenen Abtreibungen „rechtswidrig“ seien, mehrdeutig sei. Abzustellen sei für die Ermittlung des Inhalts einer Äußerung auf

das Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums.¹¹ Dieses könne den Vorwurf der Rechtswidrigkeit hier im rechtstechnischen Sinne verstehen, aber auch als Vorwurf gesetzeswidrigen und damit strafbaren Handelns. Wenn also die dem Äußernden ungünstigste Deutungsmöglichkeit zugrunde zu legen sei, so sei dies folglich der Vorwurf strafbaren Handelns.

3. Eindeutige Äußerung

Diese Auslegung der hier in Rede stehenden Äußerung ist jedoch entschieden abzulehnen. Die Äußerung des Beschwerdeführers war nicht mehrdeutig. Denn bei der Ermittlung des Inhalts einer Äußerung ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG zwar von ihrem Wortlaut auszugehen, doch müsse auch der sprachliche Kontext der Äußerung und deren Begleitumstände in die Auslegung einbezogen werden.¹² Hieraus folgt, dass sich aus dem Kontext des gesamten Flugblatttextes eindeutig ergibt, dass der Beschwerdeführer gerade nicht erklären will, dass die in der betreffenden Arztpraxis vorgenommenen Abtreibungen strafbar sind. Vielmehr bringt er darin seine Kritik und seinen Protest darüber zum Ausdruck, dass sie nach geltender Gesetzeslage nicht strafbar sind, obwohl sie aus ethischen und rechtlichen Gründen strafwürdig seien. Außerdem nimmt er in dem Text des Flugblattes ausdrücklich Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG, das in seinem Grundsatzurteil vom 28.05.1993 alle Abtreibungen, bei denen keine Indikation oder nur die (nach damaligem Recht geltende) soziale Indikation vorliegt, „rechtswidrig“ (wenn auch straflos) seien, da sie von der Rechtsordnung nicht anerkannt werden können und dass der Gesetzgeber dies bei der Neufassung der §§ 218 ff. StGB ausdrücklich zum Ausdruck bringen müsse, sei es im StGB, sei es

8 BVerfG 1 BvR 1139/03 unter Bezugnahme auf BVerfG NJW 2006,207 ff., 208 f.

9 In dem hier rezensierten Beschluss 1 BvR 1139/03 sowie in BVerfG NJW 2006,3769 ff., 3772 f., wo ebenfalls über die Zulässigkeit von Äußerungen von Abtreibungsgegnern entschieden wurde.

10 So sollte z.B. die Äußerung „Soldaten sind Mörder“ so zu verstehen sein, dass der Äußernde damit in besonders herausfordernder Weise darauf aufmerksam machen wolle, dass Töten im Krieg kein unpersönlicher Vorgang sei, sondern von Menschenhand erfolge (BVerfG NJW 1995,3303 ff., 3305 f.). Die Äußerung, Franz Josef Strauß sei ein „Zwangsdemokrat“, solle in erster Linie bedeuten, dass der Äußernde auf die Gefährdung der freiheitlich-demokratischen Ordnung durch Personen hinweisen wolle, die diese Staatsform nur äußerlich akzeptieren, innerlich aber ablehnen (BVerfG NJW 1991,95 ff., 96). Die Bezeichnung eines Bundeswehrsoldaten, der trotz seiner Behinderung an einer Wehrübung teilnehmen wollte, als „geb. Mörder“ wurde als Satire bewertet, die sich nicht nur gegen den Kläger richte, sondern auch andere Personen aufs Korn nehme (BVerfGE 86,1 ff., 12).

11 Im Anschluss an BVerfG NJW 1995,3303 ff., 3305.

12 BVerfG aaO.

in anderen Gesetzen.¹³ Der Beschwerdeführer bringt auch deutlich zum Ausdruck, dass er den Vorwurf rechtswidrigen Handelns in diesem Sinne versteht. Somit ergibt sich aus dem Kontext der Äußerung eindeutig, dass der Vorwurf der Rechtswidrigkeit ausschließlich in diesem Sinne gemeint ist und auch von einem „verständigen und unvoreingenommenen“ Publikum nicht anders verstanden werden kann.¹⁴ Eine Heranziehung dieses Kontextes bei der Auslegung dieser Äußerung fehlt in der Entscheidung des BVerfG jedoch völlig; das Gericht geht lediglich von den mehreren isoliert betrachtet möglichen Bedeutungen des Begriffes „rechtswidrig“ aus und wählt dann aus diesen als Grundlage für die Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit die für den Beschwerdeführer ungünstigste aus. Damit wird der Inhalt der Äußerung in ungerichteter Weise zulasten des Äußernden verschärft und die Anforderungen an den Gebrauch des Grundrechts der Meinungsfreiheit werden in einer Weise überspannt, dass eine einschüchternde Wirkung entsteht¹⁵, die doch nach bisheriger ständiger Rechtsprechung des BVerfG in der politischen und gesellschaftlichen Auseinandersetzung unbedingt vermieden werden sollte,¹⁶ da anderenfalls die Gefahr einer Lähmung und Verengung des Meinungsbildungsprozesses drohe.¹⁷ Somit wäre als Ausgangspunkt der rechtlichen Würdigung festzuhalten, dass hier in Wahrheit gar keine mehrdeutige, sondern eine eindeutige Äußerung vorliegt, und zwar eine Bewertung der Abtreibungen als „rechtswidrig“ im Sinne des Urteils des BVerfG vom 28.05.1993. Unter diesen Voraussetzungen handelt es sich um ein sachlich zutreffendes Werturteil (keine Tatsachenbehauptung, s.u.), das zweifelsfrei durch Art. 5 Abs. 1 GG gerechtfertigt ist und auch unter dem Gesichtspunkt der „Prangerwirkung“ oder der „Anprangerung“ nicht untersagt werden kann.¹⁸

4. Tatsachenbehauptung oder Werturteil?

Der nächste Einwand muss sich dagegen richten, dass das BVerfG es offenließ, ob es sich bei der Bewertung der Abtreibungen als „rechtswidrig“ um eine Tatsachenbehauptung oder um eine wertende Meinungsäußerung handelt.¹⁹

a) Das Gericht begründete dies damit, dass dieses Vorgehen zulässig sei, wenn eine Äußerung sowohl wertende Elemente als auch Tatsachenaussagen enthält und nicht eindeutig sei, ob der Tatsachengehalt oder das Werturteil überwiegt und wenn die rechtliche Beurteilung bei beiden Annahmen gleich ausfiele.²⁰

b) Als Tatsachenbehauptung sei diese unwahr, da die Tätigkeit des angegriffenen Frauenarztes nicht strafbar sei, sondern erlaubt, da sie unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt werde. Unwahre

Tatsachenbehauptungen wiederum seien nicht durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt.

c) Bei der Bewertung eines Verhaltens als „rechtswidrig“, „strafbar“ o.ä. handelt es sich jedoch in den meisten Fällen um ein Werturteil und nicht um eine Tatsachenbehauptung. Denn hiermit wird in der Regel nur eine ganz überwiegend auf Wertung beruhende subjektive Beurteilung zum Ausdruck gebracht.²¹ So hat der Beschwerdeführer auch hier lediglich seine persönliche Auffassung hinsichtlich der rechtlichen Bewertung der in der betreffenden Arztpraxis vorgenommenen Abtreibungen zum Ausdruck gebracht und sich zur Rechtfertigung und Begründung der Richtigkeit und Angemessenheit dieser Bewertung auf die identische Beurteilung durch das BVerfG gestützt. Die Einstufung derartiger Bewertungen als Tatsachenbehauptung kommt nur dann in Betracht, wenn diese Bewertung nicht als Rechtsauffassung kenntlich gemacht wird, sondern bei dem Adressaten zugleich die Vorstellung von konkreten in die Wertung eingekleideten Vorgängen hervorruft, die als solche einer Überprüfung mit den Mitteln des Beweises zugänglich sind.²² Dies ist hier jedoch nicht geschehen. Der Beschwerdeführer hat nicht auf bestimmte Tatsachen Bezug genommen, aus denen sich die Rechtswidrigkeit der Abtreibungen ergebe, sondern lediglich auf die Rechtsprechung des BVerfG als einer weiteren, die eigene Bewertung stützende Rechtsauffassung.

Im Übrigen waren nach bisheriger Rechtsprechung des BVerfG Äußerungen im Zweifel als bloße Meinungsäußerungen anzusehen, da diese in stärkerem Maße durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt sind als Tatsachenbehauptungen.²³

13 BVerfGE 88,203 ff. Darin heißt es in Leitsatz 4.: Der Schwangerschaftsabbruch muss für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen und demgemäß rechtlich verboten sein...“. In Leitsatz 15. heißt es: „Schwangerschaftsabbrüche, die ohne Feststellung einer Indikation nach der Beratungsregelung vorgenommen werden, dürfen nicht für gerechtfertigt (nicht rechtswidrig) erklärt werden“.

14 So mit Recht auch OLG Karlsruhe NJW 2003,2029 ff., 2031 f. und LG Heidelberg 3 O 366/01 als Vorinstanz.

15 So zutreffend Hochhuth NJW 2007, 192 ff., 194.

16 Vergl. z.B. BVerfGE 43,130 ff., 136; BVerfG NJW 1991,95 ff., 96; NJW 1995,3003 ff., 3304.

17 So ausdrücklich BVerfG NJW 1991,95 ff., 96.

18 Für Unzulässigkeit dieser Äußerung selbst bei einer Auslegung in diesem Sinne und deren Einstufung als wahre Tatsachenbehauptung jedoch LG Karlsruhe 4 O 208/05, S. 9 ff. v. 04.11.2005 wegen angeblicher Prangerwirkung.

19 Wie die weitere Untersuchung zeigen wird, richtet sich meine Kritik allerdings letztlich nicht hiergegen, sondern dagegen, dass das BVerfG zu dem Ergebnis gelangt, dass die Äußerung unter beiden Voraussetzungen zu untersagen sei.

20 ZfL 4/06, S.135 ff., 137.

21 Seitz/Schmidt/Schoener, Der Gegendarstellungsanspruch, 3. Aufl. 1998, Rn 389 f. mit Nachweisen der Rspr.; zuletzt BGH NJW 2005,279 ff., 282.

22 Vergl. z.B. BGH NJW 1982,2246; BGH NJW 1993,930.

23 BVerfGE 85,1 ff., 15 f.

Aber selbst wenn man die in Rede stehende Äußerung als Tatsachenbehauptung ansähe, so wäre diese bei richtiger Auslegung nicht unwahr, sondern wahr. Denn sie ist nach dem zuvor Gesagten eben nicht als Vorwurf der Strafbarkeit auszulegen, sondern im rechtstechnischen Sinne entsprechend dem Verständnis des BVerfG in seinem Urteil vom 28.05.1993.

d) Nach Ansicht des BVerfG sei die Äußerung jedoch selbst dann unzulässig, wenn man sie (richtigerweise) als Meinungsäußerung ansieht. Dies muss bereits deshalb erstaunen, da das BVerfG in ständiger Rechtsprechung seit 1958 im Hinblick auf die Bedeutung des für eine freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstitutiven Grundrechts der Meinungsfreiheit von einer Vermutung der Zulässigkeit der Äußerung ausgeht.²⁴ Das Grundrecht der Meinungsfreiheit wolle auch gewährleisten, dass jeder frei sagen kann, was er denkt, auch wenn er für sein Urteil keine nachprüfbaren Gründe angibt oder angeben kann.²⁵ Ebenso wenig komme es darauf an, ob die Äußerung als wertvoll oder als wertlos, als richtig oder als falsch, als begründet oder als grundlos, als gerecht oder als ungerecht bewertet wird.²⁶ Auch Zeit, Ort und sonstige Umstände der Meinungsäußerung sind von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt.²⁷ Von vornherein unzulässig sind nur Äußerungen, die eine Verletzung der Menschenwürde, Schmähkritik oder Formalbeleidigung bedeuten (was das BVerfG hier mit Recht gar nicht erst in Erwägung zieht). Ist dies nicht der Fall, so müsse zwar eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Rechten der Meinungsfreiheit auf der einen und dem Persönlichkeitsrecht auf der anderen Seite stattfinden. Jedoch gilt im Rahmen dieser Abwägung der Grundsatz der Vermutung für die Zulässigkeit der Meinungsäußerung (s.o.). Eine Abweichung von der Vermutung der Zulässigkeit der freien Rede bedürfe einer Begründung, die der konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie, in der die Vermutungsregel wurzelt, Rechnung trägt.²⁸ An einer solchen Begründung fehlt es hier und eine solche wäre auch schwer denkbar, denn wenn man von dieser konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit ausgeht, noch dazu in einer gesellschaftspolitischen Auseinandersetzung, in der es um den Schutz des höchsten Rechtsguts, das menschliche Leben, geht, so sind keinerlei Umstände ersichtlich, die es im vorliegenden Fall gebieten könnten, die Meinungsfreiheit hinter dem Persönlichkeitsrecht des Angegriffenen zurücktreten zu lassen, selbst dann, wenn man die Äußerung zu Unrecht als Vorwurf strafbaren Verhaltens interpretiert.²⁹ Die oben dargestellten Grundsätze der Rechtsprechung des BVerfG führen im vorliegenden Fall nämlich zu dem Ergebnis, dass es hiernach für die Zulässigkeit der – als Vorwurf strafbaren Verhaltens verstandenen – Äußerung weder darauf ankommt, ob sie sich für den Betroffenen ehrmindernd auswirkt noch darauf, ob dieser

Vorwurf sachlich (etwa anhand der Gesetzeslage) berechtigt und begründet ist oder nicht.³⁰ Ebenso wenig konnte es hiernach darauf ankommen, dass ein einzelner namentlich benannter Frauenarzt angegriffen wurde und dass die Flugblätter in der Nähe seiner Praxis verteilt wurden.

5. Erweiterung des Begriffs der „Prangerwirkung“

Nach bisheriger Rechtsprechung konnte eine Äußerung – und zwar selbst eine wahre Tatsachenbehauptung – allerdings dann unzulässig sein, wenn sie nach Form oder Inhalt eine Prangerwirkung entfaltete. Eine solche Prangerwirkung wurde dann angenommen, wenn eine Einzelperson angegriffen wurde und die Äußerung zu einer Stigmatisierung des Betroffenen und damit zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung seiner Persönlichkeitsentfaltung führen kann, wenn die Aussage zum Anknüpfungspunkt sozialer Ausgrenzung und Isolierung wird bzw. wenn die Folgen für den Betroffenen in keinem Verhältnis zu dem mit der Äußerung angestrebten Zweck stehen.³¹ Eine solche Prangerwirkung hatte der BGH hinsichtlich der hier in Rede stehenden Äußerung angenommen.³² Es ist nun aber in keiner Weise ersichtlich, inwiefern der Frauenarzt durch die Äußerung, er nehme in seiner Praxis rechtswidrige Abtreibungen vor, mit „Stigmatisierung“ oder „sozialer Ausgrenzung“ rechnen müsste oder sonstige Folgen eintreten, die in keinem Verhältnis zu dem mit der Äußerung angestrebten Zweck ständen. Auch der BGH begründete in seinen Entscheidungen nicht näher, inwiefern dies der Fall sei.

Das BVerfG stellt nun in seiner Begründung auch nicht auf solche Folgen ab, sondern erweitert den Begriff der Prangerwirkung dadurch, dass es bereits dann eine Prangerwirkung oder eine „Anprangerung“ annimmt, wenn ein allgemeines Sachanliegen durch identifizie-

24 Std. Rspr. seit BVerfGE 7,198 ff.

25 BVerfGE 42,163 ff., 171.

26 Std. Rspr., vergl. z.B. BVerfG NJW 1995,3303 ff., 3304; BGH NJW 1994,124 ff., 126; BGH NJW 2000,1036 ff., 1040.

27 BVerfG NJW 1995,3303 ff., 3303.

28 BVerfG aaO, S.3305.

29 Eine solche von den Zivilgerichten angenommene Abweichung von dieser Vermutung wurde vom BVerfG erst vor Kurzem bei einer Meinungsäußerung mit NS-Bezug (der Angegriffene wurde darin als „der Mengele des DDR-Doping-Systems“ bezeichnet) gebilligt (BVerfG NJW 2006,3266 f.). Auch dieser Beschluss steht m. E. im Gegensatz zu der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG, zumal es in jenem Verfahren nicht um einen Unterlassungsanspruch, sondern um Zahlung einer Geldentschädigung ging.

30 So ausdrücklich BVerfG NJW 1992,2815 f., 2816 hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer Abschiebemaßnahme.

31 BVerfGE 97,391 ff., 406; BVerfG NJW 1999,2358 ff., 2359; NJW 2000,2413 ff., 2414.

32 BGH NJW 2003,2011 f. sowie in einem weiteren Fall, in dem lediglich wahrheitsgemäß auf die Tatsache hingewiesen wurde, dass in einer bestimmten Praxis Abtreibungen vorgenommen werden (BGH NJW 2005,592 f.).

rende Herausstellung einer Einzelperson und damit durch Personalisierung eines als negativ empfundenen Geschehens verdeutlicht werden soll.³³ Die Äußerung sei in solchen Fällen zwar nicht stets unzulässig, jedoch sei in solchen Fällen eine Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Angeprangerten und dem Grundrecht der Meinungsfreiheit des Äußernden vorzunehmen. Diese Abwägung ergebe hier aus folgenden Gründen einen Vorrang des Persönlichkeitsrechts:

– Ein einzelner Frauenarzt wurde aus einer Vielzahl von Ärzten herausgegriffen und gezielt angegriffen, wofür dieser dem Beschwerdeführer keinen Anlass gegeben habe.

– Die Flugblätter wurden in unmittelbarer Nähe seiner Praxis verteilt und darin sein voller Name und seine (Praxis-)Anschrift genannt.

– Die Schwere des Angriffs, die in dem ungerechtfertigten Vorwurf strafbaren und nicht nur ethisch verwerflichen Verhaltens liegt. Dies könne gravierende Beeinträchtigungen für den Betroffenen mit sich bringen.

6. Voraussetzungen der „Prangerwirkung“ nicht erfüllt

Auch diese Argumentation des BVerfG muss schwerwiegenden Bedenken begegnen:

a) Weder das Gesetz (Art. 5 Abs. 1 und 2 GG; §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB usw.) noch die (bisherige) Rechtsprechung des BVerfG unterscheiden hinsichtlich der Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Äußerung, ob eine Einzelperson (sei es namentlich oder unter einer Kollektivbezeichnung), eine Gruppe von Personen oder ein sonstiges Kollektiv (Partei, Verein, Behörde usw.) angegriffen wird. Es gelten in allen Fällen die gleichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen wie unter 4.d) dargestellt. Dementsprechend hat das BVerfG scharfe und in das Persönlichkeitsrecht eingreifende Äußerungen in zahlreichen Entscheidungen auch dann zugelassen, wenn sich diese gegen namentlich benannte Einzelpersonen richteten.³⁴ Zumeist wurde hierbei eine Prangerwirkung oder Anprangerung gar nicht erst erörtert; in einigen Fällen wurde sie zwar erörtert, ihr Vorliegen jedoch im Ergebnis verneint.³⁵

Das Vorliegen einer Prangerwirkung stellte nach bisheriger Rechtsprechung eine Ausnahme dar, deren Voraussetzungen (soziale Ausgrenzung und Stigmatisierung des Betroffenen oder schwerwiegende Auswirkungen auf seine persönliche Integrität) nur in sehr seltenen Fällen gegeben waren. Eine enge Auslegung des Begriffes „Prangerwirkung“ war und ist auch erforderlich, weil deren Vorliegen ja selbst bis hin zum Verbot wahrer Tatsachenbehauptungen führen kann und damit eklatant in das Grundrecht der Meinungsfreiheit eingreift. Dementsprechend ist für eine Ausweitung der Voraus-

setzungen der Prangerwirkung oder für eine Rechtsfigur der „Anprangerung“ von vornherein kein Raum, da dies bis hin zur Aushebelung des gesamten Grundrechts der Meinungsfreiheit führen kann. Es kann auch nicht jede mögliche Beeinträchtigung des Ansehens, der öffentlichen Wirksamkeit oder des Geschäftsbetriebes des Betroffenen eine Prangerwirkung begründen, denn dann wären nur noch solche kritischen Äußerungen zulässig, die im Wesentlichen wirkungslos bleiben. Mit der Konstruktion der „Anprangerung“, die im Falle ihres Vorliegens eine gleichrangige Abwägung zwischen den widerstreitenden Rechtsgütern erforderlich mache, bricht das BVerfG auch mit der Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede in all den Fällen, in denen sich eine scharfe Meinungsäußerung in der Öffentlichkeit gegen namentlich benannte Einzelpersonen richtet. Es entsteht aufgrund dieser neuen Rechtsprechung eine höchst unbefriedigende Rechtsunsicherheit, da nun kaum noch vorauszusehen ist, in welchen Fällen und aufgrund welcher Gesichtspunkte die Gerichte der Meinungsfreiheit und in welchen sie dem Persönlichkeitsrecht den Vorrang geben. Eine solche Rechtsunsicherheit wird – nicht zuletzt im Hinblick auf die mit einer Unterlassungsklage verbundenen erheblichen finanziellen Risiken – dazu führen, dass die Bereitschaft, vom Grundrecht der Meinungsfreiheit Gebrauch zu machen, in der Gesellschaft (oder womöglich nur bei bestimmten Gruppen?) abnimmt. Selbst das Wissen des Äußernden, dass die von ihm behaupteten Tatsachen unstreitig oder erwiesermaßen wahr sind, vermag ihm dann nicht die Gewissheit zu geben, dass seine Äußerung nicht doch wegen einer angeblichen Prangerwirkung untersagt wird. Diese Folgen aber stehen im Widerspruch zur konstitutiven Bedeutung dieses Grundrechts, die ja gerade vom BVerfG stets hervorgehoben wurde.

b) Aber auch die Gesichtspunkte, aufgrund des BVerfG im vorliegenden Fall im Rahmen seiner konkreten Abwägung zu einem Vorrang des Persönlichkeitsrechts des Frauenarztes gelangt, überzeugen verfassungsrechtlich in keiner Weise:

– Die Tatsache, dass der Frauenarzt als Einzelperson angegriffen wurde und sein Name und seine Praxisanschrift in den Flugblättern genannt wurden, begründet ja gerade erst, dass überhaupt eine „Anprangerung“ vorliegt und ist damit Voraussetzung, dass eine gleichrangige Abwägung der widerstreitenden Interessen (also oh-

³³ ZfL 4/06, S.135 ff., 138 unter Bezugnahme auf BGH VersR 1994,1116 ff., 1118.

³⁴ Vergl. z.B. BVerfGE 7,198 ff.; 54,129 ff.; 82,43; ff. 82,272 ff.; 86,1 ff.; NJW 2003,3760 ff.

³⁵ BVerfG NJW 1999,2358 ff. und der Sache nach auch – trotz Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde – BVerfG NJW 2000,2413 ff.

ne eine Vermutung zugunsten der freien Rede) zu erfolgen hat. Die die Anprangerung begründenden Umstände können somit im Rahmen dieser Abwägung also nicht nochmals zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.

– Es trifft ferner nicht zu, dass sich der Beschwerdeführer nur gegen den in diesem Fall betroffenen Frauenarzt gewandt hat. Es ist bekannt, dass er mit entsprechenden Meinungsäußerungen und Flugblattaktionen bundesweit gegen eine ganze Anzahl von Frauenärzten vorgegangen ist, die in ihren Praxen oder in Kliniken Abtreibungen vornehmen. Im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 GG sollte es hierauf allerdings in keiner Weise ankommen, da jeder Bürger frei ist zu entscheiden, gegen welche oder wieviele von mehreren in einer bestimmten Angelegenheit Verantwortlichen er sich äußern will.

– Im Übrigen trifft es – jedenfalls unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG – nicht zu, dass der Frauenarzt dem Beschwerdeführer keinen Anlass zu seiner Äußerung gegeben habe. Zunächst einmal ist festzustellen, dass das Thema „Abtreibung“ auch heute noch politisch und ethisch umstritten ist, sodass jeder, der Abtreibungen vornimmt, Abtreibungsgegnern bereits dadurch Anlass zu entsprechenden Meinungsäußerungen gibt. Ferner ist der Frauenarzt mit dem Angebot der Durchführung von Abtreibungen in die Öffentlichkeit getreten und muss gegen sein Verhalten gerichtete Meinungsäußerungen auch aus diesem Grunde grundsätzlich hinnehmen.³⁶

– Die Tatsache, dass der Frauenarzt nicht in seiner Privatsphäre, sondern lediglich in seiner beruflichen Sphäre angegriffen wurde, wurde – anders als in vergleichbaren Fällen³⁷ – in keiner Weise zugunsten des Äußernden berücksichtigt.

– Was nun die angebliche Schwere des Angriffs betrifft, so wird diese nach dem zuvor Dargelegten nur aus einer fehlgeleiteten und mit Art. 5 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Interpretation der strittigen Äußerung hergeleitet. Aber selbst wenn man in ihr tatsächlich den Vorwurf strafbaren Handelns sehen wollte, so würde es sich dabei nicht um einen so schwer wiegenden Vorwurf handeln, dass dies für eine Unzulässigkeit der Äußerung sprechen würde. Inwiefern die Äußerung konkret geeignet gewesen sei, „gravierende Beeinträchtigungen“ für den Frauenarzt mit sich zu bringen, wird vom BVerfG nicht weiter begründet. Wenn das Gericht dabei ausführt, dass die Tatsache (das die Strafbarkeit begründende Verhalten), auf die das Werturteil (die Behauptung der Strafbarkeit) gestützt werde, unwahr sei und dass auch dies in die Abwägung einzubeziehen sei, so geht dies fehl. Die Tatsache, dass der betreffende Frauenarzt Abtreibungen vornimmt, ist unstrittig wahr und nur die daraus von dem Beschwerdeführer (angeblich) gezogene rechtliche Schlussfolgerung, dass dieses Verhalten strafbar sei, ist unzutreffend. Sieht man diese rechtliche Schlussfolgerung zutreffend als Werturteil

an, so liegt eine unwahre Tatsachenbehauptung an keiner Stelle vor.

– Die Gründe, die dafür sprechen, dass der Beschwerdeführer seine Meinung in der von ihm gewählten Weise kundgetan hat, wurden bei der Abwägung in keiner Weise berücksichtigt. Diese Gründe bestehen vor allem darin, dass er sein Anliegen dadurch besonders wirksam machen wollte, dass er gleichsam „vor Ort“ auf das Unrecht der Abtreibung und darauf aufmerksam machen wollte, dass auch das BVerfG diese als „rechtswidrig“ ansieht. Ferner wollte er durch die Personalisierung eines der für Abtreibungen verantwortlichen Ärzte diesen aus der Anonymität reißen, was nach unserer Rechtsordnung nicht verboten ist.

7. Fazit

Der Schwerpunkt der Kritik an dem Beschluss des BVerfG muss sich zweifellos gegen die Interpretation des Vorwurfs der Rechtswidrigkeit als Vorwurf der Strafbarkeit sowie gegen die Ausdehnung des Begriffs der Prangerwirkung und die daraus abgeleiteten Rechtsfolgen richten. Diese Beschlüsse haben zur Folge, dass es Abtreibungsgegnern unmöglich gemacht wird, in der Öffentlichkeit gegenüber einzelnen namentlich benannten Ärzten, die Abtreibungen vornehmen, auf die Rechtsprechung des BVerfG hinzuweisen und Abtreibungen als „rechtswidrig“ zu bewerten. Das ist ein erheblicher Eingriff in die Meinungsfreiheit, der um so schwerer wiegt, als es den Abtreibungsgegnern hierbei um den Schutz des nach unserer Verfassung höchsten Rechtsgutes, nämlich des menschlichen Lebens, geht. Auch dies wurde in dem Beschluss in keiner Weise gewürdigt. „Einen großen Teil der Rechtsprechung zur Meinungsäußerungsfreiheit von Abtreibungsgegnern kann und muss man ohne Polemik so kommentieren, dass deren Äußerungen nach anderen Grundsätzen beurteilt werden als die Äußerungen anderer gesellschaftlicher Gruppen, wie z.B. Pazifisten, Gewerkschaften, Umwelt-, Natur- und Tierschützer“.³⁹

Es bleibt den Lebensrechtlern in Deutschland nur noch die Hoffnung, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte diesen Beschluss wegen Verletzung der auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Art. 10 Abs. 1 garantierten Meinungsfreiheit auf die bereits erhobene Beschwerde hin aufheben wird.

36 Vergl. z.B. BVerfGE 54,129 ff., 136.

37 Vergl. z.B. BVerfG NJW 1999,2358 ff.

38 Vergl. BGH NJW 1994,124 ff.; BVerfG NJW 1999,2358 ff.

39 Thomas Zimmermanns, Meinungs- und Pressefreiheit, Chancen und Gefährdung, Hänssler-Verlag 2006, S.49.

*Ltd. Ministerialrat a.D. Dieter Ellwanger,
Stuttgart*

Schwangerschaftsabbrüche – Verfahrenswege zur Erfüllung der verfassungsrechtlichen Beobachtungspflicht

I. Die Beobachtungspflicht des Bundesgesetzgebers

In seinem Zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch¹ hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dem Gesetzgeber aufgegeben, sich hinsichtlich des Schutzes ungeborene Kinder nicht nur auf sein als „Beratungsregelung“ gekennzeichnetes Schutzkonzept zu verlassen, sondern die weitere Entwicklung zu beobachten und gegebenenfalls weitere Schritte zu unternehmen. „Stellt sich nach hinreichender *Beobachtungszeit* heraus, dass das Gesetz das von der Verfassung geforderte Maß an Schutz nicht zu gewährleisten vermag, so ist der Gesetzgeber verpflichtet, durch Änderung oder Ergänzung der bestehenden Vorschriften auf die Beseitigung der Mängel und Sicherstellung eines dem Untermaßverbot genügenden Schutzes hinzuwirken (Korrektur- oder Nachbesserungspflicht). ... Der hohe Rang des geschützten Rechtsgutes, die Art der Gefährdung ungeborenen Lebens und der in diesem Bereich festzustellende Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen erfordern es, dass der Gesetzgeber *beobachtet*, wie sich sein gesetzliches Schutzkonzept in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auswirkt (Beobachtungspflicht)“. Erlassene Gesetze müssten „in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleiben“.²

II. Bisherige Entwicklung – Untätigkeit des Gesetzgebers

1. Dieser Beobachtungspflicht ist der Gesetzgeber, der Deutsche Bundestag, bislang so gut wie nicht nachgekommen. In diesem Zusammenhang kommt es zunächst nicht darauf an, ob §§ 218a, 219 StGB und das Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) vom 21. August 1995³ schon jetzt verfassungswidrig (geworden) sind und deshalb eine Korrektur- oder Nachbesserungspflicht besteht. Denn eine Erfüllung der Beobachtungspflicht ist - „als Vorstufe“⁴ – Voraussetzung für eine solche Feststellung und entsprechenden gesetzlichen Handlungsbedarf. Zwar hält das BVerfG „... nicht generell eine fortlaufende Kontrolle der Gesetze durch den Gesetzgeber für erforderlich.“⁵ Aber die herausgebildete praktische Anwendung des SchKG (Vornahme indikationsloser Schwangerschaftsabbrüche gemäß § 218a Abs. 1 StGB als Regel und - entgegen den Ausführungen des BVerfG – nicht als in der Beratung gemäß § 219 StGB nachvollziehbar dargelegte und von der nach § 9 SchKG anerkannten Schwangerschaftskonfliktbera-

tungsstelle in einer Aufzeichnung gemäß § 10 SchKG zu dokumentierenden Ausnahme in Opfersituationen)⁶ muss dem Gesetzgeber jedenfalls Anlass und Grund für eine Beobachtung der Gesetzespraxis „... in angemessenen zeitlichen Abständen in geeigneter Weise etwa durch periodisch zu erstattende Berichte der Regierung ...“⁷ sein.

2. Demgegenüber hat sich der Deutsche Bundestag auf der Grundlage verschiedener parlamentarischer Initiativen⁸ bislang lediglich über die „Entwicklung der Schwangerschaftsabbrüche“ unterrichten lassen, ohne *regelmäßig* Beobachtungsergebnisse festgestellt zu haben. Solche Feststellungen gehören aber zur Erfüllung der Beobachtungspflicht, weil nur dadurch der Gesetzgeber und die Gesetzesadressaten, insbesondere Ärzte und Beratungsstellen, erkennen können, ob das maßgebliche Gesetz möglicherweise nachträglich dadurch verfassungswidrig geworden ist, dass „... sich die tatsächlichen Verhältnisse, auf die es einwirkt, grundlegend gewandelt haben oder sich die beim Erlass des Gesetzes verfassungsrechtlich unbedenkliche Einschätzung seiner künftigen Wirkungen später als ganz oder teilweise falsch (Ergänz. d. Verf.: und damit als nicht mehr verfassungskonform) erweist ...“⁹

3. Hinsichtlich einer bislang unterlassenen wirksamen und wirkungsvollen Beobachtung kann nicht eingewendet werden, das SchKG sei (nach wie vor) verfassungskonform, es werde in der Praxis „nur falsch“ (missbräuchlich) angewendet, weshalb nicht der Gesetzgeber verfassungsrechtlich (durch Beobachtung), sondern allenfalls die für die Anerkennung von Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen zuständigen Länder verwaltungsrechtlich (beispielsweise durch Widerruf der Anerkennung gemäß §§ 9,10 Abs. 3 Satz 3 SchKG) handeln müssten. Dass durch tatsächliche Entwicklungen Gesetze verfassungswidrig werden (können) und der Gesetzgeber solche Entwicklungen beobachten und ihnen ggf. gegensteuern muss, wurde dargelegt.¹⁰ Dass *daneben*, gewissermaßen in „Realkonkurrenz“, auch verwaltungsrechtliche Maßnahmen, gestützt auch auf die Vorlage von Aufzeichnungen über Beratungsgespräche und die Erstattung von Jahresberichten der Beratungsstelle über ihre Tätigkeit an das jeweils zuständige Land gemäß § 10 Abs. 1 und 2 SchKG, in Betracht kommen

1 BVerfGE 88, 203, 309 ff.

2 BVerfGE 88, 203, 309 f. Hervorh. d. d. Verf.

3 BGBl I S. 1050.

4 Mayer, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996, S.34 Fn 61.

5 BVerfGE 88, 203, 310.

6 BVerfGE 88, 203, 204 (Leitsatz Nr. 7) 255 f.

7 BVerfGE 88, 203, 310.

8 Nachweise bei Büchner, in diesem Heft S. 72.

9 BVerfGE 88, 203, 309 f.

10 BVerfGE 88, 203, 309 f.

(müssen), bleibt unberührt und folgt aus der „vollen Verantwortung des Staates für die Durchführung des Beratungsverfahrens“¹¹. Demnach darf sich der Bundesgesetzgeber seiner – originären – Beobachtungspflicht nicht etwa durch Verweis auf die für Verwaltungsmaßnahmen zuständigen Anerkennungsbehörden der Länder entziehen.

III. Handlungsbedarf – Geeignete Instrumente zur Erfüllung der Beobachtungspflicht

1. Die Unterlassung eines wirksamen und wirkungsvollen Beobachtungsverfahrens mag – neben tabuisierenden gesellschaftlichen und politischen Umständen –¹² ihre Ursache auch darin finden, dass einfachrechtliche und/oder administrative Regeln zur Durchführung entweder fehlen oder nicht angewendet werden.

Die für jedes Gesetz geltende *allgemeine* Beobachtungspflicht ist materiell verfassungsrechtlicher Natur. Das folgt aus der Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG). Diese *allgemeine* Pflicht hat das BVerfG in seiner Entscheidung in *besonderer* Weise verbindlich konkretisiert. Dieser Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG unterliegen – neben anderen – alle Verfassungsorgane des Bundes, also auch der Gesetzgeber. Sie erstreckt sich auch nicht nur auf die Entscheidungsformel, die im Falle des Urteils vom 28. Mai 1993 gemäß § 31 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG sogar Gesetzeskraft hat, sondern auch auf die tragenden Gründe der Entscheidung¹³. Die Ausführungen des Gerichts zur Beobachtungs-, Korrektur- und Nachbesserungspflicht¹⁴ sind nämlich „tragend“ in dem Sinn, dass eine auf der Basis des Urteils und der Vollstreckungsanordnung vom Gesetzgeber gefundene Regelung erst in der Praxis „getestet“ werden muss. Testergebnisse, „wie sich das neue gesetzliche Schutzkonzept in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auswirkt“¹⁵, muss der Gesetzgeber in Erfüllung seiner Beobachtungspflicht feststellen, die „auch und gerade nach einem Wechsel des Schutzkonzepts“¹⁶ (vom Indikationenmodell des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 18. Mai 1976¹⁷ zur Fristenregelung des SchKG) besteht. Für ein diesen Wechsel vollziehendes „Erprobungsgesetz“¹⁸, also für das nach dem Urteil vom 28. Mai 1993 erlassene SchKG, hat das Gericht diese *besondere* verfassungsrechtliche Beobachtungspflicht ausdrücklich konstitutiv festgestellt, zumal das Gericht selbst „Unsicherheiten über die künftigen Auswirkungen der neuen Regelung“ prognostiziert und den „Konzeptwechsel“ als ständig zu überprüfenden „Versuch des Gesetzgebers“ definiert.¹⁹

2. Der Gesetzgeber hat es bislang nicht nur unterlassen, dieser Beobachtungspflicht Genüge zu tun, sondern auch ein zu einer wirksamen und wirkungsvollen Um-

setzung dieser Pflicht geeignetes einfachrechtliches Instrumentarium zu schaffen. Zwar ist richtig, dass es zur Erfüllung der Beobachtungspflicht nicht zwingend einfachrechtlicher Regelungen bedarf, weil diese Pflicht den Gesetzgeber – wie erwähnt – unmittelbar aus Art. 20 Abs. 3 GG trifft. Da das Verfassungsprozessrecht der Bundesrepublik Deutschland aber eine gegen den Gesetzgeber gerichtete „Verpflichtungsklage“ – aus Gründen der Gewaltentrennung – nicht kennt, bleibt zur prozessrechtlichen Erzwingung der bislang unterlassenen Erfüllung der Beobachtungspflicht lediglich der Weg der abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, mit dem eine (inzwischen) möglicherweise eingetretene Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelungen, insbesondere des SchKG, gegenüber denen die Beobachtungspflicht besteht, geltend gemacht werden könnte.²⁰ Nähme der Gesetzgeber seine Beobachtungspflicht indessen ernst, läge es nahe, dass er selbst *eigenverantwortlich* geeignete einfachrechtliche Maßnahmen zur Umsetzung ergreift. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen dürfte aber weder ein Verfahren nach Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 GG noch – trotz entsprechender, gelegentlich imperativer Äußerungen aus der Mitte des Bundestages²¹ – gesetzgeberisches Handeln zu erwarten sein²².

IV. Konsequenzen – Vorschläge zur Erfüllung der Beobachtungspflicht

Gleichwohl (besser: gerade deswegen) erscheint es erforderlich, legislative und administrative Wege zur Erfüllung der Beobachtungspflicht „als Schutzpflicht für das Leben Ungeborener“ aufzeigen.²³

1. Legislative Möglichkeiten

a) Parlamentarische Initiativen haben sich in dieser Richtung als nicht geeignete Beobachtungsinstrumente erwiesen.²⁴ Denn ihren, auf die lediglich intern binden-

11 BVerfGE 88, 203, 204 (Leitsatz Nr. 12), 286 ff., 301 f.

12 Skeptisch zur Erfüllung der Beobachtungs- (und Nachbesserungs-)Pflicht: Tröndle, NJW 95, 3019.

13 BVerfGE 96, 375, 404; Hillgruber, Verfassungsprozessrecht, 2. A. Heidelberg 2006, Rdnr. 13; kritisch zur Bindungswirkung tragender Gründe: Schlaich-Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. A., München 2007, Rdnr. 488 ff.

14 BVerfGE 88, 203, 309 ff.

15 BVerfGE 88, 203, 310.

16 BVerfGE 88, 203, 310.

17 BGBl. I S. 1213.

18 Lechner-Zuck, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 5. A. München 2006, Einleitung Rdnr. 37.

19 BVerfGE 88, 203, 311.

20 Büchner, a.a.O., S. 79. Eine Situation nach Artikel 100 Abs. 1 GG – Einholung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch Untergerichte (so gen. konkrete Normenkontrollklage) – dürfte in der Rechtsprechungswirklichkeit kaum eintreten.

21 Nachweise bei Büchner a.a.O., S. 72.

22 Tröndle, a.a.O.

23 Büchner, a.a.O., S. 72.

24 Nachweise bei Büchner a.a.O., S. 72 f.

de Geschäftsordnung des Bundestages²⁵ gestützten Erledigungen kommt - abgesehen von inhaltlichen Fragwürdigkeiten²⁶ - gegenüber den Beobachtungsadressaten (insbesondere Ärzten, Beratungsstellen und Anerkennungsbehörden der Länder) keine allgemein verbindliche Außenwirkung zu. Eine solche aber ist erforderlich, damit der Gesetzgeber seine Beobachtungspflicht wirksam und wirkungsvoll wahrnehmen kann. Nur ein formelles Gesetz kann ihn dazu instand setzen, weil er unter pflichtiger Mitwirkung der Beobachtungsadressaten beispielsweise unmittelbar Erkenntnisse über die Tätigkeit der Beratungsstellen gewinnen kann. *Büchner*²⁷ weist zutreffend darauf hin, dass die Berichtspflicht der Beratungsstellen gemäß § 10 Abs. 1 und 3 Satz 2 SchKG bei den Ländern endet, die ihrerseits nicht dem Bund gegenüber berichtspflichtig sind. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass die Bundesregierung in ihrer Antwort vom 14. Mai 2004 auf eine Kleine Anfrage der CDU/CSU-Bundestagsfraktion²⁸ zur Frage der Beobachtungspflicht von einer den Ländern im SchKG übertragenen Berichtspflicht an den Bund spricht. Das ist nicht nur rechtlich unzutreffend, weil gemäß § 10 Abs. 1 SchKG die Beratungsstellen den Ländern, nicht aber (auch) diese dem Bund zu berichten haben. Sie lässt auch ein politisch befremdliches Selbstverständnis des Bundes erkennen, wie ernst er die ihm übertragene verfassungsrechtliche Beobachtungspflicht nimmt. Denn die genannte Äußerung wälzt eine eindeutige Bundespflicht auf die Länder ab²⁹.

b) Inhalt eines künftigen, die verfassungsrechtliche Beobachtungspflicht flankierenden Gesetzes könnte somit etwa - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - sein:

aa) § 10 SchKG könnte dahin ergänzt werden, dass die Länder dem Bund (der Bundesregierung) periodische Berichte über die Tätigkeit der Beratungsstellen erstatten und die Bundesregierung ihrerseits den Bundestag hierüber mit eigener Einschätzung der Auswirkungen des SchKG unterrichtet.

bb) Weiterer Regelungsinhalt könnte die Ergänzung von § 10 Abs. 2 SchKG in der Weise sein, dass die Beratungsstelle ausdrücklich verpflichtet wird, in jeder Beratung der Frau ausdrücklich bewusst zu machen, „dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat, 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“ (§ 219 Abs. 1 Satz 3 StGB)³⁰. In die Aufzeichnung nach § 10 Abs. 2 SchKG muss dieser - schon nach geltendem Recht zwingende - Beratungsinhalt bezogen auf die in der Aufzeichnung konkret darzulegen-

de Beratungssituation aufgenommen und nachvollziehbar festgestellt werden, ob in dem vorliegenden Einzelfall eine Ausnahmesituation im oben beschriebenen Sinne gegeben ist. In diesem Zusammenhang wird in den Beratungsstellen weitestgehend (geflissentlich?) übersehen, dass Anwendungsbereich des § 219 Abs. 1 Satz 3 StGB der nach § 218 a Abs. 1 Nr. 1 StGB von der Schwangeren „verlangte“ Schwangerschaftsabbruch ist und nicht etwa ein nach § 218 a Abs. 2 und 3 StGB indizierter Eingriff.

cc) Eine Neufassung des § 10 SchKG müsste auch sicherstellen, dass die Länder sowohl Berichte wie Aufzeichnungen dem Bund zumindest auf dessen Verlangen (durch die Bundesregierung) vorzulegen haben, die wiederum den Bundestag nach seiner zwischen ihm und der Bundesregierung verbindlichen Geschäftsordnung zu unterrichten hat. Auf solcher Grundlage kann dann der Bundestag eigene Auswertungen (Beobachtungen) vornehmen.

Gegen diesen Vorschlag kann nicht eingewendet werden, durch ihn entstünde eine neue Verwaltung, die den allgemeinen Zielen der Entbürokratisierung zuwiderliefe. Abgesehen davon, dass nach der Geschäftsordnung des Bundestages Unterrichtungspflichten durch die Bundesregierung schon jetzt bestehen, kann der Einwand vor allem deshalb nicht greifen, weil der Vorschlag der Umsetzung der *verfassungsrechtlich angeordneten* Beobachtungspflicht zu dienen bestimmt ist.

Diesen Vorschlägen steht nicht die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern entgegen, weil die hier angeregten gesetzgeberischen Maßnahmen durch Novellierung des SchKG verwirklicht werden könnten, das - über die Annexzuständigkeit³¹ zu Strafrecht und öffentlicher Fürsorge (Beratung) - gemäß Art. 72, 74 Nrn. 1 und 7 GG erlassen worden ist und deshalb auch entsprechenden Änderungen in verfassungsrechtlich statthafter Weise zugänglich ist.

2. Administrative Möglichkeiten

a) Schon nach geltendem Verfassungsrecht (Art. 83, 84 GG) muss die Bundesregierung die Aufsicht darüber ausüben, „dass die Länder die Bundesgesetze dem geltenden Rechte gemäß ausführen“ (Art. 84 Abs. 3 Satz 1

25 H.M.; vgl. statt vieler: BVerfGE 1, 144, 148.

26 Büchner a.a.O., S. 72.

27 A.a.O., S. 79 Fn. 45.

28 Drucksache 15/3155.

29 Ellwanger, Praktische Erfahrungen mit dem Schwangerschaftskonfliktgesetz, ZfL 2006 S. 76 f.

30 Vgl. auch BVerfGE 88, 203, 204 (Leitsatz Nr. 7), 210 (Nr. 3 der Anordnung gem. § 35 BVerfGG).

31 Vgl. statt vieler: Mangold/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 5. A. München 2005, Rdnr. 48 zur Art. 70.

32 BVerfGE 88, 203, passim.

GG). Das bedeutet, dass über diese Vorschrift auch die Bundesregierung in Form der Bundesaufsicht eine Beobachtungspflicht hinsichtlich der Ausführung des SchKG durch die Länder, insbesondere als Anerkennungs- und Überprüfungsbehörden gemäß §§ 9, 10 SchKG, trifft.

Prüfungsmaßstab der Bundesaufsicht müsste vorliegend somit auch sein, ob die Länder das SchKG im Einklang mit dem Verfassungsrecht so ausführen, wie dieses durch die Rechtsprechung des BVerfG ausgeformt worden ist.³² Denn zum „geltenden Rechte“ im Sinne des Art. 84 Abs. 3 Satz 1 GG zählt auch und vorrangig das Verfassungsrecht.

b) Adressaten der Aufsicht sind die Länder.³³ Das bedeutet, dass Aufsichtsmaßnahmen nicht auf die Beratungsstellen (und deren Träger) durchgreifen können. Da aber der Staat (Bund *und* Länder!) „für die Durchführung des Beratungsverfahrens die volle Verantwortung trägt“³⁴, ist die Bundesaufsicht verpflichtet, auf die Länder dahin einzuwirken, dass sie nach §§ 9, 10 SchKG (Anerkennung der Beratungsstellen und Überprüfung, ob die Anerkennungsvoraussetzungen fortgesetzt vorliegen) *unter Beachtung der Ausführungen des BVerfG* verfahren. Dazu gehört schon nach geltendem Recht beispielsweise die Vorlage von Aufzeichnungen, die den Schwangerschaftskonflikt des Einzelfalls konkret und nachvollziehbar beschreiben und sich zum Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Ausnahmelage im Sinne des § 219 Abs. 1 Satz 3 StGB äußern³⁵.

c) Wesentliches Aufsichtsmittel ist gemäß Art. 84 Abs. 4 GG die Mängelrüge. Weigert sich das Land, seine Mängel bei der Anwendung insbesondere des § 10 SchKG (für die Zukunft) zu beseitigen (durch entsprechendes Einwirken auf die Beratungsstellen, ggf. bis zum Widerruf der Anerkennung nach §§ 9, 10 Abs. 3 Satz 3 SchKG), kann die in Art. 84 Abs. 4 beschriebene Maßnahme (Beschluss des Bundesrates; Rechtsverletzung durch das Land; dagegen ggf. Anrufung des Bundesverfassungsgerichts) in Betracht kommen.

Einzelweisungen gegenüber den Ländern, etwa nach § 10 Abs. 3 Satz 3 SchKG vorzugehen (Widerruf der Anerkennung einer Beratungsstelle) sind der Bundesregierung allerdings verwehrt (Argument aus Art. 84 Abs. 5 GG: Fehlen eines entsprechenden Gesetzes).

Voraussetzung für das Mängelbeseitigungsverfahren ist naturgemäß eine zuvor vorgenommene Beobachtung durch die Bundesregierung³⁶. Auch an einer solchen fehlt es freilich bislang.

3. Beide Beobachtungspflichten schließen einander nicht aus, sondern stehen selbständig nebeneinander. Sie können sich deshalb ergänzen und dadurch Synergieeffekte bewirken. Im Interesse des Lebensschutzes Ungeborener und damit auch der Glaubwürdigkeit des

Rechtsstaats in diesem Bereich wäre freilich schon viel gewonnen, wenn einer der beobachtungspflichtigen Adressaten entsprechend initiativ werden würde.

V. Zusammenfassung – Kurzthesen

1. Weder der Bundestag noch die Bundesregierung sind bislang ihrer verfassungsrechtlichen Beobachtungs- bzw. Aufsichtspflicht insbesondere über die Auswirkungen des SchKG nachgekommen.

2. Insoweit besteht dringender Handlungsbedarf, weil in zunehmendem Maße das Unrechtsbewusstsein des einzelnen und der Gesellschaft über die Vornahme „beratener“ Schwangerschaftsabbrüche schwindet und sich dadurch und durch die praktische Anwendung des SchKG für Gesetzgeber wie Regierung begründeter Anlass ergibt, durch Beobachtung dieses Gesetz auf den Prüfstand zu stellen, um sich – in einem ersten Schritt – Erkenntnisse darüber zu verschaffen, ob - in einem zweiten Schritt – dieses nachgebessert oder korrigiert werden muss.

3. Der Rechtsstaat könnte seine Glaubwürdigkeit im Bereich des Lebensschutzes Ungeborener schon dadurch unter Beweis stellen (besser: wiederherstellen), dass er zumindest eine der zur Erfüllung der Beobachtungs- und Aufsichtspflicht in Betracht kommenden Maßnahmen ergreift. Antworten und Stellungnahmen der Bundesregierung auf parlamentarische Initiativen reichen dazu nicht aus.

4. Unmittelbare rechtliche Sanktionsmöglichkeiten gegen die Unterlassung der Beobachtungspflichten bestehen nicht.

5. Das verfassungsrechtliche Selbstverständnis von Gesetzgeber und Regierung (Art. 20 Abs. 3 GG) müsste diese aber veranlassen, den Schutz des ungeborenen Lebens nicht länger mit einem Tabu zu belegen.

33 H.M.; vgl. statt vieler: Mangold/Klein, a.a.O., Rdnr. 53 zu Art. 84.

34 BVerfGE 88, 203, 204 (Leitsatz Nr. 12), 286 ff.

35 BVerfGE 88, 203, 204 (Leitsatz Nr. 7), 210 (Nr. 3 der Anordnung gemäß § 35 BVerfGG).

36 Mangold/Klein, a.a.O., Rdnr. 49 zu Art. 84.

37 Zutreffend kritisiert *Büchner* a.a.O., S. 79 Fn. 77, die unzulässige Argumentation von *Huster* (Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers. Ein neues Instrument zur verfassungsrechtlichen Bewältigung des sozialen Wandels, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2003 S. 23, Fn 80) der meint, wegen des Kompromisscharakters des Beratungskonzepts könne es „nicht erstaunen, dass die Überprüfungs- und Beobachtungspflichten keine durchschlagenden Wirkungen zeitigen“. Abgesehen davon, dass bislang überhaupt keine Wirkungen dieser Pflichten festzustellen sind, widerspricht sich *Huster* selbst, indem er (a.a.O., S. 17) einräumt, dass sich die hier maßgeblichen Kontrollpflichten aus den besonderen Anforderungen ableiten, „die sich aus der Schutzpflicht für das Leben als besonders hochrangiges Rechtsgut ergeben“.

Prof. Dr. med. Dr. h.c. Johann-Christoph
Student, Bad Krozingen¹

Warum wir kein Patientenverfügungs-Gesetz brauchen – Fünf Argumente²

Krankheit, Sterben und Tod gehören zu den verunsicherndsten Ereignissen im menschlichen Leben. Schwere Krankheit, das Sterben und schließlich der Tod beschränken *per definitionem* Selbstbestimmung und Autonomie eines Menschen. Je kranker wir sind, umso mehr sind wir auf die Unterstützung anderer angewiesen, von anderen abhängig und desto stärker sind wir also fremdbestimmt.

Es gibt verschiedene Strategien, um mit dieser verunsichernden Abhängigkeit und Fremdbestimmung umzugehen. Zu diesen Strategien zählt auch das rechtliche Instrument der Patientenverfügung. In Patientenverfügungen legen Menschen (meist in gesunden Tagen) fest, was bei schwerer Krankheit getan bzw. unterlassen werden soll, wenn die Betroffenen sich aufgrund einer Bewusstseinsstörung nicht mehr deutlich äußern können. Dies erfordert von dem, der eine Patientenverfügung aufsetzt, eine intensive Auseinandersetzung mit dem eigenen Lebensende. Alleine schon diese Auseinandersetzung – insbesondere, wenn sie von Gesprächen mit Angehörigen begleitet wird – erhöht die Chance, dass seine Wünsche und Bedürfnisse am Lebensende berücksichtigt werden.

Mit dem verstärkten Einsatz von Patientenverfügungen hat sich allerdings gezeigt, dass diese nicht die in sie gesetzten hohen Erwartungen erfüllen. Es gelingt offenbar nicht, durch eine Patientenverfügung das erhoffte Maß an Sicherheit und Klarheit in allen Situationen zu bringen, in denen Entscheidungen bei bewusstlos gewordenen Menschen anstehen. Denn die komplexen Situationen, die hier eintreten, lassen sich schwerlich einmalig durch eine schriftliche Willensäußerung angemessen bewältigen.

Dem soll nun ein neues Gesetz (Patientenverfügungsgesetz) abhelfen. Aus palliativmedizinischer und psychologischer Sicht werden im Folgenden Zweifel daran angemeldet, dass ein solches gesetzgeberisches Vorhaben weise ist und zum erwünschten Ziel führt. Diese Zweifel sollen in Form von fünf Überlegungen und Argumenten skizziert werden.

I. Die Unsicherheit im Umgang mit Patienten Verfügungen resultiert nicht aus mangelnder Rechtssicherheit, sondern liegt im Phänomen von Sterben und Tod selbst begründet. Denn Leben und Sterben sind dynamische Prozesse, denen ein statisches Instrument wie die Patientenverfügung nicht gerecht werden kann.

Patientenverfügungen gehen von einem Willens-Kontinuum aus. Dies bedeutet: was ein Mensch in (relativ) gesunden Tagen angeordnet hat, soll auch im Zustand

krankheitsbedingter Bewusstlosigkeit weiterhin Gültigkeit haben. Es ist jedoch aus psychologischer Sicht zu bestreiten, dass dies sinnvoll ist. Denn unser Leben, unsere menschliche Existenz sind zu *dynamisch*, als dass ihr mit einem solchen *statischen* Verfahren Gerechtigkeit widerfahren könnte:

– Schon angesichts relativ einfacher, kurzfristiger Alltagssituationen versagt unsere Fähigkeit, Planungen und Vorhaben im Voraus exakt anzugeben, wie die tägliche Erfahrung uns lehrt.

– Noch komplizierter ist es bei schweren Krankheiten: Denn Einstellungen von Menschen verändern sich im Verlauf einer Krankheit nicht unwesentlich. Zum Beispiel werden in Abhängigkeit vom Fortschreiten der Krankheit vom Betroffenen belastendere Therapiemaßnahmen ertragen, als er dies im Vorfeld geplant hatte^{3,4,5,6,7}. Dies entspricht auch der täglichen Erfahrung in der Begleitung schwerstkranker und sterbender Menschen^{8,9}. Warum sollte dieser Veränderungsprozess ausgerechnet bei veränderten Bewusstseinslagen, wie wir sie z. B. bei der Demenz finden, aufhören?

– Bewusstlosigkeit, insbesondere wenn sie längere Zeit anhält, wie bei Wachkoma und Demenz, sind derart andersartige Seinszustände, dass wir sie uns als Gesunde überhaupt nicht angemessen vorstellen können, geschweige denn vorhersagen könnten, was wir in dieser Situation empfinden, wollen oder wünschen¹⁰.

– Hinzu kommt, dass viele unserer Einstellungsänderungen sich im Laufe unseres Lebens schleichend vollziehen und uns gar nicht bewusst werden¹¹.

Die Starre, wie sie die Patientenverfügung vorgibt, und die durch ein Patientenverfügungsgesetz noch ver-

- 1 Deutsches Institut für Palliative Care, St. Gallener Weg 2, 79189 Bad Krozingen, info@difpc.de, www.christoph-student.de.
- 2 Erweiterung eines Vortrags im Klinikum und Fachbereich Medizin der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M., 21. Juni 2007.
- 3 Salm, S.: Sterbebegleitung und Patientenverfügung – Ärztliches Handeln an den Grenzen von Ethik und Recht. Frankfurt/New York 2006.
- 4 Slevin, M.L., Stubbs, L., Plant, H.J., Wilson, P., Gregory, W.M., Armes, P.J., Downer, S.M.: Attitudes to Chemotherapy: Comparing Views of Patients With Cancer With Those of Doctors, Nurses, and General Public. *British Medical Journal* 300 (1990), S. 1458-1460.
- 5 Fagerlin, A. und Schneider, C.E.: Enough - The Failure of the Living Will, *Hastings Center Report* 34, 2004, 2, S. 30-42.
- 6 Kübler, A., Winter, S., Ludolph, A.C., Hautzinger, M., Birbaumer, N.: Severity of depressive Symptoms and Quality of life in Patients with amyotrophic lateral sclerosis. *Neurorehabilitation and Neural Repair* 19 (2005) S. 182-193.
- 7 Danis, M. et al.: Stability of Choices about life-Sustaining Treatments. *Annals of Internal Medicine* 120 (1994) 7, S. 567-573.
- 8 Tonelli, M.R.: Pulling the Plug on Living Wills. A Critical Analysis of Advance Directives. *Chest* 110 (1996), S. 816-822.
- 9 Robertson, I.: Second Thoughts on Living Wills. *Hastings Center Report* 21 (1991) 6, S. 6-9.
- 10 Student, J.-C.: Was nützen vorsorgliche Verfügungen für das Lebensende? *Betreuungsmanagement* 2 (2006) 2, S. 68-71.
- 11 Greedy, R. M. et al.: Actual and Perceived Stability of Preferences for Life-Sustaining Treatment. *Journal of Clinical Ethics* 11 (2000) 4, S. 334-46.

stärkt würde, würde also der Selbstbestimmung und Autonomie des Einzelnen einen Bärendienst erweisen. Was wir stattdessen brauchen, ist

- das Wissen um die Unsicherheit dieser Lebensphase,
- die Fähigkeit, damit angemessen umzugehen und insbesondere
- Methoden, den aktuellen Willen (sozusagen „in Echtzeit“) zu erkunden.

Die Erkundung des *aktuellen Willens* eines Menschen im Wachkoma oder der Demenz stellt eine besondere Herausforderung für die Helfenden dar und benötigt spezielle Methoden und Fertigkeiten. Diese stehen zwar durchaus zur Verfügung^{12,13}, werden jedoch viel zu selten auch genutzt. Das von manchen Juristen ersatzweise propagierte Zurückgreifen auf frühere Willensbekundungen erklärt sich womöglich aus der Unerfahrenheit mit diesen Spezialmethoden, die aber ansatzweise sogar von Laien praktiziert werden könnten¹⁴.

Die Diskrepanz zwischen antizipiertem Willen und aktuellem Willen mag erklären, weshalb Menschen, die sich mit Patientenverfügungen intensiver befasst haben, eher skeptisch sind in Bezug auf die Verabsolutierung der darin getroffenen Verfügungen. Stattdessen wünschen sie sich, dass dann, wenn sie bewusstlos werden sollten und ethische Entscheidungen über das weitere Vorgehen anstehen, alle Beteiligten (Ärzte Pflegende und vor allem die Angehörigen) intensiv miteinander ins Gespräch kommen, um gemeinsam darüber zu beraten, was der Betroffene sich jetzt vermutlich wünscht. Aus entsprechenden Befragungen spricht sogar ein erhebliches Misstrauen gegenüber der Starre von Entscheidungsprozessen, die allein auf der „Verlängerung“ eines einmal bekundeten Willens beruhen, der in einer Patientenverfügung festgehalten wurde¹⁵.

II. Eine Patientenverfügung überfordert alle Beteiligten – diejenigen, die sie aufsetzen ebenso, wie diejenigen, die sie zu befolgen suchen.

Überforderungen auf Seiten der Verfügenden

Das Aufsetzen einer wirksamen Patientenverfügung setzt bei den Verfügenden erhebliche Formulierungsfähigkeiten voraus, wie sie den meisten Menschen nicht zur Verfügung stehen dürften. Ein Beispiel für die bestehenden Schwierigkeiten stellenden die Bemühungen von Parlamentariern dar, im Voraus durch Gesetze unser Leben im Alltag zu regeln. In wie vielen Fällen müssen solche – von vielen klugen, juristisch intensiv geschulten Menschen aufgesetzte – „Verfügungen“ (Gesetze) schon nach kurzer Zeit wieder revidiert werden, weil sich zeigt, dass sie der angestrebten Intention nicht entsprechen. Damit stimmt überein, was psychologische Untersuchungen zu diesen Fragen wiederholt zutage gefördert haben¹⁶.

Vielleicht liegt hierin der Grund dafür, dass trotz einer breiten Zustimmung in der Bevölkerung zu einer hohen

Verbindlichkeit von Patientenverfügung (eine Forsa-Umfrage ergab 2005 hierzu 91 Prozent Zustimmung in Deutschland) nur ein sehr geringer Teil der Menschen ein solches Dokument besitzt: In den USA, wo es seit Jahrzehnten Patientenverfügungen gibt und für diese in erheblichem Maße geworben wird, haben nur bis zu 20% der Menschen ein solches Dokument formuliert. In Deutschland liegt die Zahl noch weit darunter: nämlich bei 2,3% wie eine repräsentative Studie zeigt¹⁷.

Überforderungen auf Seiten der Adressaten

Aber auch auf Seiten der Adressaten (insbesondere der *Pflegekräfte* und *Ärzte*) gibt es erhebliche Probleme bei der Umsetzung des Inhalts von Patientenverfügungen. Die empirischen Untersuchungen von Wehkamp^{18,19} auf Intensivstationen haben hierzu Erschreckendes zum Vorschein gebracht: Es wird nicht etwa der Inhalt der Patientenverfügung umgesetzt, sondern alleine das Faktum des Bestehens einer Patientenverfügung führt in vielen Fällen zu Entscheidungsprozessen darüber, was zu geschehen hat. Das Ergebnis hängt in stärkerem Maße von dem Alter des Kranken, seinem sozialen Status und seinem Beziehungsgeflecht ab als vom Inhalt der Verfügung. Die Ursache hierfür liegt in erster Linie in Kommunikationsproblemen der Helfenden untereinander. Die Helfenden reden nicht genügend miteinander über anstehende Entscheidungen, sondern handeln aus der Vermutung heraus, „alles sei klar“. Diese Befunde konnten jüngst durch Klie und Mitarbeiterinnen^{20,21} für Krankenhäuser und Pflegeheime bestätigt werden. Dem kann auch ein Gesetz zur Patientenverfügung schwerlich abhelfen. Denn die bestehenden gesetzlichen Regelungen sehen heute bereits einen ande-

12 Zieger, A.: Komastimulationstherapie - was wissen wir? *Neurologie & Neurologische Rehabilitation* 9 (2003) 1, S. 42-45.

13 Becker, S., Kruse, A., Schröder, J., Seidl, U.: Heidelberger Instrument zur Erfassung von Lebensqualität bei demenzkranken Menschen. *Zeitschrift für Gerontologie & Geriatrie* 38 (2005), S. 108-121.

14 Zieger, A.: Informationen und Hinweise für Angehörige von Schädel-Hirn-Verletzten und Menschen im Koma und Wachkoma (sog. apallisches Syndrom). 10. Aufl., Eigenverlag, Oldenburg 2006.

15 Sahn 2006, a.a.O.

16 Vgl. Übersicht bei Fagerlin und Schneider 2004 a. a. O.

17 Schröder, C., Schmutzer, G., Brähler, E.: Repräsentativbefragung der deutschen Bevölkerung zu Aufklärungswunsch und Patientenverfügung bei unheilbarer Krankheit. *Psychotherapie, Psychosomatik, Medizinische Psychologie* 52 (2002) S. 236-243.

18 Wehkamp, K.-H.: Sterben und Töten. Euthanasie aus der Sicht deutscher Ärztinnen und Ärzte. Ergebnisse einer empirischen Studie, *Berliner Medizinethische Schriften*, (1998) Heft 23.

19 Wehkamp, K.-H.: Die Bedeutung der Ethik für die Unternehmensentwicklung und -beratung. In: Wolf G., Dörries A. (Hg.) *Grundlagen guter Beratungspraxis im Krankenhaus*. Verlag für Angewandte Psychologie, Göttingen 2001, S. 202-214.

20 Klie, T., Lipp, J.: Autonomie am Lebensende. Die Wirklichkeit von Behandlungsabbrüchen im klinischen Alltag. *Betreuungsmanagement* 1 (2005) 3, S. 132-135.

21 Klie, T., Spatz, J.: Autonomie am Lebensende? Die Wirklichkeit von Behandlungsabbrüchen im klinischen Alltag. *Dr. med. Mabwe* 155 (2005) Mai/Juni, S. 48-51.

ren Umgang mit Patientenverfügungen vor. Dies wird auch durch entsprechende Empfehlungen der Bundesärztekammer^{22,23} unterstützt. Aber manche Verantwortlichen in Klinik und Pflegeheim orientieren sich offenbar weder an den bestehenden Gesetzen noch an solchen Empfehlungen.

Aber auch auf der Seite der *Juristen* muss hier offenbar mit nicht unerheblichen Defiziten gerechnet werden. In einer groß angelegten Befragung von Vormundschaftsrichtern konnte jüngst der Kölner Staatsrechtler Höfling²⁴ zeigen, dass die sachgerechte Umsetzung von Patientenverfügungen durch Vormundschaftsrichter in nicht unerheblichem Maß davon abhängig ist, über welchen medizinischen Kenntnisstand die Betroffenen verfügen. Dieser aber lässt Lücken erkennen, wenn z. B. der Unterschied zwischen wachkomatösen und hirntoten Menschen nicht ausreichend bekannt ist.

Ob es um diesen Kenntnisstand bei *Notaren* und *Anwälten* besser bestellt ist, harrt noch der Erkundung. Ein nachdenklich stimmendes Beispiel findet sich z. B. in der Veröffentlichung einer Rechtsanwältin für Medizinrecht, die folgende Sätze formuliert: „Neurologisch nachgewiesen hat der apallische Patient keinerlei Möglichkeiten mehr zu einem bewussten Empfinden, Wahrnehmen, Bewegen oder gar Handeln. Eine Chance, jemals wieder aufzuwachen und ins bewusste Leben zurückzukehren, besteht nicht mehr“²⁵. Richtig dagegen ist, dass es sich beim Wachkoma in vielen Fällen nur um ein Durchgangsstadium handelt²⁶. Nach 12 Monaten Wachkoma (Apallischem Syndrom) haben sich bis zu 52% der Betroffenen mehr oder weniger stark erholt. Bis zu 7% erreichen sogar ein nahezu unbeeinträchtigtes Leben²⁷. Kürzlich konnte eine britische Arbeitsgruppe sogar zeigen, dass selbst bei manchen Menschen im tiefen Wachkoma mit Bewusstsein gerechnet werden muss²⁸. Die Arbeitsgruppe um den Tübinger Neurowissenschaftler Birbaumer konnte schon 2005 Hinweise auf Sprachverarbeitung in einer nennenswerten Zahl von Betroffenen finden. Die diagnostischen Unsicherheiten beim Wachkoma sind offenbar bei *Ärzten* groß. Auf die erschreckend große Zahl von Fehldiagnosen wurde erst jüngst beim 17. Treffen der European Neurological Society (ENS) im Juni 2007 hingewiesen³⁰. Durch ein Patientenverfügungs-Gesetz könnten diese Mängel sicherlich nicht behoben werden. Es besteht jedoch die Gefahr, dass ein solches Gesetz eine Sicherheit vorgaukelt, die im Alltag kein Gegenstück findet.

III. Patientenverfügungen lassen schon jetzt den Betroffenen nur die Wahl zwischen zwei Übeln anstelle wünschenswerter positiver Alternativen. Dies bedeutet eine erhebliche Einschränkung des Rechtes auf Selbstbestimmung.

Patientenverfügungen sind ursprünglich entwickelt worden, um damit dem Paternalismus von Ärzten und

einer unerwünschten Überversorgung durch die „Apparatemedizin“ im Falle von Bewusstlosigkeit Einhalt zu gebieten³¹. Heute dagegen scheinen Patientenverfügungen vielfach eher einer Unterversorgung³² zuvorkommen zu wollen, indem sie zu lebensverkürzenden Maßnahmen auffordern. Dies jedenfalls muss man aus den zahlreichen Formulierungsvorschlägen zur Patientenverfügung und aus der Lektüre von Verfügungen, wie sie Menschen im Alltag aufgesetzt haben, schließen. Ein Leben im Wachkoma oder Demenz – beides Erkrankungen, für die sich oftmals keine angemessenen Versorgungsstrukturen finden lassen – soll z. B. durch Abbruch der Ernährung oder Unterlassen einer antibiotischen Therapie vorzeitig beendet werden. Das heißt nicht, dass diese Menschen nicht weiterleben möchten, sondern nur, dass sie sich eher ein beschleunigtes Lebensende wünschen, als unter *unwürdigen Bedingungen* weiterleben zu müssen.

Dies wird besonders deutlich, wenn man sozusagen die Gegenprobe macht: Alternativ-Wünsche wie z. B. die Aufnahme in den stationären Bereich eines Hospizes, die sich über viele Monate hin erstreckende Rehabilitation des wachkomatösen Menschen bzw. dessen heil-

22 Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung. Deutsches Ärzteblatt 101 (2004) 19, S. A 1298-1299.

23 Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis. Deutsches Ärzteblatt 104 (2007) 13, S. A 891-896.

24 Höfling, W., Schäfer, A.: *Leben und Sterben in Richterhand*. Tübingen 2007.

25 Vetter, Petra: Ernährung am Lebensende – was brauchen Menschen im Wachkoma und in der Demenz? In: Napiwotzky, A., Student, J.-Ch. (Hrsg.): *Was braucht der Mensch am Lebensende? Ethisches Handeln und medizinische Machbarkeit*. Stuttgart 2007, S. 100.

26 Ledoux, D., Piret, S., Damas, P., Moonen, G., Laureys, S.: Transitory Vegetative State at the Intensive Care Unit: Does it Exist? 17. Meeting of the European Neurological Society, Rhodos 2007, Abstract O186.

27 Hufschmidt, A., Lücking, C.H.: *Neurologie compact. Leitlinien für Klinik und Praxis*. 4. Aufl., Stuttgart 2006, S. 4.

28 Owen, A.M., Coleman, M.R., Boly M., Davis, M.H., Laureys, S., Pickard, J.D.: Detecting Awareness in the Vegetative State. *Science* 313 (2006), S. 1402.

29 Kotchoubey, B., Lang, S., Mezger, G., Schmalohr, D., Schneck, M., Semmler, A., Bostanov, V., Birbaumer, N.: Information Processing in Severe Disorders of Consciousness: Vegetative State and Minimally Conscious State. *Clinical Neurophysiology* 116 (2005), S. 2441 - 2453.

30 Schnakers, C., Vanhauwenhuyse, A., Ventura, M., Majerus, S., Pirnay, L., Bartsch, V., Pirnay, S., Diot, A., Ledoux, D., Damas, P., Damas, F., Moonen, G., Laureys, S.: Misdiagnosis of the Vegetative and Minimally Conscious State. 17. Meeting of the European Neurological Society, Rhodos 2007, Abstract P269.

31 Uhlenbruck, W.: Der Patientenbrief - die privatautonome Gestaltung des Rechtes auf einen menschenwürdigen Tod. *NJW* (1978) S. 566-570.

32 Tolmein, O.: Sterbehilfe, Pflegenotstand und das Recht auf Selbstbestimmung. In: (Un)geregelter Tod. Dokumentation der Tagung vom 22.-23.9.2006 veranstaltet von der Arbeitsstelle Neonazismus, FH Düsseldorf und Bioskop e.V. in Kooperation mit OMEGA e.V. und Bildungswerk der Humanistischen Union.

pädagogische Betreuung^{33,34,35} oder die Aufnahme eines Menschen mit Demenz in einer Einrichtung die sowohl Respekt vor der Würde des Betroffenen als auch ein Höchstmaß an Freiheit und Unabhängigkeit garantiert³⁶, finden sich weder in den Formulierungsvorschlägen noch in der Alltagsrealität von Patientenverfügungen. Solche Formulierungen wären auch weitgehend wirkungslos. Denn die entsprechenden Institutionen stehen in der gewünschten Form gar nicht zur Verfügung oder werden nicht ausreichend finanziert. Auch die vorliegenden Entwürfe zu einem Patientenverfügungsgesetz beschreiben ausdrücklich, dass ein solches Gesetz „kostenneutral“ sei.

IV. Ein Patientenverfügungsgesetz droht die bestehenden Mängel in der Versorgung von Menschen, die mit Bewusstseins Einschränkungen leben müssen, zu zementieren.

Wenn über Patientenverfügungen diskutiert wird, kommen dabei oftmals ausgesprochen abwertende Vorstellungen zum Vorschein, zumindest wird rasch von Hoffnungs- und Aussichtslosigkeit gesprochen, wenn von bewusstseinsgestörtem Leben die Rede ist. So heißt es z. B. in einer Broschüre des BMJ³⁷: „Wenn ich einmal so verwirrt bin, dass ich nicht mehr weiß, wer ich bin, wo ich bin und Familie und Freunde nicht mehr erkenne, so soll es dann auch nicht mehr lange dauern, bis ich sterbe.“ Sie replizieren damit die Vorurteile, wie sie bei Gesunden bezogen auf diese Erkrankungen und Behinderungen bestehen. Positiven Bildern^{38,39} wird dagegen kein angemessener Raum gegeben. Gleichzeitig droht hier ein gefährlicher Rückfall in Denkmuster des beginnenden 20. Jhds., die eigentlich als überwunden galten. Auch damals beherrschte die „Sicht von außen“ – d. h. die Wahrnehmung von behinderten Menschen aus der Perspektive der Gesunden – das Handeln. Diese Sichtweise ließ gerade geistig behinderte Menschen als besonders abstoßend und schließlich sogar als nicht mehr „lebenswert“ erscheinen. Heute dagegen wissen wir, dass nur die Sicht aus der Perspektive der Betroffenen handlungsleitend sein sollte und uns die positiven wie schwierigen Seiten behinderten Erlebens angemessen wahrnehmen lässt⁴⁰.

Die schon jetzt bestehende Tendenz von Patientenverfügungen, lebensverkürzende Maßnahmen in solch schwierigen Lebenssituationen zu fördern, könnte dem Wunsch entgegenkommen, solche Last auch aus finanziellen Gründen loszuwerden, indem es zu einer schleichenden Veränderung der Sozialmoral kommt. Ein Patientenverfügungsgesetz würde diese Tendenz möglicherweise noch fördern, indem es sie legitim erscheinen ließe. Schließlich könnte hieraus sogar so etwas wie eine Pflicht zum „sozialverträglichen Frühableben“ entstehen⁴¹ und könnte es normal erscheinen, mögliche Pflegeoptionen am Lebensende aufzugeben⁴².

Wenn geistige Behinderungen, wie sie das Wachkoma und die Demenz darstellen, am Lebensende negativ bewertet werden, ist es möglicherweise nur noch eine Frage der Zeit, bis entsprechende Bewertungen auch am Lebensanfang wirksam werden. Was dies für geistig behinderte Menschen, nicht zuletzt geistig behinderte Neugeborene bedeuten würde, muss an dieser Stelle nicht näher erläutert werden.

V. Die Nachteile eines Patientenverfügungsgesetzes würden sich auch auf all jene auswirken, die keine Patientenverfügung aufsetzen können oder wollen. Denn auch diese Menschengruppe würde über den Kunstgriff des „mutmaßlichen Willens“ nach analogen Regeln behandelt.

Den Risiken einer Patientenverfügung kann auch der nicht entgehen, der darauf verzichtet, eine Patientenverfügung aufzusetzen – immerhin eine erdrückende Mehrheit der Bevölkerung. Es gilt auch jetzt schon: Stehen ethische Entscheidungen am Lebensende an, wird nach analogen Regeln wie bei Vorliegen einer Patientenverfügung versucht, herauszufinden, ob sich in der Vergangenheit (in relativ gesünderen Tagen also) Äußerungen des jetzt Bewusstlosen finden lassen, die Hinweise darauf geben, was er oder sie sich jetzt wünschen würde. Dem ist mit größter Skepsis zu begegnen. Dieses Vorgehen muss sogar als methodisch fehlerhaft eingestuft werden. Wir verfügen nämlich heute über fachlich fundierte Methoden, um die *aktuellen* Wünsche und Bedürfnisse eines bewusstseinsgestörten Menschen festzustellen⁴³. Diese Methoden finden aber (vermutlich weil sie als zu aufwändig empfunden werden) heute nur in wenigen Ausnahmefällen Anwendung. Sie sind vermutlich einer Vielzahl derjenigen, die hier Entscheidungen fällen, nicht einmal bekannt.

33 Kief, M.: Wie wach ist ein Mensch im „Wachkoma“? Lebensalltag nach schweren Schädel-Hirn-Verletzungen. In: Napiwotzky, A., Student, J.-C. (Hrsg.), Fn. 25, S. 117-121.

34 Steinbach, A., Donis, J.: Langzeitbetreuung Wachkoma. Eine Herausforderung für Betreuende und Angehörige. Wien 2004.

35 Nydahl, P. (Hrsg.): Wachkoma. München/Jena 2004.

36 Trilling, A., Bruce, E., Hodgson, S., Schweitzer, P.: Erinnerungen pflegen. Unterstützung und Entlastung für Pflegenden und Menschen mit Demenz. Hannover 2001.

37 Bundesministerium der Justiz, Referat Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.): Leiden, Krankheit, Sterben. Wie bestimme ich, was medizinisch unternommen werden soll, wenn ich entscheidungsunfähig bin? Berlin 2007.

38 Kitwood, T.: Demenz. Der person-zentrierte Ansatz im Umgang mit verwirrten Menschen. 4. Aufl., Bern 2005.

39 Marshall, M., Tibbs, M.-A.: Social Work and People with Dementia. Partnership, Practice and Persistence. 2. Aufl., Bristol 2006.

40 Student, J.-C., Student, K.: Fünf Thesen zum Umgang mit lebensverkürzenden Maßnahmen bei Menschen im Wachkoma. In: Napiwotzky, A., Student, J.-C. (Hrsg.), Fn. 25, S. 83-94.

41 Von dem 1999 der damalige Ärztekammerpräsident Karsten Vilmar ironisch sprach.

42 Klie, T.: Entscheidungen am Lebensende - ethische und rechtliche Dilemmata. In: Napiwotzky, A., Student, J.-C. (Hrsg.), Fn. 25, S. 31-44.

43 S. o. Becker et al. 2005 a.a.O.; Zieger 2003.

Hierin zeigt sich auch, dass Argumente, die die Diskussion um eine Reichweitenbeschränkung⁴⁴ von Patientenverfügungen begleiten, meist zu kurz greifen. Wenn *gegen* eine Reichweitenbegrenzung angeführt wird, dass einem Menschen stets das Recht zugebilligt werden müsse, über Behandlungsoptionen entscheiden zu dürfen, könnte man dem vielleicht dann zustimmen, wenn wirklich der *aktuelle* Wille des Kranken gelten würde. Nimmt man aber den vorausverfügten Willen als Richtschnur, dann könnten Patientenverfügungen leicht zur Suizidverfügung werden: Es wird im Voraus festgelegt, dass unerwünschte Seinszustände wie Wachkoma oder Demenz möglichst vermieden werden sollten, indem das Leben durch Unterlassen von Behandlungen verkürzt wird. Dies kann aber den aktuellen Wünschen und Bedürfnissen durchaus zuwiderlaufen.

Da ein Patientenverfügungs-Gesetz auf diese Weise in erster Linie Menschen betrifft, die keine Patientenverfügung besitzen und bei denen es deshalb ausschließlich um den mutmaßlichen Willen geht, müsste eigentlich richtiger von einem „*Mutmaßlichen-Willens-Gesetz*“ gesprochen werden, statt verschleiern von einem Patientenverfügungs-Gesetz. Denn keiner der vorliegenden Entwürfe eines Patientenverfügungs-Gesetzes verzichtet auf Regelungen zum Umgang mit dem mutmaßlichen Willen bei jenen, die keine Patientenverfügung besitzen oder deren Patientenverfügung die aktuelle Situation nicht erfasst.

Die Erläuterungen zu den entsprechenden Gesetzentwürfen lassen erkennen, dass hierbei an dem eben beschriebenen, fehlerhaften Vorgehen der Willenserkundung festgehalten werden soll. Damit droht erneut die Gefahr, dass ein Patientenverfügungs-Gesetz schon jetzt bestehende Missstände zementiert. Zugleich liegt in diesem Vorgehen eine zusätzliche Einschränkung von Autonomie und Selbstbestimmung. Im Extremfall müssten Menschen nun nämlich formulieren, dass sie bewusst *keine* Patientenverfügung aufsetzen und *nicht* mit den in einem entsprechenden Gesetz festgelegten, fragwürdigen Methoden traktiert werden wollen.

Wenn wir also ein Patientenverfügungs-Gesetz brauchen, dann höchstens dazu, dass künftig der *aktuelle Wille* der Betroffenen respektiert wird und nicht wie bisher ein früher geäußertes Wille in unzulässiger Weise mit dem aktuellen Willen gleichgesetzt wird. Das würde bedeuten, dass die leidige Entscheidung des XII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003 (XII ZB 2/03) endlich korrigiert würde.

Was wir statt eines Patientenverfügungs-Gesetzes brauchen:

– Wir müssen ein Bewusstsein dafür entwickeln, dass Patientenverfügungen nur einen sehr begrenzten Wert haben. Insbesondere müssen wir eine Wahrnehmung dafür schaffen, dass von der Verabsolutierung von Festlegungen in Patientenverfügungen eine Tendenz der

Lebensfeindlichkeit und Lebensfremdheit ausgeht.

– Es sollten stattdessen alle Tendenzen gefördert werden, die zu einer *Dynamisierung* von Patientenverfügungen beitragen. Diese könnte z.B. in einer Vorsorgevollmacht⁴⁵ liegen, die mit einer Patientenverfügung gekoppelt ist, in der Bestellung von Ethikkomitees^{46,47} durch Erstellung eines Vorsorgeplans⁴⁸ u.v.a.m. Wünschenswert wäre es auch, wenn künftig Patientenverfügungen weniger das *Was* als das *Wie* von Entscheidungen regelten. Das meint, dass Patientenverfügungen vor allem die von dem Einzelnen gewünschten Strategien der Entscheidungsfindung formulieren⁴⁹.

– Hieraus könnte sich eine *neue Entscheidungskultur* entwickeln, die ernsthaft darum ringt, die aktuellen Wünsche bewusstseinsgestörter Menschen zu entdecken. Dazu gehört insbesondere, dass die kommunikative Kompetenz zwischen den Beteiligten gestärkt und ins Zentrum gestellt wird. Hier liegen wichtige Aufgaben der Aus- und Weiterbildung für die Gesundheitsberufe, um die bestehende Defizite endlich auszugleichen.

In einer solchen neuen Kultur besteht nicht nur eine Offenheit für Zweifel, sondern ist auch Raum dafür, anzuerkennen, dass die ethischen Dilemmata am Lebensende nicht durch Gesetze auflösbar sind. Wir müssen stattdessen eine angemessene Umgangsform mit diesen Dilemmata lernen – was vor allem heißt: sie auszuhalten. Wir müssen aushalten können, dass wir hier keine Lösung für Probleme erzwingen können, die in der Natur von uns Menschen einerseits und in den Risiken moderner Medizin andererseits ihre Ursachen haben. So lange wir das darin liegende Unbehagen und die verbundene Unsicherheit noch spüren, ist für die uns anvertrauten Menschen besser gesorgt als durch Gesetz, das nur eine Scheinsicherheit vermittelt.

– Nicht zuletzt aber wird es darum gehen, *glaubwürdige Alternativen* zu den jetzt häufig als problematisch und defizitär erlebten Versorgungsstrukturen für schwerbehinderte Menschen mit Bewusstseinsstörungen zu entwickeln. Dies gilt insbesondere für die Versorgung von Menschen im Wachkoma und der Demenz.

All dies macht aber kein neues Patientenverfügungs-Gesetz notwendig, denn die schon bestehenden gesetzlich

44 Reichweitenbeschränkung meint, dass eine Vorausverfügung sich nur auf die Fälle begrenzen sollte, in denen der Tod unmittelbar bevorsteht. Gegen eine Reichweitenbegrenzung wird angeführt, dass Behandlungsoptionen stets der freien Verfügbarkeit des Einzelnen unterliegen sollten.

45 Klie, T., Student, J.-C.: Die Patientenverfügung – was Sie tun können, um richtig vorzusorgen. 9. Auflage. Freiburg 2006.

46 Geisler, K.: Die Funktion der Patientenautonomie in klinischen Ethikkomitees. Eine medizinsoziologische Studie. Saarbrücken 2007.

47 Bauer, A.W.: Das Klinische Ethik-Komitee (KEK) im Spannungsfeld zwischen Krankenhaus-Zertifizierung, Moralpragmatik und wissenschaftlichem Anspruch. Wiener Medizinische Wochenschrift 9-10 (2007) S. 201-209.

48 S. Sahn 2006 a.a.O., S. 187.

49 Klie, pers. Mitteilung 2007.

chen Regelungen reichen aus⁵⁰. Die in ihnen enthaltene Unsicherheit erinnert uns mahnend daran, wie ungewiss diese Lebenszeit schon an sich ist. Ein neues Gesetz würde dagegen lediglich die schon bestehenden Versorgungsdefizite stabilisieren, neue schwierige rechtliche und ethische Fragen aufwerfen und die Selbstbestimmung und Autonomie von schwer kranken Menschen am Lebensende zusätzlich einzuschränken drohen.

Andererseits würden die oben skizzierten Verbesserungen der Versorgung von Menschen mit Bewusstseinsstörungen dazu beitragen, den Umgang mit schwer kranken und behinderten Menschen insgesamt zu verbessern und damit zu einem menschenwürdigeren Leben *und* Sterben beitragen – zu Hause ebenso wie im Pflegeheim oder Krankenhaus.

50 Klie, T., Student, J.-C.: Appell: Patientenverfügungen nicht gesetzlich regeln! Forum Sozialstation 146 (2007) S. 8-9.

rezension

Totensorge

Stephan Schenk

Die Totensorge - ein Persönlichkeitsrecht

Zivilrechtliche Untersuchung der Verfügungsbefugnis am toten menschlichen Körper

Studien zum Zivilrecht, Bd. 39

Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2007

ISBN 978-3-8300-2931-1

304 Seiten, 48,- Euro

Die Arbeit befasst sich mit zivilrechtlichen Fragen, welche sich aus dem missbräuchlichen Umgang mit dem toten menschlichen Körper ergeben. Der Autor diskutiert hierbei zunächst sowohl die juristisch durchaus brisante Frage wann ein Mensch lebt und ab wann er als tot zu bezeichnen ist. Er kommt zu dem Ergebnis, dass ein Lebensrecht bereits zum Zeitpunkt der Konjugation, also der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle besteht. Als Todesbegriff wird der so gen. „gespaltene Todesbegriff“ (für Organentnahme bzw. Bestattung) favorisiert.

Ebenso diskutiert wird die Frage nach der rechtlichen Einordnung des Leichnams. Der Autor vertritt hierbei die Auffassung, dass der Leichnam nicht als Sache zu qualifizieren ist, sondern als Rückstand der Persönlichkeit des Verstorbenen. Im Weiteren wird das Rechtsinstitut der Totensorge zunächst umfassend dargestellt. Anschließend wird geprüft, ob einzelne Problembereiche in den Schutzbereich der Totensorge mit einzubeziehen sind und ob hierdurch ein umfassender Rechtsschutz gewährt werden kann.

Ein Schwerpunkt der Arbeit liegt bei der rechtlichen Einordnung des Totensorgerechts. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung, welche von einer familienrechtlichen Einordnung ausgeht, vertritt der Autor die Auffassung, dass das Totensorgerecht personenrechtlicher Natur sei. Es handele sich um ein allgemeines Persönlichkeitsrecht der Berechtigten, in der Regel der nahen Angehörigen. Eingriffe in das Totensorgerecht sollen, sofern es an einem Willen des Verstorbenen fehlt, nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Berechtigten zulässig sein.

Auf Grundlage dieses Ergebnisses vertritt der Autor die Auffassung, dass den Berechtigten bei Verletzung des Totensorgerechts, etwa durch das ungenehmigte Fotografieren einer Leiche, eine billige Entschädigung in Geld zusteht. Als weitere Fallbeispiele werden u. a. die Organtransplantation, die Leichenschau, die Ausstellung „Körperwelten“, Crash-Tests mit Leichen und der Fall des so gen. „Erlanger Babys“ auf Rechtsverletzungen der Totensorgeberechtigten untersucht.

Insgesamt stellt die Monographie eine umfassende Aufarbeitung des Rechtsinstitutes der Totensorge dar, die sich der aktuell gehäuft auftauchenden Probleme in diesem Bereich annimmt und eine adäquate Lösung aufzeigt. (red)

Leben mit Behinderung

Doris Stommel-Hesseler

In mir ist Freude

Doris-Verlag, Mittelsaurenbach 3

53809 Ruppichteroth (02295/903658)

ISBN 978-3-9810623-0-4

286 Seiten, 80 Farbfotos, 16,90 Euro

Doris Stommel-Hesseler ist es gelungen, aus 50 Beiträgen von Eltern, Geschwistern und Großeltern behinderter Kinder aus Deutschland, Griechenland und der Schweiz ein Buch zu gestalten, das den Alltag mit behinderten Angehörigen als lebenswert beschreibt. Sie lädt den Leser ein, an Erfahrungen, in denen die Freude am besonderen Kind im Vordergrund steht, teilzuhaben. Die Texte wurden von den jeweiligen Autoren unverändert übernommen und zeigen eindrucksvolle Lebenswege.

Teilweise wussten die Eltern dieser Kinder schon während der Schwangerschaft, dass sie ein behindertes Kind erwarten. Sie haben sich ganz bewusst gegen eine Abtreibung und somit für das Leben dieses Kindes entschieden. Aus den Beschreibungen ihres familiären

Umgangs sprechen Gelassenheit, Annehmen ohne Vorbehalt, Zusammenhalt und vor allem eine ansteckende, gelebte Freude. Es wird deutlich, dass ein Leben mit Behinderung zwar „anders“ ist, aber nicht weniger erfüllend, als ein „normales“ Leben.

Ein Buch, das berührt, das Mut macht, das Hoffnung gibt und voreilige Entschlüsse während einer Schwangerschaft mit einem behinderten ungeborenen Kind verhindern kann. Ein Buch, das in keiner Schule und in keiner Schwangerschaftsberatungsstelle fehlen sollte.

aus der jvl

Juristen-Vereinigung Lebensrecht e. V.

Stellungnahme zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes

Das am 1. Juli 2002 in Kraft getretene Stammzellgesetz soll – nach seiner vollständigen Bezeichnung – der „Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen“ dienen. Es wurde nach § 1 erlassen „im Hinblick auf die staatliche Verpflichtung, die Menschenwürde und das Recht auf Leben zu achten und zu schützen“. Um dies zu gewährleisten, bezweckt es insbesondere, die Einfuhr und die Verwendung embryonaler Stammzellen grundsätzlich zu verbieten (Nr. 1) und zu vermeiden, dass von Deutschland aus eine Gewinnung embryonaler Stammzellen oder eine Erzeugung von Embryonen zur Gewinnung embryonaler Stammzellen veranlasst wird (Nr. 2). Nur unter den im Gesetz bestimmten Voraussetzungen sollen Einfuhr und Verwendung embryonaler Stammzellen ausnahmsweise zu Forschungszwecken zugelassen sein (Nr. 3).

Erste Voraussetzung für die ausnahmsweise Genehmigung der Einfuhr und Verwendung zu Forschungszwecken ist, dass die embryonalen Stammzellen in Übereinstimmung mit der Rechtslage im Herkunftsland dort vor dem 1. Januar 2002 gewonnen wurden (§ 4 Absatz 2 Nr. 1 Buchst. a). Durch diese Stichtagsregelung soll das in § 1 Nr. 2 genannte Ziel erreicht werden. Die Einführung des Stichtags 1. Januar 2002, ohne die das Gesetz keine Mehrheit gefunden hätte, sollte sicherstellen, dass, wie es u. a. die Abgeordnete Dr. Böhmer am 30. Januar 2002 im Bundestag formulierte, „auch künftig kein Embryo für die deutsche Forschung sterben muss.“

Unter dem Druck mancher Forscher wächst inzwischen die Bereitschaft, den gesetzlichen Stichtag in Frage zu stellen. Nach einem Mehrheitsvotum des (früheren) Nationalen Ethikrats soll die Stichtagsregelung durch eine Einzelfallprüfung im Verfahren zur Genehmigung des Imports und der Verwendung embryonaler Stammzellen ersetzt werden. Ein Gesetzentwurf der FDP sieht ebenfalls eine Abschaffung des Stichtags vor. Ferner wird erwogen, den festen Stichtag durch einen „nachlaufenden“ zu ersetzen oder einmalig zu verschieben. Entsprechende weitere Gesetzentwürfe werden voraus-

sichtlich in Kürze in den Bundestag eingebracht werden und zur Abstimmung stehen.

Alle diese Vorschläge laufen darauf hinaus, im Ausland die Erwartung einer verstärkten Nachfrage nach embryonalen Stammzellen aus Deutschland zu fördern. Das mit dem Stammzellgesetz bisher angestrebte Ziel, dass für deutsche Forschung kein Embryo getötet wird, würde aufgegeben und damit der Kern des Gesetzes ausgehöhlt. Mit dem Schaffen des Anreizes, menschliche Embryonen im Ausland für die deutsche Forschung zu töten, würde der Vorwurf der „Doppelmoral“ begründet, weil das Embryonenschutzgesetz eine solche Tötung zur Stammzellgewinnung verbietet. Die Einmaligkeit einer Verschiebung des Stichtags wäre nicht zu rechtfertigen, weil die für sie angeführte Begründung, es gebe jetzt neue, für die Forschung besser geeignete Stammzellen, auch für weitere Verschiebungen gelten würde.

Die Forschungsfreiheit vermag die Aufgabe des derzeit maßgeblichen Stichtags nicht zu rechtfertigen. Sie findet ihre unüberwindliche Grenze in der Menschenwürde und im Recht auf Leben des Embryos. Diese fundamentalen Rechte schließen es aus, menschliche Embryonen dem Interesse der Forschung oder dem Gesundheitsinteresse anderer Menschen im Sinne einer „Ethik des Heilens“ zu opfern oder aufs Spiel zu setzen. Abgesehen davon ist die Wahrscheinlichkeit sehr gering, mit menschlichen embryonalen Stammzellen in absehbarer Zeit Heilungserfolge erzielen zu können. Deshalb hat z. B. die Firma „Embryonic Stem Cell Int.“ (ESI) kürzlich ihren Rückzug aus der therapieorientierten Forschung mit embryonalen Stammzellen erklärt, die im Übrigen von einer Mehrheit der Deutschen abgelehnt wird. Die Forschung und Therapie mit adulten Stammzellen ist demgegenüber viel versprechender und förderungswürdig.

Die Juristen-Vereinigung Lebensrecht appelliert deshalb mit Nachdruck an die Abgeordneten des Deutschen Bundestages, allen Initiativen eine Absage zu erteilen, das geltende Stammzellgesetz zu ändern und damit zwangsläufig den Schutz menschlicher Embryonen zu gefährden. Sie ruft dazu auf, gegen solche Bestrebungen die Stimme zu erheben.

10. September 2007, Bernward Büchner, VRiVG a. D.,
Vorsitzender der JVL

Schwangerschaft ist keine Krankheit

Das Hessische Landessozialgericht (LSG) hat entschieden, dass die Bundesagentur für Arbeit für schwangere Arbeitslose mit einem ärztlichen Beschäftigungsverbot – z.B. aufgrund einer Risikoschwangerschaft – zahlen muss. Die Bundesagentur für Arbeit ist als „Ersatzarbeitgeber“ zuständig und nach dem Mutterschutzgesetz verantwortlich. Die Schwangere darf nicht auf Krankengeld der Krankenversicherung verwiesen und vom weiteren Bezug von Arbeitslosengeld ausgeschlossen werden. Im vorliegenden Fall hatte eine heute 32-jährige arbeitslose Frau aus Bad Nauheim keine weiteren Leistungen von der Arbeitsagentur erhalten, weil ihr Arzt ein Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz ausgesprochen hatte. Die junge Frau hatte bereits drei Fehlgeburten hinter sich, weshalb der behandelnde Gynäkologe die Schwangerschaft als risikobehaftet betrachtete. Die Arbeitsagentur lehnte die Weiterzahlung von Arbeitslosengeld bzw. -hilfe mit dem Argument ab, durch das Beschäftigungsverbot stehe die junge Frau ihren Vermittlungsbemühungen auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr zur Verfügung. Da auch die Krankenkasse eine freiwillige Versicherung der Schwangeren aufgrund fehlender Vorversicherungszeiten ablehnte, war sie schließlich auf die Unterstützung durch Sozialhilfe angewiesen. Mit seinem Urteil vom 20.8. verurteilte das Hessische LSG die Arbeitsagentur, Arbeitslosengeld bzw. -hilfe für den Zeitraum der Risikoschwangerschaft und die Dauer des Beschäftigungsverbot zu zahlen (Az. L 9 AL 35/04).

Das LSG stellte klar, dass eine Schwangerschaft keine Krankheit sei und daher Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz auch

nicht gegenüber der Krankenversicherung, sondern gegenüber dem Arbeitgeber ausgesprochen würden. Für Arbeitslose sei die Bundesagentur für Arbeit eine Art Ersatzarbeitgeber, sie habe daher auch die Kosten von Beschäftigungsverboten zu tragen. Gerade bei Fällen wie dem vorliegenden, in denen jede Art der Beschäftigung als potentielle Gefahr für das ungeborene Kind eingestuft worden sei, würde das Schutzinstrument des Beschäftigungsverbot ins Leere laufen, wenn die Schwangere sich weiterhin dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen müsste.

„Massiver Widerstand“ der Katholischen Kirche angekündigt

Der Leiter des Katholischen Büros in Berlin, Prälat Karl Jüsten, hat vor einer Liberalisierung des Stammzellgesetzes gewarnt. Die Politik dürfe Wirtschafts- und Forschungsinteressen nicht nachgeben, forderte Jüsten, der die deutsche Ortskirche bei der Bundesregierung und dem Parlament in Berlin vertritt, in einem Interview mit der Katholischen Nachrichtenagentur. Schon die geltenden Regelungen seien „ethisch höchst problematisch“. Jede Liberalisierung höhle den Lebensschutz des Embryos weiter aus. Gegen eine Aufweichung der geltenden Regelung kündigte Jüsten den „massiven Widerstand“ der Katholischen Kirche an.

Der Deutsche Bundestag will sich nach der Sommerpause mit dem Stammzellgesetz befassen. Dabei mehren sich inzwischen die Stimmen, die eine einmalige Verschiebung des Stichtages erreichen wollen. Derzeit dürfen deutsche Wissenschaftler vor dem 1. Januar 2002 im Ausland hergestellte Stammzellen importieren. Die FDP fordert die generelle Aufhebung des Stichtags. Große Teile der SPD sollen laut einem Bericht des Deutschen Ärzteblatts dagegen mit einer einmaligen Verschiebung des Stichtags sympathisieren. Bei der Unionsfraktion gebe es sowohl Zustim-

mung als auch Ablehnung. Laut dem Blatt will sich die CDU/CSU-Bundestagsfraktion mit dem Thema am 18. September in einer Fraktionsitzung befassen. Unterdessen bewertete Jüsten eine einmalige Verschiebung des Stichtags als zukünftige „Wanderdüne“. Es sei damit zu rechnen, dass der Stichtag dann immer wieder verschoben werde. Der Prälat nannte es bedenklich, wenn Politiker sich in Sonntagsreden „als Lebensschützer“ profilierten wollten, bei der konkreten Gesetzgebung dann aber wankten oder Wirtschaftsinteressen nachgäben. Weiter beklagte Jüsten, dass die Erfolge der ethisch unbedenklichen adulten Stammzellforschung merkwürdig ausgeblendet würden. Bei der kirchlichen Kritik an der embryonalen Stammzellforschung gehe es nicht um eine kirchliche Sonderdebatte, so Jüsten. Gefragt sei die gesamte Gesellschaft.

Däubler-Gmelin gegen Änderung des Stammzellgesetzes

Die ehemalige Bundesjustizministerin Herta Däubler-Gmelin (SPD) hat sich gegen eine Liberalisierung des Stammzellgesetzes ausgesprochen. Dazu gebe es nach wie vor keine Notwendigkeit. Däubler-Gmelin mahnte, die Bundestagsabgeordneten sollten selbstbewusst bleiben gegenüber „bestimmten Wissenschaftsvertretern und nicht über jedes Stöckchen springen, das einem hingehalten wird“. Die SPD-Politikerin nannte die Festsetzung eines neuen Stichtags sehr problematisch. Sie sehe bei den derzeit geltenden Regelungen keine Nachteile für deutsche Wissenschaftler. Zugleich verwies sie darauf, Forschungen mit adulten Stammzellen hätten gerade deutschen Wissenschaftlern bereits zahlreiche neue Erkenntnisse gebracht. Auch angesichts dessen wäre es klüger, sich auf die Förderung adulter Stammzellforschung zu konzentrieren. Däubler-Gmelin, die bei der Verabschiedung des Stammzellgesetzes Justizminister-

trends

rin war, wandte sich auch gegen die Forderung nach Wegfall der jetzt geltenden Strafandrohung für deutsche Wissenschaftler, die sich im Ausland an in Deutschland verbotenen Forschungsarbeiten beteiligen. Die Streichung dieser Sanktion wäre letztlich Zeichen dafür, dass man es mit dem Schutz des individuellen menschlichen Lebens „nicht so ernst meint“. Die Politik müsse alles verhindern, was den Eindruck erwecken könne, dass das Embryonenschutzgesetz tangiert werde.

Investoren verlieren Interesse an embryonalen Stammzellen

Eine der wenigen Firmen, die Therapien mit embryonalen Stammzellen auf den Markt bringen wollte, die „Embryonic Stem Cell International“ (ESI), hat entsprechende Pläne aufgegeben. Die Investoren, darunter der Staat Singapur, hätten das Interesse verloren, weil die Wahrscheinlichkeit „verschwindend gering“ sei, auf Basis menschlicher embryonaler Stammzellen in absehbarer Zeit Therapien zu entwickeln. Dies teilte der CDU-Bundestagsabgeordnete Hubert Hüppe unter Berufung auf einen Artikel im Wissenschaftsmagazin „Science“ vom 20. Juli mit. Demnach wolle sich ESI künftig darauf beschränken, menschliche embryonale Stammzellen sowie die daraus gezüchtete Zellen für die Grundlagenforschung und Entwicklung von Wirkstoffen zu produzieren. Der bisherige ESI-Chef Alan Colman habe sich enttäuscht darüber geäußert, dass die embryonale Stammzellforschung langsamer als erhofft vorankommt. „Dass die von ESI mit großem Pressewirbel angekündigten Therapien mit menschlichen embryonalen Stammzellen nun endgültig aufgegeben wurden, ist bezeichnend für das Missverhältnis zwischen geschürten Erwartungen und der Realität in der Stammzelldebatte“, er-

klärte Hüppe in einer Presseaussendung vom 26. Juli. Vor zwei Jahren habe es geheißt, die im Jahre 2000 gegründete ESI wolle schon 2006 als erste Firma weltweit mit klinischen Studien am Menschen aufwarten. Im November 2006 habe Colman diese Studie für Anfang 2008 versprochen. „Je länger Forschung mit menschlichen embryonalen Stammzellen betrieben wird, desto klarer werden naturwissenschaftliche Fakten, die einer hypothetischen Therapie mit embryonalen Stammzellen entgegenstehen: darunter das horrendes Tumorrisiko, die Immunabstoßung und die Instabilität der Differenzierung embryonaler Stammzellen in bestimmte Körperzellen. Spätestens der Fall ESI zeigt, dass es an der Zeit ist, embryonale Stammzellen realistisch einzuschätzen und knappe Forschungsmittel dort zu investieren, wo tatsächlich therapeutische Anwendungen zu erwarten sind. Erst recht braucht das Stammzellgesetz nicht geändert zu werden, um mehr Forschung mit embryonalen Stammzellen zu ermöglichen“ so Hüppe weiter.

Juristen streiten: Was erlaubt das Embryonenschutzgesetz?

Parallel zur Diskussion um eine Novellierung des Stammzellgesetzes drängt nun offenbar auch eine Debatte um das Embryonenschutzgesetz in das Licht der Öffentlichkeit. Laut einem Bericht der „Frankfurter Rundschau“ vom 31. Juli vertreten mehrere Juristen die Auffassung, das Embryonenschutzgesetz erlaube mehr, als bislang angenommen wurde. Konkret geht es dabei um den Wunsch von Reproduktionsmedizinern, unter mehreren künstlich befruchteten Embryonen diejenigen auswählen zu dürfen, welche nach Ansicht der Mediziner am ehesten geeignet erscheinen, sich nach dem Transfer auch in der Gebärmutter einzunisten. Nach vorherrschender Rechtsauffassung verbietet das Embryonenschutzgesetz eine solche Selektion, müssen alle im Labor erzeug-

ten Embryonen auch auf die Mutter übertragen werden (pro Zyklus max. drei). Dagegen zitiert die Frankfurter Rundschau die Kieler Juristin Monika Frommel mit den Worten: „Ziel einer künstlichen Befruchtung ist laut Gesetz ja eine Schwangerschaft. Dafür braucht man ein bis zwei entwicklungsfähige Embryonen. In vielen Fällen heißt das, dass man mehr als drei Eizellen befruchten muss.“ Denn aus vielen befruchteten Eizellen entwickle sich kein überlebensfähiger Embryo. Daraus, dass das Gesetz im Satz fünf keine Zahl nennt, leitet sie ab, „es müssen so viele befruchtet werden, wie nötig ist. Das ist der Sinn des Gesetzes.“ Entsprechend dürfe man entwicklungsfähige Embryonen auswählen.

Laut dem Blatt meldete auch der Berufsverband „Reproduktionsmedizin Bayern“ kürzlich: „Die Anzahl der befruchteten Eizellen (...) muss individuell festgelegt werden.“ Weil nicht mehr als ein oder zwei entwicklungsfähige Embryonen entstehen sollen, entstünden „planmäßig keine überzähligen entwicklungsfähigen Embryonen“. Ein Widerspruch zum Embryonenschutzgesetz existiere daher nicht. Beim Bundesgesundheitsministerium soll diese Interpretation dagegen nicht auf Gegenliebe gestoßen sein: „Diese Auslegung ist nicht akzeptabel. Der Gesetzestext ist eindeutig“, gibt die Zeitung die Auffassung des Ministeriums wieder.

Indiens Präsidentin gegen Abtreibung

Indiens neue Präsidentin Pratibha Patil hat sich in ihrer Antrittsrede deutlich gegen Abtreibungen ausgesprochen. In Indien werden vor allem Mädchen vor der Geburt getötet; Expertenschätzungen zufolge mehr als 500.000 pro Jahr. Indien zählt zu den ärmsten Ländern der Welt. Mit den vorgeburtlichen Kindstötungen suchen viele Eltern der Zahlung der traditionellen Mitgift zu entgehen.