

Ernst-Wolfgang Böckenförde

Abschaffung des § 218 StGB?

Überlegungen zur gegenwärtigen Diskussion
um das strafrechtliche Abtreibungsverbot

Die Frage, ob das derzeit geltende generelle strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs (§ 218 StGB) im Fortgang der Strafrechtsreform geändert bzw. abgeschafft werden soll, ist seit einigen Monaten nicht allein Gegenstand kontroverser rechtspolitischer Diskussionen; sie ist darüber hinaus zum Gegenstand publizistischer Kampagnen geworden¹. Diese Kampagnen zielen mehr darauf ab, eine bestimmte Meinung bzw. Stimmungslage gegen den jetzigen § 218 StGB hervorzubringen oder zu befestigen, als die vom Sachproblem her gewiß nicht einfache Diskussion durch neue Argumente weiterzuführen. Man könnte geneigt sein zu versuchen, demgegenüber eine ebenfalls (nur) meinungsmäßige Gegenfront aufzubauen, um so einen bevorstehend geglaubten Dambruch abzuwehren². Solche Emotionalisierung nützt jedoch der Sache wenig. Bei der Frage nach der Reform des strafrechtlichen Abtreibungsverbots handelt es sich nicht um ein künstlich hervorgebrachtes, sondern um ein wirklich vorhandenes Problem, das zugleich an Grundsatzfragen der Rechtsordnung und des ethisch-sittlichen Fundaments unseres Staates rührt. Es kann nicht durch gelenkte Spontanaktionen und Proteste, sondern, wenn überhaupt, nur durch eine sachbezogene, sich auf Argumente stützende Auseinandersetzung einer in sich begründeten und allgemein akzeptablen Lösung nähergebracht werden. Dazu ist es erforderlich, daß jede Seite, so wohlbegründet und unabdingbar ihr eigener Standpunkt auch sein oder scheinen mag, bereit ist, sich auf die Diskussion einzulassen und sich damit der Infragestellung der eigenen Position im Hinblick auf ihre Begründbarkeit auszusetzen.

¹ Vgl. etwa die *Illustrierte der stern*, Nr. 24/1971, das Nachrichtenmagazin *Der Spiegel*, Nr. 23/1971, S. 134 ff., die Unterschriftensammlung „Aktion 218“ sowie etliche weitere Berichte in Presse und Fernsehen.

² So offenbar bereits im vergangenen Jahr das Passauer Bistumsblatt, wenn es angesichts von Reformüberlegungen zu § 218 StGB, deren Inhalt noch keineswegs bekannt war, davon sprach, der Bundesjustizminister wolle „Mord“ freigeben. Neuerdings verbreitet das Bischöfl. Generalvikariat Essen ein Flugblatt gegen die Aufhebung des § 218 StGB, das offensichtlich mehr auf meinungsmäßige Stimulierung als auf sachliche Diskussion und Überzeugung abzielt, vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 21. 7. 1971, S. 3.

I. Der Ausgangspunkt der Diskussion

Fragen wir zunächst nach dem *Ausgangspunkt*, von dem aus eine Diskussion um die Notwendigkeit bzw. Berechtigung des strafrechtlichen Abtreibungsverbots in einem religiös-weltanschaulich neutralen Staat geführt werden kann und muß.

1. Dieser Ausgangspunkt kann nicht die christliche Moral- und Sittenordnung als solche sein. Das ist heute, im Unterschied zu früheren Zeiten, auch unter Christen und insbesondere Katholiken anerkannt³. Staatliche Rechtsordnung und christliche Moral- und Sittenordnung liegen auf verschiedenen Ebenen; sie sind nicht beziehungslos voneinander getrennt, aber nach Zielsetzung und Funktion voneinander unterschieden. Man gebraucht gern das Bild zweier sich schneidender Kreise, die einen gemeinsamen Vektor haben, um dieses Verhältnis deutlich zu machen. Aber dieser Vergleich bringt das spezifische Beziehungsverhältnis zwischen rechtlicher und sittlich-moralischer Ordnung nicht adäquat zum Ausdruck. Entscheidend ist nicht so sehr, daß es einen gemeinsamen Bereich zwischen rechtlicher und sittlicher Ordnung gibt, daß also bestimmte ethisch-sittliche Fragen zugleich rechtliche Fragen sind und umgekehrt – das ist sicher zutreffend, und der Schutz menschlichen Lebens ist ein klassisches Beispiel dafür –, sondern daß ethisch-sittliche Fragen und Probleme von der Rechtsordnung unter einer besonderen, aus Aufgabe und Funktion des Rechts sich ergebenden Fragestellung geregelt werden und geregelt werden müssen, und daß eben diese Fragestellung von der der sittlich-moralischen Ordnung unterschieden ist. Auch in dem Bereich, wo Recht und sittliche Ordnung sich „decken“, ist es nicht Sache der staatlichen Rechtsordnung, ethisch-sittliche Gebote und Verbote nach Inhalt und Umfang ohne weiteres zu übernehmen, d. h. als Rechtsgebote und -verbote aufzustellen und zu sanktionieren, sondern nur insoweit, als die spezifische Aufgabenstellung der Rechtsordnung dies erfordert oder nahelegt. Auch in diesem Bereich bedarf es daher einer spezifisch rechtlichen, d. h. aus den Zusammenhängen des Rechts gewonnenen Begründung, um ethisch-sittliche Normen auch als notwendige Rechtsnormen zu erweisen oder zu postulieren.

2. Die Aufgabe des Rechts in der modernen Gesellschaft läßt sich, kurz gefaßt, umschreiben als die verbindliche, auf soziale Geltung abzielende Regelung des äußeren zwischenmenschlichen Zusammenlebens in einer Weise, die äußeren Frieden, persönliche Freiheit und Sicherheit für alle und jeden einzelnen sowie die Ermöglichung angemessener Wohlfahrt sichert bzw. verbürgt. Diese Umschreibung dürfte unabhängig sein von spezifischen religiösen oder weltanschaulichen Zielvorstellungen; sie ist nicht an einem Vollendungszustand orientiert, sondern an Zielen, die notwendige Elemente

³ Siehe dazu die vom Vorsitzenden der Deutschen Bischofskonferenz, Kardinal Döpfner, und dem Vorsitzenden des Rates der EKD, Bischof Dietzelbinger, herausgegebene Denkschrift „Das Gesetz des Staates und die sittliche Ordnung“ (Gütersloh, Trier 1970) S. 11 f.: „Allgemein wird heute anerkannt, daß weder die spezifischen christlichen Wertvorstellungen noch Wertvorstellungen anderer Weltanschauungsgruppen durch die staatlich gesetzte Rechtsordnung verwirklicht werden können. . . . Religionen und Weltanschauungen dürfen nicht der Versuchung erliegen, sich mit den Mitteln der staatlichen Rechtsordnung als alleinberechtigt durchzusetzen.“

des sozialen Zusammenlebens in einer Gesellschaft darstellen, die von der Subjektstellung des Menschen, seiner personalen Freiheit und Würde als dem maßgeblichen Orientierungspunkt für die Gestaltung ihrer Ordnung ausgeht. Die Rechtsordnung ist, so gesehen, nicht primär Tugend- und Wahrheitsordnung, sondern Friedens- und Freiheitsordnung⁴. Um der Freiheit der einzelnen willen beschränkt sie sich darauf, nur die Mindestbedingungen eines geordneten sozialen Zusammenlebens, nicht die vielleicht wünschbaren Maximalbedingungen rechtsverbindlich festzulegen; sie ist, um das Wort Georg Jellineks aufzugreifen, „ethisches Minimum“. Das schlägt sich auch in den Kriterien nieder, nach denen sich die Strafwürdigkeit menschlichen sozialen Verhaltens bestimmt. Das Prinzip ist hier nicht, ethisch-sittliches Fehlverhalten als solches zu ahnden, sondern dasjenige Verhalten zu bestrafen, durch das die Grundlagen eines geordneten sozialen Zusammenlebens in erheblichem Maße gestört werden (Prinzip der Sozialschädlichkeit) und das durch andere, weniger eingreifende Mittel nicht ferngehalten werden kann.

Auch und gerade von dieser Grundlage aus, die nicht spezifisch religiös-weltanschaulich bestimmt ist, erscheint der Schutz des menschlichen Lebens als ein unabdingbares Prinzip jeder Rechtsordnung, die wirklich *Rechtsordnung* und nicht lediglich eine Art funktionierender Sozialtechnik sein will. Dies allgemeine Prinzip hat das Grundgesetz der Bundesrepublik ausdrücklich anerkannt und positiv formuliert. Es normiert das „Recht auf Leben“ in Art. 2 II als ein Grundrecht für jedermann. Die ausdrückliche Aufnahme dieses Rechts auf Leben in den Grundrechtskatalog – neben dem Recht auf Freiheit der Person und körperliche Unversehrtheit, die zum traditionellen Bestand rechtsstaatlicher Verfassungen gehören – ist im gemeindeutschen Verfassungsrecht ohne Vorläufer⁵. Die Vermutung ist nicht abwegig, daß die Väter des Grundgesetzes hiermit auf eine bewußte Abwehr der lebensmißachtenden Praxis des NS-Regimes abzielten und damit auf einen besonderen Schutz des menschlichen Lebens durch den Staat⁶.

3. Ist durch diese verfassungsrechtliche Anerkennung des Rechts auf Leben auch der Schutz des noch ungeborenen bzw. werdenden menschlichen Lebens mit verbürgt? Diese Frage kann nicht unter Hinweis darauf beantwortet werden, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Rechtsfähigkeit des einzelnen erst „mit Vollendung der Geburt“ (§ 1 BGB) beginnt. Die Verfassung läßt sich nicht anhand des BGB auslegen, sie muß vielmehr aus sich selbst, also hier aus dem in Art. 2 II GG festgelegten Prinzip interpretiert werden. Einen ausdrücklichen Hinweis gibt der Text des Grundgesetzes nicht, und auch die Beratungen im Parlamentarischen Rat, in denen das Problem gesehen

⁴ E.-W. Böckenförde, Religionsfreiheit als Aufgabe der Christen, in dieser Zschr. 176 (1964/65), S. 209 f.

⁵ Vgl. Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Rdnr. 8 zu Art. 2 II.

⁶ Das Bestreben, gegen den Rechtsmißbrauch der NS-Zeit feste Dämme zu bauen, tritt in den Beratungen des Parlamentarischen Rates zu den Grundrechten verschiedentlich als Leitprinzip hervor; dazu H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 1. Aufl. Frankfurt, Berlin 1953, Einleitung zum Grundrechtsabschnitt, S. 34 ff. v. Mangoldt war selbst Mitglied des Parlamentarischen Rates und Vorsitzender des Grundsatzausschusses, der den Grundrechtsteil des GG beraten hat.

wurde, geben keinen sicheren Anhaltspunkt dafür, daß als Träger des Rechts auf Leben auch das werdende menschliche Leben angesehen oder daß es davon ausgeschlossen wurde⁷. Geht man auf das in Art. 2 II GG festgelegte Prinzip zurück, so kommt es darauf an, ob der Unterschied zwischen ungeborenem bzw. werdendem menschlichen Leben und geborenem menschlichen Leben so schwerwiegend und essentiell ist, daß sich daraus eine Rechtfertigung dafür ergibt, den von Art. 2 II GG normierten Schutz erst beim geborenen menschlichen Leben einsetzen zu lassen bzw. ihn darauf zu beschränken. Das ist indessen nicht der Fall. Medizinische und anthropologische Forschung sind sich heute darüber einig, daß es sich beim Übergang vom werdenden menschlichen Leben zum lebenden Menschen nicht um eine zu irgendeinem Zeitpunkt stattfindende Zäsur, sondern um eine kontinuierliche, nach eigenem Telos verlaufende Entwicklung handelt, deren biologisch-physiologische Voraussetzungen schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt, sei es unmittelbar mit der Befruchtung, sei es mit Abschluß der Nidation, gegeben sind⁸. Allenfalls für diesen sehr frühen Zeitpunkt kann von einem qualitativen Übergang, dem Übergang vom (nur biologischen) Leben zum (werdenden) *menschlichen* Leben die Rede sein. Es wäre somit ein Akt reiner juristischer Dezision, ohne Rückbindung an das Sachproblem, den besonderen Schutz des Rechts auf Leben erst mit der Geburt – ungeborene Kinder sind generell nach dem 7. Schwangerschaftsmonat, bei besonderen Hilfestellungen schon nach dem 6. Schwangerschaftsmonat außerhalb des Mutterleibes lebensfähig –, oder erst mit dem 7., 6. oder 4. Schwangerschaftsmonat – hier ist es nurmehr ein Zeitablauf, von dem die selbständige Lebensmöglichkeit abhängt – beginnen zu lassen. Solche dezisionären Festlegungen verfügen im Grunde über das menschliche Leben; indem sie schutzwürdiges von (noch) nicht schutzwürdigem menschlichen Leben ab- und unterscheiden, machen sie sich zum Herrn über menschliches Leben, statt ihm zu dienen⁹.

Es sind daher sowohl allgemeine, aus dem Grundcharakter der modernen, an der Subjektstellung des Individuums orientierten Rechtsordnung gewonnene Gründe als auch positiv verfassungsrechtliche, die dazu führen, daß der Schutz menschlichen Lebens, den die Rechtsordnung zu gewährleisten hat, das geborene menschliche Leben

⁷ Siehe dazu den Bericht über die einschlägigen Beratungen bei v. Doemming-Fußlein-Matz, Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes: Jahrbuch des öffentl. Rechts, NF Bd. 1 (1951), S. 61.

⁸ Vgl. aus der neueren Literatur: Blechschmidt, Vom Ei zum Embryo, 1968; Kirchhoff, Der Beginn des Lebens aus biologischer Sicht: Beiträge zur gerichtlichen Medizin, H. 27, 1970; Zimmer, Der Beginn des Lebens: Deutsches Ärzteblatt 1968; ferner H. W. Lay, Zum Begriff der Leibesfrucht in § 218 StGB: Juristenzeitung 1970, S. 465 ff.

⁹ Soll wirklich der konkrete Mensch Subjekt, „Zweck an sich selbst“ für die staatliche und gesellschaftliche Ordnung sein, so muß das folgerichtig zu einer Art „Definitionsverbot“ für den Menschen führen; denn jede Definition macht den Gegenstand, den sie definiert, zu ihrem Objekt, verfügt über ihn durch Ein- und Ausgrenzung. Den Hinweis verdanke ich Prof. Robert Spaemann, Stuttgart. Für den Rechtsbereich läßt sich dieses Prinzip nicht unmittelbar verwirklichen, weil die Rechtsordnung auch im Hinblick auf den Menschen ohne Definition nicht auskommt. Aber seine Anwendung besteht darin, daß alle Definitionen über den Menschen nur deklaratorische, Ausdruck für etwas dem Recht Vorgegebenes, nicht aber konstitutivsetzende, als Ausdruck einer rechtlichen Entscheidung, sein dürfen.

ebenso wie das noch ungeborene, werdende menschliche Leben umfaßt¹⁰. Geborenes wie (noch) ungeborenes menschliches Leben stellen, vom Prinzip her, in gleicher Weise ein zu schützendes Rechtsgut dar¹¹. Das schließt nicht aus, daß die Rechtsordnung für den Schutz beider Formen menschlichen Lebens unterschiedliche Regelungen trifft. Das ungeborene, werdende menschliche Leben ist durch eine einzigartige biologische und existentielle Verbindung mit dem Leben der Mutter gekennzeichnet; daraus können spezifische Konfliktsituationen entstehen, die schwierige Abwägungsprobleme aufwerfen, für die die Rechtsordnung eine jeweils angemessene, das Lebensrecht der Mutter ebenso wie das Lebensrecht des werdenden Lebens berücksichtigende Lösung finden muß.

4. Man kann die Frage aufwerfen, ob es nicht in der Konsequenz der bisherigen Überlegungen liegt, nicht nur einen allgemeinen Schutz des werdenden menschlichen Lebens durch die Rechtsordnung, sondern auch dessen *strafrechtlichen* Schutz für unabdingbar geboten zu erachten. Vom geltenden Verfassungsrecht her hat Dürig diese These vertreten: Gäbe es den § 218 StGB nicht, so sei der Gesetzgeber kraft der Verfassungspflicht zum Schutz auch des werdenden menschlichen Lebens gehalten, ihn einzuführen¹². Dem ist Herzog, wie Dürig Kommentator des Grundgesetzes, mit dem Hinweis entgegengetreten, daß es der politischen Entscheidung des Gesetzgebers überlassen sei, in welcher Weise er den durch Art. 2 II GG gebotenen Schutz des werdenden menschlichen Lebens realisiere¹³. Die hier aufgerichtete Alternative trifft m. E. nicht den Kern des Problems. Das Prinzip, das sich aus allgemeinen Überlegungen ergeben hat und das die Verfassung positiv-rechtlich sanktioniert, ist der wirksame Schutz des menschlichen Lebens einschließlich des werdenden Lebens durch die staatliche Rechtsordnung. Da es sich dabei um ein unbedingt zu schützendes Rechtsgut handelt, ist der Staat grundsätzlich gehalten, auch das stärkste und eingreifendste Schutz- und Abwehrmittel, das ihm zu Gebote steht, nämlich die Androhung und Verhängung von Strafen, einzusetzen. Aber diese Strafsanktion ist ihrerseits nicht Selbstzweck – der moderne Staat vertritt nicht die Stelle von Gottes Richtermacht –, sondern steht in einem intentionalen Zusammenhang: Vermag sie ihr Ziel, den Schutz werdenden menschlichen Lebens, in der konkreten Wirklichkeit in keiner Weise mehr zu erreichen, führt sie statt dessen vielmehr erhebliche Schädigungen für das soziale Zusammenleben

¹⁰ Für den Bereich des Verfassungsrechts wird das von der herrschenden Meinung anerkannt. Vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1956, Anm. V 2 zu Art. 2 II, S. 186; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Rdnr. 21 zu Art. 2 II; Herzog in: Juristische Rundschau 1969, S. 442; Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, 2. Aufl. 1971, S. 203; wohl auch Maunz, Deutsches Staatsrecht, 17. Aufl. 1969, S. 115; ohne Aussage Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, 4. Aufl. 1970, S. 150.

¹¹ Mit Klarheit und Sinn für die menschliche Würde hat dieses Prinzip bereits das preußische Allgemeine Landrecht von 1794, ein Werk des aufgeklärten Absolutismus, formuliert (§ 10 I 1): „Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis.“

¹² Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 22 zu Art. 2 II.

¹³ Juristische Rundschau 1969, S. 445.

herbei, oder dient sie nur dazu, andere mögliche und wirksamere Schutzmaßnahmen, die aber kostspieliger sind, zu unterlassen, so wird ihre Notwendigkeit und auch ihre Berechtigung fragwürdig; sie verliert dann im eigentlichen Sinn ihren Gemeinwohlbezug¹⁴.

II. Die Notwendigkeit einer Reform

Werden die bisherigen Überlegungen als Ausgangspunkt der Diskussion um den § 218 StGB akzeptiert – sie könnten m. E. eine gemeinsame Basis sein, auf die sich alle Bürger unseres Staates, ungeachtet verschiedener religiös-weltanschaulicher Grundhaltungen, einigen könnten –, so liegt allerdings zunächst die Frage nahe, ob denn eine Reform des Abtreibungsverbots überhaupt notwendig sei. Erscheint nicht gerade ein generelles strafrechtliches Verbot, wie es das geltende Recht vorsieht, als notwendige Konsequenz der staatlichen Schutzverpflichtung gegenüber dem werdenden menschlichen Leben? Dieser Eindruck kann – und muß – entstehen, wenn man nur auf die Seite der Norm blickt. Die Strafnorm des § 218 StGB ist, abstrakt und in sich betrachtet, begründet; sie bezweckt den Schutz eines nicht um anderer höherer Zwecke und Ziele willen, sondern um seiner selbst willen bestehenden Rechtsguts. Aber wie ist ihre Wirkung und wie sieht die Wirklichkeit aus, die sich unter ihrer Geltung und der sie handhabenden Praxis entwickelt hat? Der Jurist, der es nicht allein mit in sich begründeten Prinzipien, sondern mit einer auf Verwirklichung, auf effektive soziale Geltung angelegten und auch angewiesenen Ordnung zu tun hat, kann von dieser Seite nicht absehen und muß sie in seine Überlegungen einbeziehen.

1. Die Schätzungen über die *Zahl der jährlichen illegalen Abtreibungen* in der Bundesrepublik schwanken beträchtlich, weil exaktes statistisches Material darüber naturgemäß nicht zur Verfügung steht¹⁵. Orientiert man sich an den Schätzungen der medizinischen Literatur, die die in bestimmten Kliniken behandelten Abort-Fälle zum Ausgangspunkt nehmen und dadurch einen gewissen objektiven Bezugspunkt haben, so ergibt sich bei bewußt vorsichtiger Einschätzung eine Zahl von 200 000 bis 400 000¹⁶. Das sind etwa 25–40% der Lebendgeburten. (Die Zahl der Lebendgeburten betrug 1968: 969 825; 1969: 903 458; 1970: 810 000¹⁷.) Demgegenüber liegt die Zahl der bei der Polizei bekannt gewordenen Abtreibungsfälle in den letzten 10 Jahren zwi-

¹⁴ Dieser Zusammenhang wird in der „Stellungnahme der Bischofskonferenz zur Strafrechtsreform“ vom 25. 9. 1970 übersehen.

¹⁵ Ausführliche Angaben dazu enthält die Antwort des Bundesministers der Justiz auf die Kleine Anfrage des Abg. Dr. Vogel und der Fraktion der CDU/CSU betr. die Problematik der Abtreibung: Deutscher Bundestag Drucksache VI/2025, S. 2/3.

¹⁶ Unsicherheitsfaktoren sind auch bei dieser Schätzungsgrundlage vorhanden, vgl. die Darlegungen in der angeführten Drucksache VI/2025, S. 3. Es wird daher, um auf einigermaßen zuverlässigem Boden zu argumentieren, die untere Grenze der Schätzungen in Ansatz gebracht.

¹⁷ Drucksache VI/2025, S. 2/3.

schen 3842 für 1961 und 1005 für 1969, wobei sich mit der Ausnahme eines Jahres eine kontinuierlich abnehmende Kurve abzeichnet¹⁸. Da nach Ansicht der medizinischen Literatur die Zahl illegaler Abtreibungen in den letzten 15 Jahren, bedingt durch den zunehmenden Gebrauch empfängnisverhütender Mittel, rückläufig ist, also für 1961 eine Schätzung von 400 000 illegalen Abtreibungen sicher nicht zu hoch gegriffen sein dürfte, ergibt sich ein Bekanntheitsgrad von etwa 0,5–1 % oder, umgekehrt formuliert, eine Dunkelziffer von 99–99,5 %. Diese Zahlen beziehen sich, wohlgemerkt, auf die durch Anzeige oder sonstwie der Polizei *bekannt* gewordenen Fälle, nicht auf die aufgrund solchen Bekanntwerdens dann aufgeklärten Fälle, deren Zahl noch darunter liegt.

Überblickt man die Zahl der wegen Abtreibungsdelikten erfolgten gerichtlichen Verurteilungen, so ist auch diese – bedingt durch die Dunkelziffer – denkbar gering. Sie schwankt, wiederum kontinuierlich abnehmend, zwischen 1865 für 1961, 947 für 1965 und 605 bzw. 626 für 1966 bzw. 1967¹⁹. Wichtiger noch als diese Zahl ist die Art der erfolgten Bestrafung. Die Schwangeren selbst, die die Abtreibung vornahmen bzw. vornehmen ließen (sog. Selbstabtreibung), wurden in nahezu 90 % aller Fälle lediglich mit Geldstrafe oder mit einer zur Bewährung ausgesetzten Gefängnisstrafe unter 3 Monaten bestraft. Die Einzelaufschlüsselung für 1967 ergibt folgendes Bild: verurteilte Erwachsene insgesamt 301, davon zu Geldstrafe 116, zu Freiheitsstrafe bis 1 Monat 63 (ausgesetzt zur Bewährung 62), zu Freiheitsstrafen von 1 bis 3 Monaten 96 (ausgesetzt 90), von 3 bis 6 Monaten 22 (ausgesetzt 22), von 6 bis 9 Monaten 3 (ausgesetzt 2)²⁰.

Diese statistischen Daten sprechen für sich. Sie lassen die Frage mehr als berechtigt erscheinen, ob und in welchem Umfang der gegenwärtige Rechtszustand wirklich noch einen Schutz für das werdende menschliche Leben darstellt oder ob, überspitzt formuliert, der § 218 StGB dadurch gilt, daß er im Grunde nicht angewandt wird. Und ebenso erhebt sich die Frage, was denn ein strafrechtlicher Schutz des werdenden Lebens bedeutet, der dessen Abtötung in mehr als einem Drittel der Fälle lediglich mit Geldstrafen, in weiteren 50 % mit ausgesetzten Freiheitsstrafen von nicht mehr als 3 Monaten ahndet, sie also unter die Klein- und Bagatelldelikte einreicht. Liegt in einer solchen Bewertung nicht eine schlimmere Entwertung des werdenden menschlichen Lebens, als wenn eine Bestrafung überhaupt unterbliebe?

Dies ist indes nur die eine Seite der Sache. Hinzu kommen die sog. *negativen Wirkungen*, die der derzeitige Rechtszustand angesichts der geschilderten Gegebenheiten hervorruft. Sie liegen einmal darin, daß ein Gesetz, dessen soziale Geltungskraft so

¹⁸ Die Einzelangaben für jedes Jahr finden sich in der Anm. 15 erwähnten Antwort des Bundesjustizministers, Drucksache VI/2025, S. 4.

¹⁹ Die Angaben für die Jahre 1961 bis 1966 bei H.-J. Rudolphi, Straftaten gegen das werdende Leben: Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 83 (1971), S. 105 Anm. 1; für 1967 aus: Bevölkerung und Kultur, hrsg. v. Statist. Bundesamt, Reihe 9, Die Rechtspflege, 1968, S. 110/111 und 258/259 (in der Zahl 626 sind die nach Jugendstrafrecht ergangenen Verurteilungen miteingefügt).

²⁰ Bevölkerung und Kultur, a. a. O. (Anm. 19), S. 110/111. Die Strafen für die nach Jugendstrafrecht Verurteilten sind in dieser Aufschlüsselung nicht enthalten.

problematisch und gering ist, daß es in dem geschilderten Ausmaß ohne Sanktionsfolgen laufend übertreten werden kann, dem Prinzip der Rechtsgeltung als solchem, einem wichtigen Faktor des Gemeinwohls gerade in einem freiheitlich demokratischen Staat, in hohem Maße abträglich sein muß. Gesetze, die nicht angewandt, zur sozialen Wirksamkeit gebracht werden, sind ein Schaden für die Rechtsordnung insgesamt; sie tragen, über den konkreten Fall hinaus, zum Abbau der Gesetzesloyalität der Bürger bei. Es kann auch, zumal in unserer informationsgesättigten Zeit, nicht ausbleiben, daß sich die Situation, daß hier ein Gesetz besteht, das der praktischen Geltung und entschiedenen Durchsetzung so sehr ermangelt, schnell „herumspricht“ und die erwähnten schädlichen Folgen auslöst. Die öffentlichen Selbstbezeichnungen der letzten Monate beweisen es.

Zu den negativen Wirkungen gehört zum andern, und das erscheint noch schwerwiegender, daß hier praktisch ein „Zufallsstrafrecht“ entsteht. Wer bei einem Bekanntheitsgrad von 0,5–1 % bzw. einer Dunkelziffer von 99–99,5 % schließlich vor den Richter kommt und bestraft wird, verdankt das nicht mehr der generellen Geltung und Durchführung des Gesetzes, sondern irgendeinem „Zufall“; er hat, im eigentlichen Sinn, Pech gehabt. Die Justiz, berufen zur gleichmäßigen Wahrung und Anwendung des geltenden Rechts, wird teils zum Büttel für den Austrag privater Streitigkeiten und Racheakte, denn solche sind es vornehmlich, die bei dieser Dunkelziffer das Delikt doch noch an den Tag bringen, teils zum Vollzugsorgan für polizeiliche Zufallstreffer. Eben dies bringt wiederum die Gerichte dazu, in weitem Umfang Minimalstrafen zu verhängen, weil sie sich – mit Recht – solcher Umfunktionierung zu entziehen trachten und der Gerechtigkeitsbezug einer auf Zufall beruhenden „vollen“ Strafe nicht einzusehen ist.

Eine dritte negative Wirkung liegt darin, daß der § 218 StGB einerseits die zahllosen Abtreibungen nicht mehr abzuwehren vermag, andererseits aber, wegen der aufrechterhaltenen formellen Illegalität, die Abtreibungswilligen vielfach in die Isolierung treibt – sie können sich „offiziell“ niemand anvertrauen, entbehren daher auch des helfenden Zuspruchs – und dazu zwingt, daß die Ausführung der Abtreibung, wenn sie schon geschieht, sich im „Dunkeln“ vollzieht, d. h. überwiegend bei Kurpfuschern, Engelmacherinnen und dergleichen, was nicht selten zusätzliche schwere gesundheitliche Schäden für die Schwangeren mit sich bringt²¹.

2. Was ergibt sich aus dieser Lage als Schlußfolgerung? Zunächst: Der hier geschilderte Tatbestand läßt sich nicht schon dadurch entkräften und um seine Herausforderung bringen, daß man auf die Dunkelziffern bei anderen Straftaten und das auch in

²¹ Wenngleich die in der öffentlichen Diskussion gelegentlich genannte Zahl von mehreren Tausend, ja 15 000 Todesfällen jährlich als Folge illegaler Schwangerschaftsunterbrechung in den Bereich der Phantasie gehört – die Gesamtzahl der gestorbenen Frauen im Alter von 15 bis 45 Jahren hat z. B. 1967 nur 12 957 betragen (vgl. Drucksache VI/2025, S. 5) –, besteht andererseits kein Anlaß, diese gesundheitlichen Schädigungen zu bagatellisieren oder sie mit dem – pharisäischen – Hinweis auf die „eigene Schuld“ der Schwangeren beiseitezuschieben.

anderen Bereichen des sozialen Lebens auffindbare Auseinanderfallen von Norm und Wirklichkeit hinweist. Es ist zwar richtig, daß eine Diskrepanz von Norm und sozialer Wirklichkeit nicht schon als solche bedenklich ist und die Anpassung der Norm an die Wirklichkeit erforderlich macht. Ein derartiges Auseinanderfallen ist vielmehr in gewissen Grenzen eine allgemeine Erscheinung des sozialen Lebens. Jede Norm, auch die Rechtsnorm, entfaltet gerade dadurch ihre verhaltensmotivierende Kraft und ihren normativen Anspruch, daß sie sich mit der sozialen Wirklichkeit, die sie normiert, nicht deckt, sondern zu ihr in einer Differenz steht, ihr fordernd gegenübertritt. Daher ist es auch grundsätzlich verkehrt, unter Berufung auf ein soziologisches Verständnis des Rechts die Aufhebung des Auseinanderfallens von Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit zur Maxime der Rechtsgestaltung zu erklären.

Die Situation wird jedoch anders, wenn das Spannungsverhältnis zwischen Norm und Wirklichkeit ein bestimmtes Maß überschreitet. An dieser Stelle erhebt sich ein für die Rechtsordnung spezifisches und zugleich unumgebares Problem, das für Ethik und Moralordnung nicht in gleicher Weise besteht. Als ein normatives System, das um seiner sozialordnenden (Gemeinwohl-)Funktion auf soziale Geltung angelegt und auch angewiesen ist, muß die Rechtsordnung so gestaltet sein bzw. werden, daß die einzelne Rechtsnorm die soziale Wirklichkeit, die sie regeln und ordnen will, und die sittlichen Anschauungen der Adressaten, an die sie sich wendet, in irgendeiner Weise trifft. Sie kann (und muß möglicherweise) zur sozialen Wirklichkeit und zur bestehenden Sozialmoral in ein Spannungsverhältnis treten, gerade um bestimmte, von Rechtsprinzipien her gebotene Verhaltensweisen abzustützen oder allererst herbeizuführen, aber dieses Spannungsverhältnis darf nicht sozusagen absolut werden. Tritt dies ein, so kommt es zu der Situation, daß die rechtliche Norm an der sozialen Wirklichkeit vorbeiläuft, sie nicht mehr „greift“, daß die regelmäßig freiwillige Befolgung der Rechtsnorm durch die Rechtsgenossen abhanden kommt, die eine Bedingung für die Wirksamkeit und Aktualisierbarkeit der staatlichen Zwangsgarantie gegenüber den Rechtsbrechern ist²². Die Rechtsnorm schützt und sichert dann nicht mehr, wo sie Schutz und Sicherung gewähren soll, sondern trägt eher dazu bei, die staatliche Rechtspflege zu korrumpieren (Anklage als „Zufall“, Justiz als Mittel zur Austragung von Privatfehden, Ahndung mit Minimalstrafen usw.).

Die Rechtsordnung kann diesem Dilemma, wenn man es so nennen will, nicht entkommen. Jede rechtliche Normierung muß auf die Standards der Sozialmoral und des gesellschaftlichen Bewußtseins Rücksicht nehmen, darauf irgendwie bezogen sein, will sie sich nicht von vornherein ihrer sozialen Wirksamkeit berauben. Das gilt auch dann, wenn diese Standards, gemessen an ethisch-sittlichen Prinzipien, als „brüchig“

²² Die Einhaltung einer Rechtsnorm, auf die die Rechtsgenossen mit Massenegehorsam antworten, kann auch nicht, es sei denn mit Terror, durch die staatlichen Organe „erzwungen“ werden. Bedingung der Wirksamkeit der staatlichen Zwangsgarantie ist, daß sie nur gegen „Außenseiter“ eingesetzt zu werden braucht. Eine Rechtsordnung, die, bildlich gesprochen, nur „gilt“, wenn hinter jedem Bürger ein Polizist steht, verliert daran ihren Charakter als Rechtsordnung.

erscheinen. Auch und vielleicht gerade dann bedeutet ein Weniger an rechtlichem Gebot, das aber Widerhall in der Rechtsgemeinschaft findet und wirklich durchsetzbar ist, ein Mehr an normativer und sozialer Wirkung. Denn auch die positiv bewußtseinsbildende und motivierende Kraft des Rechts hängt davon ab, daß es nichts für das menschliche Durchschnittsverhalten Unerreichbares, bezogen auf die gegebenen empirischen Standards, verlangt. Das Recht ist, generell und zumal in einem demokratischen Staat, kein Mittel, ethisch-sittliche Haltungen und Anschauungen, deren Vorhandensein in Überzeugung und Haltung der Rechtsgenossen prinzipiell fragwürdig geworden oder gar weggefallen ist, koste es was es wolle, zu stabilisieren oder wieder hervorzubringen. Insbesondere strafrechtliche Gebote und Verbote stehen unter der Notwendigkeit, sich bei der normativen Regelung schwieriger und z. T. extremer Konfliktlagen – und niemand bestreitet ja, daß es beim § 218 StGB um eine solche Konfliktmaterie geht – an dem in der gegebenen geistig-gesellschaftlichen Gesamtsituation für den Durchschnittsbürger objektiv Zumutbaren zu orientieren, wobei diese Zumutbarkeit zwar unabhängig vom individuellen Fall, aber nicht unabhängig von der generellen subjektiven Verfaßtheit dieser Menschen bestimmt werden kann²³. Alles dies ist, was die prinzipielle Seite der Problematik angeht, übrigens bereits von einem Klassiker unter den christlichen Rechtsdenkern gesehen und gesagt worden²⁴.

3. Das Problem, das die gegenwärtige Wirklichkeit des § 218 StGB aufgibt, ist damit freilich noch nicht „dem Grunde nach“ gelöst. Denn die Situation wird dann in besonderer Weise prekär, wenn nicht nur solche rechtliche Normen oder Grundsätze, die zwar ihren Rang haben, über die man aber auch diskutieren kann, in ein unüberbrückbares Spannungsverhältnis zur sozialen Wirklichkeit geraten, sondern wenn dies

²³ Man mache sich klar, welcher Unterschied z. B. zwischen einem gläubigen Christen, der aus seinem Glauben heraus jeden Menschen als Ebenbild Gottes begreift, und einem Nichtchristen, dem diese Betrachtung verschlossen ist, im Hinblick auf die (objektiv) mögliche „Antwort“ auf eine durch Vergewaltigung entstandene Schwangerschaft besteht.

²⁴ Vgl. Thomas v. Aquin, *Summa Theologica* I, II, qu. 96 art. 2. Der Artikel antwortet auf die Frage, ob durch das menschliche Gesetz alle moralischen Fehler (*omnia vitia*) verboten werden sollen. Die Antwort ist so sehr von Sachnähe gekennzeichnet, daß sie ausführlich zitiert wird: „Das Gesetz wird als eine Regel bzw. als ein Maßstab für die menschlichen Handlungen gegeben; ein Maßstab muß aber dem homogen sein, wofür er als Maßstab gilt. Verschiedenes wird nämlich mit verschiedenen Maßen gemessen. Daher ist es notwendig, daß auch die Gesetze den Menschen nach ihrer (sittlichen) Beschaffenheit (*conditionem*) gegeben werden; denn, wie Isidor sagt, muß das Gesetz (für die Menschen) erfüllbar sowie der Natur gemäß und der Gewohnheit (*consuetudinem*) des Vaterlandes gemäß sein. Die Fähigkeit bzw. das Vermögen des Handelns geht aber aus dem inneren Habitus bzw. der Beschaffenheit hervor: Denn nicht dasselbe ist demjenigen möglich, der den Habitus der Tugend nicht hat, und demjenigen, der ihn hat. . . . Das menschliche Gesetz wird aber einer Gemeinschaft von Menschen gegeben, in der der größere Teil nicht in der Tugend vollendet ist. Daher werden durch das menschliche Gesetz nicht alle Fehler (*vitia*) verboten, deren sich die Tugendhaften enthalten, sondern nur die schwereren, deren sich auch der größere Teil der Gemeinschaft enthalten kann, und vorzüglich solche, die auf die Schädigung der Mitmenschen abzielen, ohne deren Verbot (also) die staatliche Gemeinschaft nicht erhalten werden kann.“ Auf den Einwand, daß sittliche Fehler aber doch schon durch das natürliche Gesetz verboten seien, antwortet Thomas unter Berufung auf Augustinus, daß die „*lex humana*“ „*deficit a lege naturali*“ (ebd. art. 2 ad 4).

bei einem so fundamentalen Rechtsprinzip wie der Unantastbarkeit menschlichen Lebens, das für eine Rechtsordnung letztlich unauflösbar ist, an einer bestimmten Stelle eintritt. Und eben dies kennzeichnet die Lage beim Abtreibungsverbot. Sind im ersten Fall pragmatische Abwägungen und Lösungen durchaus möglich und evtl. angebracht, so besteht in letzterem Fall sehr leicht die Gefahr, daß um einer – in ihrer Notwendigkeit durchaus einsehbaren – relativen Annäherung von Norm und Wirklichkeit willen, die das Ziel verfolgt, der Norm wieder größere Wirksamkeit zu verleihen, ein Prinzip preisgegeben oder doch fundamental durchbrochen wird, das auch und gerade von einer modernen Rechtsordnung unbedingt verteidigt werden muß.

Aber kann nun diese Gefahr, die nicht zu leugnen ist, eine Rechtfertigung sein, es einfach beim bisherigen Rechtszustand zu belassen? Wohl nicht. Denn gerade dieser Rechtszustand bedeutet ja, verschließt man die Augen nicht vor der Rechtswirklichkeit, die er hervorgebracht hat, daß der Schutz des werdenden menschlichen Lebens kaum mehr wirksam ist. Wer ihn gleichwohl allein deshalb für gut oder akzeptabel hält, weil hier in der normativen Sphäre noch eine heile Welt in Form eines generellen Verbots besteht, und sich nicht dadurch herausfordern läßt, daß diese normative Sphäre die Wirklichkeit so wenig ergreift, geht an dem eigentlichen Problem vorbei. Er verschafft sich auf eine recht einfache, die Verantwortung für die zahllosen Abtreibungsoffer vernachlässigende Art ein prinzipientreues „gutes Gewissen“. Die Fragestellung, von der aus die verschiedenen Reformbestrebungen zu beurteilen sind, kann daher nicht darauf isoliert werden, wieweit sie das bisherige Prinzip des generellen Abtreibungsverbots preisgeben, sie muß vielmehr die sein, wieweit sie geeignet erscheinen, den gegenwärtigen *schlechten Zustand* im Hinblick auf den Schutz des werdenden menschlichen Lebens und des Lebens der Mutter zu verbessern oder ihn weiter verschlimmern. Auch darf die Frage nicht umgangen werden, welche gesellschaftlichen Ursachen die derzeitige Diskrepanz von Norm und Wirklichkeit mit herbeigeführt haben und wie ihnen begegnet werden kann, und inwieweit die bisherige Regelung vielleicht deswegen in so großem Umfang wirkungslos geworden ist, weil in ihr die Grenzen der Zumutbarkeit²⁵ im Hinblick auf bestimmte Konfliktslagen überschritten waren²⁶. Daß dieses Zumutbarkeitsprinzip für die staatliche Rechtsordnung bei der Festlegung von Strafvorschriften Geltung beanspruchen kann, hat auch die Erklärung des Kommissariats der deutschen Bischöfe anerkannt, indem sie die derzeit geltende Ausnahme vom Abtreibungsverbot, die sog. medizinische Indikation, die im Widerspruch zu den für Katholiken gültigen Vorschriften des kanonischen Rechts steht, für das staatliche Recht respektiert²⁷. Die Frage ist freilich, ob damit dem Zumutbarkeitsprinzip in der gegenwärtigen Situation bereits ausreichend Rechnung getragen ist.

²⁵ Über den hier gemeinten Begriff der Zumutbarkeit siehe oben S. 156.

²⁶ In diesem Sinn ausdrücklich A. Eser, Reform der Schwangerschaftsunterbrechung, in: Die Medizinische Welt 22 (1971), S. 726.

²⁷ Nach c. 2350, § 1 CIC ist jede gezielte Tötung werdenden menschlichen Lebens untersagt auch dann, wenn das werdende Leben infolge besonderer Komplikationen das Leben der Mutter mit dem Tod bedroht oder ohne Eingriff Mutter und Kind – medizinischer Voraussicht nach – sterben werden.

Zugleich muß man sich über folgendes klar werden. Angesichts des sozialen Tatbestands der Abtreibung, wie er derzeit besteht, auf der einen, des Prinzips der unbedingten Schutzwürdigkeit menschlichen Lebens auf der andern Seite, bleibt jede Lösung, die einen Ausweg aus dem gegenwärtigen Auseinanderfall von Norm und Wirklichkeit sucht, irgendwie unbefriedigend. Eine ideale, allseits befriedigende Lösung kann es hier prinzipiell nicht geben. Man sollte das auch aussprechen und zugeben, daß Gegenstand der Diskussion und Auseinandersetzung eigentlich ist, eine Lösung zu finden, die die am wenigsten unbefriedigende ist.

III. Die Vorschläge einer zeitlich begrenzten Strafflosstellung

Die Reformvorstellungen, die gegenwärtig in der Öffentlichkeit am stärksten propagiert werden, haben in der einen oder andern Weise zum Ziel, unter gewissen Voraussetzungen die Abtreibung während der *ersten 3 Schwangerschaftsmonate* straffrei zu lassen²⁸. Diese Vorschläge können nicht von vornherein disqualifiziert werden. Es gilt vielmehr, sachlich-nüchtern zu fragen, ob mit ihnen das Ziel, welches, wenn nicht alle, so doch die meisten ihrer Verfechter damit verfolgen, nämlich das werdende menschliche Leben wie auch das Leben der Mutter wirksamer als bisher zu schützen²⁹, erreicht werden kann. Der Gedankengang der Befürworter ist etwa folgender: Da auch ein generelles Abtreibungsverbot zahllose Abtreibungen nicht verhindert, zudem die erwähnten negativen Begleitwirkungen hat, erscheint es richtiger, während einer begrenzten Zeit die Abtreibung unter der Voraussetzung straflos zu lassen, daß die Schwangere vorher eine Beratungsstelle aufsucht und/oder den Eingriff von einem Facharzt vornehmen läßt. Dadurch wird es möglich, dem Entschluß der Schwangeren zur Abtreibung – in den Beratungen oder durch ärztliche bzw. sonstige Vertrauenspersonen – positiv entgegenzuwirken³⁰; es werden ferner Schädigungen der Schwangeren durch Kurpfuscher etc. vermieden, und es läßt sich für die spätere Zeit das generelle Verbot (mit Ausnahme bestimmter Indikationen) entschieden und wirksam handhaben.

Dieser Gedankengang erscheint, denkt man über ihn näher nach, nicht stichhaltig. Vielmehr steht zu befürchten, daß der erhoffte Rückgang der Zahl der Abtreibungen

²⁸ Dazu gehören der Mehrheitsvorschlag des Alternativ-Entwurfs (AE) eines Strafgesetzbuchs, der Vorschlag des Juristinnenbundes, Vorschläge von Teilorganisationen innerhalb der SPD und der Vorschlag der FDP.

²⁹ Dies gilt insbesondere von den Vertretern des Mehrheitsvorschlags des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, vgl. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs. Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbbd., Tübingen 1970, S. 26.

³⁰ In diesem Sinn insbes. die Begründung des Mehrheitsvorschlags des Alternativ-Entwurfs, vgl. a. a. O. (Anm. 29), S. 27.

dadurch nicht erreicht, das Prinzip des unbedingten Schutzes menschlichen Lebens aber aufgegeben wird. Diese Bedenken gründen sich auf folgende Überlegungen:

1. Wird die Schwangerschaftsunterbrechung innerhalb der ersten drei Monaten unter den erwähnten Voraussetzungen straflos gestellt, so kann nicht davon ausgegangen werden, daß etwa die Ärzte einen solchen Abbruch nur dann vornehmen werden, wenn ein wirklicher Indikationsfall, d. h. eine ernste Gefahr für Leben oder Gesundheit der Mutter vorliegt. Es wird zahlreiche Ärzte geben, die so handeln und schwangere Frauen oder Mädchen entsprechend beraten, aber es besteht, soziologisch gesehen, kein hinreichender Grund für die Annahme, daß dies die allgemeine Haltung der Ärzteschaft sein wird. Es kann auch von der Ärzteschaft weder erwartet noch ihr zugemutet werden, daß sie von sich aus, aus ihrem eigenen Ethos heraus, ein Prinzip aufrecht und wirksam erhält, das der Gesetzgeber als rechtliche Norm aufzustellen bzw. festzuhalten sich nicht hat entschließen können. Dieser Vorschlag bedeutet daher in seiner rechtlichen Wirkung, daß innerhalb der ersten drei Schwangerschaftsmonate es der Entscheidung der Schwangeren überlassen bleibt, ob sie ihr Kind behalten will oder nicht, daß ihr, m. a. W., die Dispositionsbefugnis über die Fortexistenz des werdenden menschlichen Lebens eingeräumt wird. Er wird auch in der Gesellschaft so aufgefaßt werden. Darüber können noch so kunstvoll stilisierte Formulierungen des Tatbestands nicht hinweghelfen³¹. Es wird also das Prinzip, daß menschliches Leben, einschließlich des werdenden menschlichen Lebens, ein Rechtsgut ist, das seinen Wert in sich selbst hat, daher grundsätzlich unantastbar und von der Rechtsgemeinschaft unbedingt zu schützen ist, an einer wichtigen Stelle durchbrochen bzw. aufgegeben.

2. Die Erwartung, daß eine solche Regelung gleichwohl zu einem wirksameren Schutz des werdenden menschlichen Lebens und des Lebens der Mutter als bisher führen werde (sog. Eindämmungswirkung), beruht auf Annahmen, deren Stichhaltigkeit meines Erachtens äußersten Zweifeln begegnet. Diese Erwartung setzt einmal voraus, daß die jetzige generelle Strafvorschrift praktisch *überhaupt keine* verhaltenslenkende Kraft mehr entfaltet, d. h. keine oder kaum eine Schwangere mehr von einer Abtreibung abhält oder ihr – was oft übersehen wird – gegenüber dem Ansinnen einer Abtreibung durch Dritte (unehelicher Vater, Verwandte) einen Schutz verleiht. Das ist bislang nicht bewiesen; es dürfte auch mangels einschlägiger empirischer Erhebungen, freilich ebenso in der anderen Richtung, nicht zu beweisen sein. Man ist also auf begründbare Vermutungen angewiesen. Hier sprechen indessen für die Vermutung, daß die Strafnorm des § 218 StGB eine zwar im Vergleich zu anderen Strafnormen durchaus geringe, aber dennoch in eine Rechnung zu stellende verhaltenslenkende Wirkung

³¹ Es muß erstaunen, wenn die Vertreter des Mehrheitsvorschlags des Alternativentwurfs meinen, die gesetzestechnische Fassung der Straflosigkeit als Ausnahme könne dartun, daß die Bestimmung *nicht* als willkürliche Freigabe der Vernichtung werdenden Lebens zu verstehen sei, vgl. Alternativentwurf, a. a. O. (Anm. 29), S. 31. So wenig soziologischen Blick und Erfahrung über die „Parallelwertung in der Laiensphäre“ traut man diesen Reformern eigentlich nicht zu.

ausübt, die besseren Gründe³². Das gilt vor allem für den Schutz der Schwangeren gegenüber Abtreibungsansinnen Dritter³³.

Diese Erwartung setzt zum anderen voraus, daß bei Wegfall einer generellen Strafvorschrift die Vielzahl illegaler zugunsten legaler Abtreibungen zurückgeht und damit einerseits eine positive, auf Verhinderung der Abtreibung gerichtete Beratung, andererseits ein Schutz der Schwangeren vor den schädlichen Folgen unsachgemäßer Eingriffe möglich wird. Auch das bleibt eine vage Vermutung. Die Erfahrungen, die Schweden mit dem ersten großen Liberalisierungs-Schritt gemacht hat, bestätigen diese Vermutung keineswegs³⁴, und die Entwicklung in Großbritannien mit seiner jetzt 21/2-jährigen liberalisierten Regelung der Schwangerschaftsunterbrechung läßt eher auf das Gegenteil schließen. Danach hat die Zahl der klinischen Behandlungen nach sog. künstlichen Aborten (der Anknüpfungspunkt für die Schätzung illegaler Abtreibungen) nicht abgenommen, wohl aber sind zahlreiche legale Schwangerschaftsunterbrechungen hinzugekommen³⁵.

3. Dem stehen auf der anderen Seite die prinzipiellen negativen Folgewirkungen gegenüber, die dadurch eintreten müssen, daß das Prinzip der Unantastbarkeit menschlichen Lebens, einschließlich des werdenden menschlichen Lebens, durchbrochen wird.

Es erscheint ausgeschlossen, angesichts dieser Durchbrechung noch ein prinzipielles Argument zu finden, das die sog. Euthanasie von vornherein unzulässig macht. Das Argument, daß werdendes *menschliches* Leben erst nach dem dritten Schwangerschaftsmonat beginnt, also auch von dort an erst die Unantastbarkeit menschlichen Lebens datieren könne, ist nach heutiger medizinischer und anthropologischer Erkenntnis unhaltbar; der wissenschaftliche Meinungsstreit geht hier allenfalls darum, ob dies mit der Befruchtung oder mit der Nidation entstehe. Es wird also bei dem Vorschlag durch eine rechtliche Entscheidung willentlich über den Beginn der Schutzwürdigkeit menschlichen Lebens verfügt³⁶. Wenn aber über den Beginn, aus welchem Grund soll es dann ausgeschlossen sein, daß auch über das Ende und überhaupt über Kriterien der (unbedingten) Schutzwürdigkeit des menschlichen Lebens willentlich befunden werden kann? Der Weg zur souveränen Entscheidung über den Lebenswert menschlichen Lebens durch die Menschen ist, so sehr das den Intentionen der Befürworter dieses Vor-

³² Die Befürworter der Änderung gehen auch selbst nicht davon aus, daß die Gesellschaft über den § 218 StGB schon zur Tagesordnung übergegangen sei; sonst wäre es wenig sinnvoll, sich für diese Änderung so nachdrücklich einzusetzen.

³³ Darauf weist auch H.-J. Rudolphi, Straftaten gegen das werdende Leben, a. a. O. (Anm. 19), S. 118, hin.

³⁴ Vgl. Lang-Hinrichsen, Juristenzeitung 1963, S. 725.

³⁵ Dazu das Umfrageergebnis der British Medical Association bei 570 Frauenärzten, angeführt in einem Bericht in der Schweizer Ärztezeitung Bd. 51 (1970), S. 1315 ff.

³⁶ Auch die Berufung auf gleichartige Auffassungen in der frühen Kirche, die, wie z. B. Augustinus, von einer „Beseelung“ des Embryos erst nach 40 Tagen bzw. 3 Monaten ausgingen, kann das nicht rechtfertigen.

schlags zuwider sein mag, hier beschritten³⁷. Es ist auch kein einleuchtendes Argument dafür zu finden, daß das Lebensrecht des noch ungeborenen menschlichen Lebens von dem des geborenen so prinzipiell verschieden sei, daß im einen Fall die Dispositionsbefugnis einer anderen Person, der Mutter, über dieses Lebensrecht prinzipiell möglich, im andern Fall dagegen von vornherein ausgeschlossen sein soll. Die besondere biologische und existentielle Verbindung des werdenden menschlichen Lebens mit dem Leben der Mutter, durch die spezifische und für Außenstehende schwer nachvollziehbare Konfliktsituationen entstehen können, rechtfertigt und erfordert zwar besondere Regelungen (z. B. anderes Strafmaß, Zulassung bestimmter Indikationen, Anerkennung besonderer Schuld- oder Strafausschließungsgründe), aber sie kann nicht die Entscheidungsfreiheit der Mutter über den Fortbestand des noch ungeborenen menschlichen Lebens rechtfertigen³⁸.

Eine wirksame Ahndung des Schwangerschaftsabbruchs *nach* der Dreimonatsfrist wird, entgegen allen Erwartungen, kaum erreichbar sein. Denn da die prinzipielle Unverfügbarkeit auch des werdenden menschlichen Lebens durchbrochen ist, haftet der Zäsur gerade an dieser Stelle das Moment der Willkürlichkeit an und sie muß die Strafwürdigkeit der Abtreibung überhaupt in Frage stellen. Denn was wird hier eigentlich bestraft? Kriterium der Strafwürdigkeit ist ja nicht mehr der Angriff auf das werdende menschliche Leben als solcher – es ist in diesem Zusammenhang aus dem Kreis beachtenswerter Rechtsgüter ausgeschieden –, sondern Kriterium ist ein bestimmter Zeitpunkt, zu dem dieser Angriff erfolgt³⁹. Aus welchem Grund soll aber eigentlich die gleiche Tat, eine Woche vorher begangen straflos, eine Woche später ausgeführt, strafwürdiges kriminelles Unrecht sein? Das einzig ersichtliche Argument, daß nach dem dritten Monat die gesundheitliche Gefahr für die Schwangere selbst erheblich größer ist, gibt dafür keinen zureichenden Grund ab. Denn eine strafrechtlicher Sanktion fähige allgemeine Pflicht, Gefährdungen der *eigenen* Gesundheit zu vermeiden und sich gesund zu erhalten, kennt unsere Rechtsordnung bislang nicht. Das Strafrecht wird hier in Polizeirecht umgedacht. Es läßt sich daher mit ziemlicher Sicherheit voraussagen, daß die gerichtliche Praxis für die Strafe bei verbotenen Abtreibungen nach dem dritten Schwangerschaftsmonat bei Minimalstrafen bleiben wird.

³⁷ Der Hinweis auf die Euthanasie im Dritten Reich, der in diesem Zusammenhang in der öffentlichen Diskussion nicht selten gebracht wird, hat deshalb nicht den Charakter einer böswilligen Denunziation, sondern weist auf einen – leider – bestehenden sachlichen Zusammenhang hin.

³⁸ Zu diesem Ergebnis kommt allerdings neuestens für die Zeit bis zum 6. Schwangerschaftsmonat der Heidelberger Strafrechtslehrer Bemann, der für die Schwangere eine permanente defensive Notstandssituation gegenüber den Beeinträchtigungen ihrer Entfaltungsmöglichkeit, die von dem werdenden menschlichen Leben ausgehen, annimmt (das werdende Kind erscheint also als rechtswidriger Angreifer auf Rechtsgüter der Mutter) und dann eine generelle Duldungspflicht der Schwangeren selbst für die normalen Beeinträchtigungen durch die Schwangerschaft verneint. Vgl. G. Bemann, Zur Frage der Strafwürdigkeit der Abtreibung: Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 83 (1971), S. 91 ff. Hier wird der Individualismus in sein Extrem, das den eigenen Kollaps herbeiführt, übersteigert; schon der im Strafrecht sonst immer wieder herangezogene Gedanke der *Sozialadäquanzt*, hier für das Verhalten des werdenden Lebens, kommt gar nicht ins Blickfeld.

³⁹ Sehr eindringlich wird dies dargelegt bei Rudolphi, a. a.O. (Anm. 19), S. 124 ff.

IV. Mögliche Wege einer Reform

Die kritischen Bedenken, die gegenüber den sog. Dreimonats-Vorschlägen geäußert wurden, zeigen zugleich die Richtung an, in der eine Reformlösung, die den Schutz des werdenden menschlichen Lebens und des Lebens der Mutter gegenüber dem bisherigen, höchst unbefriedigenden Zustand verbessern will, ohne dabei die prinzipielle Unantastbarkeit auch des werdenden menschlichen Lebens im Ergebnis preiszugeben, gesucht werden muß.

1. Der Ausgangspunkt für die strafrechtliche Regelung kann, auch wenn man den sozialen Tatbestand der Abtreibung, wie er heute besteht, ernst nimmt und die weitgehende Wirkungslosigkeit der jetzigen Strafnorm in Rechnung stellt, kein anderer sein als ein *generelles Verbot des Schwangerschaftsabbruchs*. Jede andere Lösung, so sehr sie aus rein kriminalpolitischen Erwägungen sich nahelegen mag⁴⁰, gibt etwas preis, das eine Rechtsordnung, die den (konkreten) Menschen und seine Würde in den Mittelpunkt stellt, nicht preisgeben darf. Auch die hohe Dunkelziffer bei Abtreibungsdelikten ist kein stichhaltiger Einwand. Diese beruht ja zu einem erheblichen Teil auf der völligen eigenen Schutzunfähigkeit des werdenden Lebens, dem auch in aller Regel keine Person zur Seite steht, die seine Vernichtung verhindern oder zur Kenntnis der Strafverfolgungsorgane bringen kann⁴¹. Diese besondere Schutzunfähigkeit des werdenden menschlichen Lebens kann aber am allerwenigsten Anlaß sein, ihm auch noch den Schutz durch eine Strafnorm zu entziehen.

Zu diesem generellen Verbot können und müssen indessen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand vermehrt *Indikationstatbestände*, die im einzelnen genau zu umgrenzen sind, hinzutreten. Indem dadurch objektive Unzumutbarkeiten des jetzigen Rechts, gemessen am heutigen Bewußtseinsstand der Menschen und ihrem ethisch-sittlichen Vermögen, beseitigt werden, die Strafnorm auf diese Weise menschlicher und erfüllbarer wird, weil sie nicht mehr ohne Berücksichtigung extremer Konfliktslagen einfachhin ethisch-sittliche Höchstleistungen einfordert, ist zugleich die Chance gegeben (freilich keine Gewißheit), daß das Verbot in seiner neuen Umgrenzung stärker als das bisherige wirksam und in der Rechtspraxis angewandt wird.

Dies ist aber nur die eine Seite. Ebenso wichtig, wenn nicht gar wichtiger sind *gesellschaftspolitische Maßnahmen*, die, soweit möglich, die gesellschaftlichen Bedingungen beseitigen, aus denen heute vielfach der Beschluß zu illegalen Abtreibungen entsteht. Die Mehrzahl der Abtreibungsfälle hat ihren Grund ja nicht in Bequemlichkeit, Streben nach ungehemmtem Lebensgenuß oder ungestörter Berufskarriere – obwohl es nicht wenige solcher Fälle gibt –, sondern in materiellen, sozialen, familiären und psychischen Notsituationen, aus denen man auf diese Weise einen Ausweg sucht. Gegenüber hier möglichen Veränderungen und Verbesserungen darf das Strafrecht

⁴⁰ Der Verfasser gesteht, daß er selbst aus diesen Erwägungen eine Zeitlang geschwankt hat, ob die Dreimonats-Lösung in der einen oder andern Form nicht doch akzeptabel sein könne.

⁴¹ Vgl. Rudolphi, a. a. O. (Anm. 19), S. 120.

im Grunde nur einen „subsidiären“ Charakter haben. Es ist auch nicht nur Sache des Staates, sondern ebenso Sache der Gesellschaft selbst, in diesem Feld tätig zu werden, insbesondere durch Bezeugung von Solidarität. Ein Beispiel aus dem kirchlichen Bereich: Wieviele illegale Abtreibungen mögen durch die Mißachtung mitverursacht sein, die dem unehelichen Kind und einer ledigen Mutter gerade im kirchlichen Raum und in sog. gut-katholischen Elternhäusern lange Zeit entgegengebracht wurde und teilweise heute noch wird?

2. Die vorzusehenden Indikationstatbestände dürfen nicht die Funktion haben, auf anderem Wege das gleiche Ergebnis wie bei der Dreimonats-Freigabe zu erreichen. Grundlage für mögliche Indikationstatbestände muß ihr *Ausnahmecharakter* sein und das Vorliegen einer objektiven *Notstandssituation*. Von einer solchen Notstandssituation läßt sich einmal dann sprechen, wenn zwei gleichwertige Rechtsgüter miteinander in Konflikt stehen (z. B. Leben und Gesundheit der Mutter gegen Leben und Gesundheit des ungeborenen Kindes), zum andern dann, wenn die Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft nach objektiven Gesichtspunkten, nicht nur nach den subjektiven Vorstellungen der Schwangeren, unzumutbar erscheint. Kriterien der Unzumutbarkeit können dabei nicht nach bestimmten religiös-sittlichen Überzeugungen, sie müssen nach den Maßstäben einer säkularen Rechtsordnung bestimmt werden⁴². In solchen Konfliktsfällen kann die Rechtsordnung sich, ohne das Prinzip der Unverfügbarkeit menschlichen Lebens preiszugeben, des strafrechtlichen Unwerturteils enthalten. Dies sollte allerdings, um Ausuferungen vorzubeugen, nicht in einer nur beispielhaft erläuterten Generalklausel geschehen, wie es der Minderheiten-Vorschlag des Alternativ-Entwurfs vorsieht⁴³, sondern durch Aufzählung und Umgrenzung einzelner sog. Indikationstatbestände. Nähere Beachtung verdient ferner die von A. Wimmer aufgeworfene Frage⁴⁴, die hier nicht weiter verfolgt werden kann, ob solche Indikationstatbestände als Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe oder ganz oder teilweise als eine Art Stafverfolgungshindernis formuliert werden sollen, um dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß die Rechtsordnung insoweit die Beurteilung von Unrecht und Schuld dem Urteil des einzelnen überläßt.

An einzelnen Indikationstatbeständen wäre neben der bisherigen medizinischen Indikation zunächst die sog. *ethische Indikation* (genauer: Vergewaltigungsindikation) in Betracht zu ziehen. In dieser extremen Konfliktslage, wo werdendes menschliches Leben durch ein Verbrechen an der Mutter entstanden ist, mit allen Folgen, die das für deren seelische Verfassung hat, erscheint es möglich, daß die Rechtsordnung davon absieht, die Schwangere mit Strafsanktion zur Austragung der Schwangerschaft zu zwingen. Dies freilich nur aus dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit, nicht wegen eines minderen Lebensrechts des auf diese Weise entstandenen menschlichen Lebens.

⁴² So mit Recht A. Eser, a. a. O. (Anm. 26), S. 725.

⁴³ Vgl. Alternativ-Entwurf, a. a. O. (Anm. 29), S. 40.

⁴⁴ August Wimmer, Schutz des werdenden Lebens im kommenden Strafrecht: Der Katholische Gedanke, 1970, S. 93.

Hinzutreten kann und sollte ferner eine Indikation, die in Anlehnung an A. Wimmer⁴⁵ am besten als „*extreme Hilfslosigkeitsindikation*“ bezeichnet wird. Deren Tatbestand wäre dabei dahin zu umgrenzen, daß eine nicht behebbare menschliche und/oder soziale Verlassenheitssituation vorliegt, die bei der Schwangeren zu einer Art seelischer Verzweiflung führt oder eine schwere psychische Schädigung sicher erwarten läßt^{45a}. Die genaue Formulierung müßte im einzelnen überlegt werden. Man könnte diese Indikation auch in einen erweiterten Begriff der medizinischen Indikation einbeziehen; denn menschliche Gesundheit ist nicht allein ein biologisches, sondern ebenso auch ein psychisches Phänomen. Eine besondere Fassung ist jedoch vorzuziehen, um deutlich zu machen, daß es sich bei dieser Indikation in aller Regel um ein Versagen der nahen Angehörigen oder der Gesellschaft handelt, die nicht bereit oder fähig sind, der Schwangeren die notwendige menschlich-personale und soziale Hilfe zu gewähren, damit sie den Aufgaben und Anforderungen der Mutterschaft menschlich einigermaßen gewachsen ist und nicht in eine Verzweiflungssituation gerät. Dieser Indikationsstatbestand wäre dann zugleich eine permanente Herausforderung an die Gesellschaft und die staatliche Gesellschaftspolitik, ihn durch Sorge für den Wegfall seiner Voraussetzungen aufzuheben.

Schwierig ist das Problem der sog. *eugenischen Indikation*. Sicher scheidet der Gesichtspunkt staatlicher Rassenpflege von vornherein aus. Aber auch der Gesichtspunkt des „Lebenswertes“ des schwer mißbildeten oder nicht entwicklungsfähigen Kindes vermag eine Rechtfertigung, will man nicht der Dispositionsfreiheit über menschliches Leben die Tür öffnen, nicht zu geben. Es bleibt auch hier die Frage der (objektiven) Zumutbarkeit für die Mutter, ein mit moralischer Sicherheit schwer und irreparabel geschädigtes Kind auszutragen und zur Welt zu bringen. Aber das Problem liegt hier zugleich anders als in den übrigen Indikationsfällen, weil nicht, wie sonst in aller Regel, eine unmittelbar gegebene ernste Gefahr für die Gesundheit oder seelisch-soziale Situation der Mutter der Ausgangspunkt ist, sondern doch eine prospektive Gefahr. Wenn es, angesichts der bestehenden Konfliktslage, schließlich vom Strafgesichtspunkt her tolerabel erscheint, wenn sich jemand diesem Leid und schweren Schicksal entzieht, gibt es dann einleuchtende Gründe, dies auf die Zeit vor der Geburt zu beschränken? Und wenn nicht?

Hingewiesen sei noch auf die wichtigen und zugleich schwierigen Verfahrensprobleme, die jede Indikationenlösung mit sich bringt. Sie im einzelnen zu erörtern, erforderte eine eigene Abhandlung. Die Wirksamkeit jedweder Reform ist zu einem wesentlichen Teil davon abhängig, daß hier eine sinnvolle, den Zugang zu Beratungsstellen oder Vertrauensärzten sichernde Lösung gefunden wird.

⁴⁵ Ebd. S. 95.

^{45a} In diesem Tatbestand ist der berechtigte Kern der sog. sozialen Indikation aufgehoben; eine darüber hinausgehende Anerkennung, die schon materielle und/oder soziale Schwierigkeiten als solche für einen Schwangerschaftsabbruch ausreichen ließe, läßt sich m. E. nicht rechtfertigen.

3. Wird das generelle Verbot der Schwangerschaftsunterbrechung grundsätzlich beibehalten, so stellt sich die Frage nach dem *Zeitpunkt*, von dem an die Verbotswirkung eingreift bzw. eingreifen muß. Für den geltenden Rechtszustand geht seit einigen Jahren die überwiegende, wenn nicht gar herrschende Ansicht der juristischen Literatur dahin, daß von einer Schwangerschaftsunterbrechung (die ja, genau formuliert, einen Schwangerschaftsabbruch darstellt) erst ab dem Zeitpunkt der Nidation, der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutterschleimhaut, die Rede sein könne, während Maßnahmen und Eingriffe, die vor diesem Zeitpunkt erfolgten, eine Schwangerschaftsverhinderung zum Gegenstand hätten⁴⁶. Begründet wird diese Auffassung damit, daß erst mit der Einnistung des befruchteten Eies die feste, grundsätzlich nur durch einen Eingriff von außen trennbare Verbindung mit dem mütterlichen Gewebe und die völlige Umschaltung der entsprechenden Funktionsabläufe bei der Frau eintreten, die, biologisch-medizinisch gesehen, den Tatbestand der Schwangerschaft bzw. das Vorhandensein einer Leibesfrucht ausmachen⁴⁷. Vieles spricht dafür, daß sich diese Interpretation des gesetzlichen Tatbestands der Abtreibung, falls der Gesetzgeber nicht eine ausdrückliche Korrektur vornimmt, alsbald durchsetzen wird.

Es ist daher zu fragen, ob eine solche Korrektur, hält man am Prinzip des grundsätzlich unbedingten Schutzes auch des werdenden menschlichen Lebens fest, erforderlich erscheint. Das ist meines Erachtens weder aus prinzipiellen noch aus kriminalpolitischen Gründen geboten.

Die Gegner der geschilderten tatbestandlichen Umgrenzung der Abtreibung berufen sich darauf, daß werdendes menschliches Leben schon mit dem Vorgang der Befruchtung entstehe. Nun ist es gewiß richtig, daß durch die Konjugation von Samen- und Eizelle neues Leben entsteht, ebenso wie auch schon Samen- und Eizelle je für sich Leben haben. Die Frage ist allerdings, ob dieses Leben schon spezifisch menschliches Leben, ob es so weit individuiert und strukturiert ist, daß Personsein und Geistbegabung, die den Menschen vom Sein anderer Lebewesen qualitativ unterscheiden, darin schon grundgelegt sind. Die kirchlich-theologische wie auch die philosophische Tradition hat bis in das 18. Jahrhundert, zum Teil bis in das 19. Jahrhundert hinein im Hinblick auf die Entwicklung des Embryos zwischen „beseeltem“ und „unbeseeltem“ Leben bzw. zwischen „ausgebildetem“ und „unausgebildetem“ Stadium unterschieden und erst für das beseelte Leben bzw. das ausgebildete Stadium die Qualität des Menschseins angenommen⁴⁸. Als diese Unterscheidung, die von der Vorstellung einer stufenweisen Beseelung getragen wurde, durch die fortschreitende biologisch-medizinische

⁴⁶ Siehe dazu die eingehende, auch die neuere medizinische Literatur berücksichtigende Darstellung von Hans Werner Lay, Zum Begriff der Leibesfrucht in § 218 StGB, a. a. O. (Anm. 8), S. 465 ff.

⁴⁷ Lay, a. a. O., S. 466/467.

⁴⁸ Siehe dazu Dölger, Das Lebensrecht des neugeborenen Kindes und die Bewertung der Frucht- abtreibung in der Bewertung der heidnischen und christlichen Antike, in: Antike und Christentum, Bd. 4 (1934), S. 1 ff.; Schmittlein, Die Natur der menschlichen Leibesfrucht, Diss. München 1966, sowie den kurzen, aber sehr informativen Überblick auch über die rechtsgeschichtliche Entwicklung bei H.-W. Lay, a. a. O. (Anm. 8), S. 467–468.

Erkenntnis über die Kontinuität des Entwicklungsvorgangs des menschlichen Organismus ihre naturwissenschaftliche Basis verlor, hat man sie aufgegeben und die Entstehung auch des *menschlichen* Lebens auf den Zeitpunkt der Befruchtung zurückverlegt. Das ist aus sich noch kein anthropologischer oder philosophisch-theologischer Beweis, sondern zunächst nur eine neue Hypothese, die sich ebenso wie die früheren, heute als unhaltbar erkannten, auf ihre biologisch-naturwissenschaftliche Basis befragen lassen muß. Die biologisch-medizinische Forschung weiß heute, daß das neue Leben, das mit der Befruchtung entsteht, bis zur erfolgten Nidation erst als Möglichkeit, in Potentialität, gegeben ist. Etwa 50% der befruchteten Keime gelangen überhaupt nicht zur Nidation, sondern werden von der Natur selbst in einer „verschwenderischen Selektion“ preisgegeben⁴⁹. Erst mit der Implantation wird das vorher aus sich selbst noch „zu biologischem Verlust verurteilte Keimmaterial“⁵⁰ maternell angenommen, entsteht die feste Verbindung und bergende Austauschbeziehung zum mütterlichen Organismus, die nun aus ihrer eigenen, in der Verwirklichung nicht mehr von einem ungewissen hinzutretenden Ereignis abhängigen Intentionalität auf Geburt und personale Entfaltung hinstrebt⁵¹. Sprechen bei diesen natürlich-biologischen Gegebenheiten nicht die weitaus besseren und gewichtigeren, wenn nicht gar zwingende Gründe dafür, daß die Entstehung werdenden *menschlichen*, und das heißt personalen, durch die Ich-Du-Beziehung konstituierten Lebens erst mit zustande gekommener Nidation erfolgt⁵²? Auch von nicht wenigen Theologen, darunter einem so probaten Autor wie Kardinal Mercier, wird diese Auffassung vertreten⁵³.

Der Jurist hat keine Kompetenz, die hier anstehende Frage zu entscheiden; worum es in diesem Zusammenhang geht, ist eine Begründung dafür, daß die zwingenden kriminalpolitischen Gründe, die gegen eine Erstreckung der Strafdrohung – nicht sonstigen rechtlichen Schutzes, z. B. gegenüber Gen-Beeinflussung und dergleichen – auf den Zeitpunkt der Befruchtung sprechen, nicht von vornherein durch zwingende anthropologisch-ethische Gründe aus dem Feld geschlagen werden. Kriminalpolitisch

⁴⁹ Vgl. Döring, Empfängnisverhütung, 4. Aufl. 1969, S. 41; Zimmer, Der Beginn des Lebens: Deutsches Ärzteblatt 1968, S. 452.

⁵⁰ So Zimmer-Brusis, Eine biologische Definition der Schwangerschaft: Deutsches Ärzteblatt 1970, S. 839, angeführt bei H. W. Lay, a. a. O. (Anm. 8), S. 467.

⁵¹ Siehe dazu Döring, a. a. O. (Anm. 49), S. 41; Sauser-Vodopivec, Medico-theologische Anmerkungen zur Humanontogenese: Gott und Welt, Festgabe für Karl Rahner, Bd. 2, S. 857 spricht davon, daß vor der Einnistung die Zygote noch „aktuell und prospektiv total den mütterlichen neuro-vegetativen Lenkungsinstanzen . . . ausgeliefert“ sei (das Zitat nach Lay, a. a. O. (Anm. 8), S. 470).

⁵² Sollen wirklich jene natürlicherweise abgehenden 50% der befruchteten Eizellen bereits „Todesfälle“, von – theologisch gesehen – zur ewigen Seligkeit berufenen menschlich-personalen Wesen sein? Wie würde Gott als Schöpfer hier mit dem von ihm geschaffenen Ebenbild durch seine Schöpfung verfahren lassen? – Die bisherige kirchliche Lehre und Praxis zeigte übrigens – im Zeichen des alten (heute wohl modifizierten) Taufverständnisses – eine bemerkenswerte Inkonsistenz in ihrer Einstellung zur Tauffähigkeit des Embryos und der Nichtausführung von Taufen bei Fehlgeburten oder sonstigen Komplikationen während der Schwangerschaft.

⁵³ Vgl. die Angaben bei F. Böckle, in: Arzt und Christ 1968, S. 69.

würde mit dieser Erstreckung eine Norm geschaffen, der von vornherein jede Chance der Durchsetzung fehlte. Was zwischen Befruchtung und Nidation an eventuellen Maßnahmen zur Schwangerschaftsverhinderung geschieht, entzieht sich so gut wie ganz des Beweises, aber auch schon der „Ermittlung“, will der Staat nicht nach Orwellschem Vorbild auch den Intimbereich seiner Bürger seiner dauernden Kontrolle, Ausspähung usf. unterwerfen. Der Strafrechtler A. Eser spricht, wohl mit Recht, davon, daß es insoweit schon an der *Straffähigkeit*, ungeachtet einer eventuellen Strafwürdigkeit, mangle⁵⁴. Auch von dieser Seite her gibt es *Grenzen des Rechts*, und man sollte sie, um der Geltung und Wirksamkeit der Rechtsordnung willen, respektieren. Hinzu kommt, daß ganz allgemein das Bewußtsein und die lebensmäßige Vorstellung fehlt, bei Einwirkungen, die auf eine Verhinderung der Nidation abzielen, würde etwas „abgetrieben“ oder „abgetötet“. Was hier geschieht, fällt bewußtseins- und vollzugsmäßig in den Bereich von Verhütungs- bzw. Geburtenregelungsmaßnahmen⁵⁵. Das weist, von der anderen Seite, auf die prinzipielle Frage zurück.

*
* *

Die Ergebnisse, zu denen unsere Überlegungen gelangt sind, mögen dem einen zu wenig weitgehend und einer entschiedenen Reform des § 218 StGB verschlossen, dem andern die zulässigen Grenzen möglicher Reform bereits überschreitend erscheinen. Aber vielleicht mag die hier unternommene Gratwanderung zwischen für unsere Rechtsgemeinschaft unabdingbaren Prinzipien auf der einen, der bestehenden sozialen Lebenswirklichkeit, die es zu ordnen gilt, auf der andern Seite doch manche der in der Diskussion anstehenden Fragen klarer und manche der schwierigen rechtlichen Probleme deutlicher werden lassen und die notwendige Diskussion selbst von unnützer emotionaler Polemik entlasten.

⁵⁴ Eser, a. a. O. (Anm. 26), S. 729.

⁵⁵ E. W. Hanack, in: *Der Nervenarzt* 1969, S. 506 weist darauf hin, daß es „ein ganz formaler Unterschied“ sei, ob man in das komplizierte Geschehen bei einer empfängnisfähigen Frau nach der Ejakulation eine Minute vor oder eine Minute nach der Verschmelzung eingreife; das trifft, angesichts der generellen rechtlichen Zulässigkeit der Empfängnisverhütung, sicher den Stand des allgemeinen Bewußtseins.