

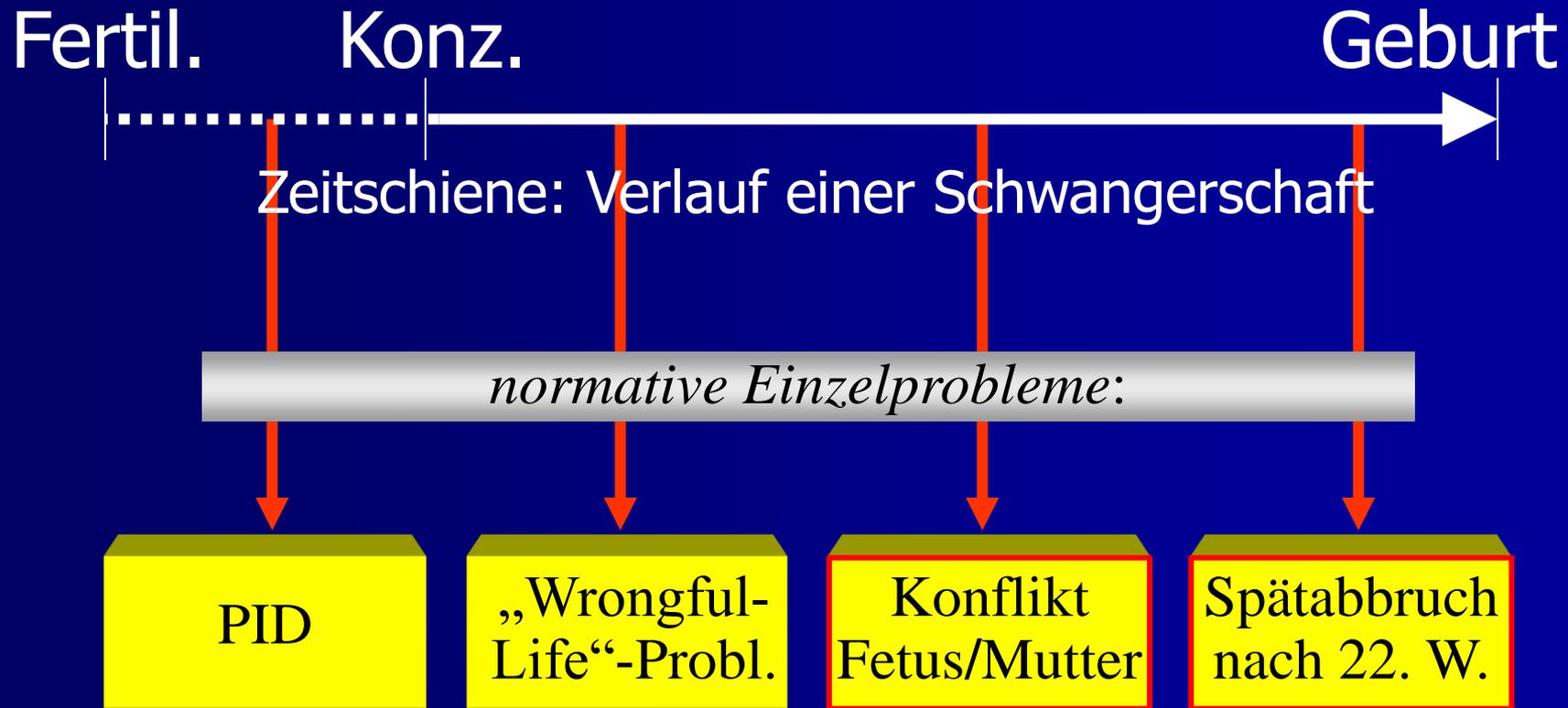
Prof. Dr. Reinhard Merkel
Universität Hamburg
Institut für Strafrecht
und Rechtsphilosophie

Der späte Abbruch der Schwangerschaft

Rechtliche und ethische
Grundlagen und Grenzen

Wissenschaftliche Sitzung
der GGG in Berlin
20 März 2019

Einige normative Problemfelder der Pränatalmedizin



Ich konzentriere mich im folgenden nur auf die letzten beiden Problembereiche.

Wortlaut des § 218 a Abs. 2 StGB

Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft

- ⇒ unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren
 - ⇒ nach ärztlicher Erkenntnis
 - ⇒ angezeigt ist,
 - ⇒ um eine Gefahr für das Leben
 - ⇒ oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden,
- und die Gefahr nicht auf andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

Wortlaut des § 218 a Abs. 2 StGB

Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft

⇒ unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren

⇒ nach ärztlicher Erkenntnis

⇒ angezeigt ist,

⇒ um eine Gefahr für das Leben

⇒ oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden,

und die Gefahr nicht auf andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

§ 218 a Abs. 2 erfasst also zwei typisierte Konstellationen

1. Abbruch wegen Gefahr durch den (physiologischen) **Zustand des Schwangerseins**

2. Abbruch wegen Gefahr durch das (prospektive) **geborene Kind**

Es gibt nach wie vor Fälle des ersten Typus, paradoxerweise gerade durch den Fortschritt in der Medizin ermöglicht, nämlich v.a. hochgradige Mehrlingsschwangerschaften (*dazu später*).

Die in der Praxis weitaus häufigste Konstellation (94 – 95 %) ist aber die zweite. Ihre Zulässigkeit ergibt sich daraus, dass sowohl
⇒ die **zukünftigen** Lebensverhältnisse als auch
⇒ das **rein seelische** Befinden der Schwangeren
als Grundlagen einer Erlaubnis zum Abbruch in Frage kommen.

Zur Konstellation 2: Präzisierung

In Verbindung mit der Formulierung „wenn die Gefahr nicht auf andere zumutbare Weise abwendbar“ ist, besagt dieser Teil der Regelung, etwas deutlicher formuliert, daher das Folgende:

Der Abbruch nach der medizinisch-sozialen Indikation ist erlaubt, wenn das Kind *nach* seiner möglichen Geburt für die Frau in deren höchstpersönlicher Lebensführung *unzumutbar* wäre.

§ 218 a Abs. 2 enthält für die Zulässigkeit des Abbruchs keine zeitbegrenzende Frist. Daher ist unter den genannten gesetzlichen Voraussetzungen ein Abbruch grundsätzlich bis unmittelbar vor dem regulären Geburtstermin zulässig.

Diese zeitlich unbegrenzte Reichweite einer Abtreibungserlaubnis ist (soweit ich sehe) in Rechtsstaaten weltweit nahezu singulär.

Zum normativen Zweck dieser Regelung

In solchen Fällen eines prospektiv „unzumutbaren“ Kindes zielt der Abbruch *allein* auf die Verhinderung einer postnatalen Existenz des Ungeborenen. Denn nur von einem *geborenen* Kind, nicht durch den Fetus, wird die mütterliche Gesundheit bedroht, und allein diese Bedrohung ist es, was den Abbruch rechtfertigt.

Falsch und irreführend ist daher die Auskunft der Bundesregierung, Ziel des Abbruchs nach § 218a Abs. 2 dürfe „nicht die Tötung des Kindes sein“ (BT-Drs. 13/5364 [1996], S.13).

Richtig ist vielmehr: Sie allein ist das Ziel und der rechtfertigende Grund des Abbruchs! Überlebt das Kind, so wird beides verfehlt. Der Eingriff ist insgesamt misslungen. Sein Resultat wird objektiv illegitim.

Möglich ist so etwas bei Spätabbrüchen nach der 22. Woche.

Normative Schlussfolgerungen

Zur Sachlage: Nach Expertenschätzungen gibt es jährlich zwischen 500 und 600 solcher späten Abbrüche in Deutschland. Ab der 25. Woche steigt die Überlebenswahrscheinlichkeit nach künstlich induzierter Frühgeburt auf 80%. Daher kommen, ebenfalls geschätzt, pro Jahr zwischen 70 und 80 solcher spät-abgetriebenen Feten lebend zur Welt. Niemand kennt (auch nur statistisch) das weitere Schicksal dieser Neugeborenen.

Zur normativen Beurteilung: Das ist ethisch wie rechtlich nicht akzeptabel. Was den Eingriff allenfalls legitimiert, ist allein die Verhinderung eines geborenen Kindes. Ein Eingriff, der dieses Ziel voraussehbar verfehlt und zusätzlich das Kind schwer schädigt, ist deshalb zweifach illegitim.

Konsequenz

Die zusätzliche Schädigung des Kindes durch den misslungenen Abbruch wird angesichts des insgesamt verfehlten Zwecks des Eingriffs dann zur sinnlosen schweren Schädigung eines geborenen Menschen. Dafür gibt weder § 218a StGB eine rechtliche, noch gibt irgendeine Ethik dafür eine moralische Erlaubnis.

Der Arzt hat daher nur zwei ethisch legitime Alternativen: entweder den Eingriff so durchzuführen, dass der Zweck, der ihn legitimiert, erreicht wird, oder aber ihn ganz zu unterlassen. Ihn „halb“ durchzuführen, sein Ziel zu verfehlen und dadurch das dann geborene Kind schwer zu schädigen, ist verwerflich.

Daher sollten späte Abbrüche nach der 22. Woche regelmäßig nur nach vorherigem **Fetozid** zulässig sein. Eine entsprechende Vorschrift sollte der Gesetzgeber in § 218a Abs. 2 einfügen.

Vorschläge für eine künftige Regelung des Fetozids

1. Bei Spätabbrüchen nach der 22. Woche p.c. sollte ein Sicherungs- und Kontrollverfahren durch ein interdisziplinär besetztes Beratungsgremium vorgeschaltet werden
2. Beruht die Indikation auf einer seelischen Gefahr für die Mutter durch das prospektive geborene Kind, so sollte der vorherige Fetozid grds. zwingend angeordnet werden. Eine vorherige Narkotisierung des Feten sollte dafür vorgeschrieben werden.
3. Selbstverständlich muss kein Arzt einen Fetozid durchführen; er sollte dann aber auch keinen Spätabbruch vornehmen dürfen.
4. Fetozide und Spätabbrüche sollten nur von besonders geschulten Pränatalmedizinerinnen und Gynäkologen, am besten in prä- oder perinatalmedizinischen Zentren, durchgeführt werden dürfen.

Zum Grundproblem des § 218a Abs. 2: Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des künftigen seelischen Gesundheitszustands

Durch die Einfügung des „Unzumutbarkeits“-Kriteriums in die Indikation wird der Rechtfertigungsgrund für den Abbruch auf eine im Strafrecht sonst beispiellose Weise subjektiviert: allein auf die höchstpersönlichen Belange der einzelnen Schwangeren zugeschnitten. Denn was ihr an künftiger seelischer Belastung durch ein (prospektives) geborenes Kind *persönlich* zumutbar ist, lässt sich weder objektivieren noch öffentlich vorschreiben.

Nur konsequent daher OLG Düsseldorf (NJW 1987, 2306):
Allein deshalb, weil die Schwangere sich vor der Belastung mit einem geschädigten Kind „ängstigte“, könne die medizinisch-soziale Indikation bejaht werden – wiewohl objektiv kein erhöhtes Risiko einer solchen Schädigung bestand.

Weiteres Beispiel (nach einem Fall in Holland aus dem Jahr 1987)

Eine ausländische Ehefrau ist zum vierten Mal mit einer Tochter schwanger. Nach deren Geburt muss sie mit schweren Repressalien des Ehemanns rechnen (der entsprechend den Werten seines Kulturkreises einen sog. „Stammhalter“ fordert), mit dem Scheitern der Ehe, mit dem „Verstoßenwerden“ durch ihre Angehörigen – und daher mit einer für sie nicht zu meisternden Bedrohung ihres und ihrer Töchter Leben. Diese Frau *hat* einen gesetzlich validierten Grund für den Abbruch nach § 218a Abs. 2.

Man mag ein Gesetz, das dies ermöglicht, tadeln oder für verfassungswidrig halten – *korrigieren* darf es der Arzt so wenig wie der Rechtsanwender. (Und das Bundesverfassungsgericht hatte 1993 gegen die so formulierte Indikation keine Bedenken.)

Einzelprobleme des § 218a Abs. 2: Abbruch nach pränataler genetischer Diagnostik

Viele glauben, und Behindertenverbände haben immer wieder geltend gemacht, ein Abbruch nach einer PGD mit positivem Befund könne eine gefährliche Botschaft auf den Horizont der gesellschaftlichen Wahrnehmung projizieren, nämlich diese:

Das Leben mit einer genetischen Schädigung wie der am (abgetriebenen) Fetus festgestellten sei „nicht lebenswert“.

Das müssten geborene Behinderte mit einer solchen Schädigung als schwere Diskriminierung, ja als Bedrohung erfahren.

Daher müsse entweder die PGD oder der Abbruch aufgrund eines positiven PGD-Befunds verboten werden.

(Etwas Analoges, wird gesagt, gelte auch für die PID.)

Abbruch nach PGD (2)

Diese Bedenken müssen als Irritation einer ganzen Bevölkerungsgruppe ernst genommen werden. In der Sache sind sie aber irrig:

Die Entscheidung einer Schwangeren gegen die Austragung eines genetisch geschädigten Ungeborenen besagt etwas über die Grenzen ihres persönlichen Vermögens, mit der Behinderung eines Kindes in ihrem Leben fertigzuwerden – und sonst nichts.

Das schließt selbstverständlich eine Negativbewertung der Krankheit gegenüber dem Zustand des Gesundseins ein. Es enthält aber nicht im mindesten ein negatives Urteil über Mitmenschen, die mit einer solchen Krankheit leben.

Zu sagen, es wäre besser, wenn es keine Behinderungen gäbe, heißt selbstverständlich nicht, es wäre besser, wenn Herr X oder Frau Y, die behindert sind, nicht leben würden. Sondern: es wäre besser, wenn sie nicht behindert wären.

Einzelprobleme des § 218a Abs.2 : Unsicherheit der klinischen Dia- und Prognose

Schwierig kann die Entscheidung sein, wenn eine fetale bzw. postnatal erwartbare Schädigung des Ungeborenen **unsicher** ist.

⇒ Ab welcher Wahrscheinlichkeit der Schädigung ein Abbruch indiziert ist, wenn er es bei *sicherer* Prognose wäre, lässt sich nicht abstrakt und allgemeingültig formulieren.

⇒ Das Recht kennt dafür das Modell einer fingierten Maßstabsperson des „sorgfältig Handelnden“ – hier des Arztes.

⇒ Dann lautet die Frage so : Ab welchem Grad eines (doppelt!) unklaren Risikos darf ein „besonnener Arzt“ den Abbruch zum Schutz der Schwangeren für indiziert halten?

⇒ Das lässt dem entscheidenden Arzt einen weiten, rechtlich nicht überprüfbaren **Beurteilungsspielraum**.

Einzelprobleme des § 218a Abs.2: Reduktion höhergradiger Mehrlinge

Bereits 1993 gab es in Zentraleuropa eine gegenüber dem natürlichen Vorkommen annähernd ver Hundertfache Inzidenz von Vierlingen; auch nach neueren Studien keine wesentlich gesenkten Zahlen.

Da solche (und erst recht noch höhergradige) Mehrlingschwangerschaften regelmäßig zu erheblichen Gesundheits- und sogar Lebensgefahren der Schwangeren führen müssten, ist hier stets eine *echte* und unmittelbar medizinische Indikation gegeben (*nach unserem Schema von vorhin: Konstellation Nr. 1*).

Einzelprobleme des § 218a Abs.2: Mehrlingsreduktion (2)

Schwieriger als das „Ob“ des (reduzierenden) Abbruchs ist die Frage des „Um wie viele“ der Reduktion?

- ⇒ Weltweit offenbar üblich: Reduktion auf Zwillinge.
- ⇒ Da von Drillingen meist keine unmittelbar physiologische Gefahr für die Schwangere ausgeht, kann die (weitere) Reduktion auf Zwillinge nicht mehr mit der echten medizinischen Indikation begründet werden, sondern wieder nur mit der medizinisch-sozialen, also mit einer Gefahr für den künftigen *seelischen* Gesundheitszustand der Mutter nach der Geburt.
- ⇒ Solche Gefahren (einer künftigen gesundheitsgefährdenden Überforderung) bestehen bei Drillingen aber in hohem Grad. Eine Indikation nach § 218a Abs. 2 ist daher stets zu bejahen.

Mehrlingsreduktion (3)

Die Auswahl der Embryonen zum Teilabbruch darf der Arzt allein nach klinischen und operationspraktischen Kriterien entscheiden.

Manche bestreiten das unter Berufung auf Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes: „Niemand darf wegen einer Behinderung benachteiligt werden“. Dessen Anwendung auf unsere Reduktionsfälle ist aber aus zwei Gründen verfehlt:

- ⇒ Entgegen anderslautenden Behauptungen (auch des BVerfG!) sind Embryonen nach unserer Rechtsordnung keine Inhaber von Grundrechten. – Aber selbst wenn sie dies wären,
- ⇒ erkennt § 218a Abs. 2 *allein* die Gefahr für die Mutter als Indikationsgrund an. Daher ist, solange die angestrebte Zahl 2 nicht erreicht ist, *jeder* der verbleibenden Embryonen eine solche Gefahr u. darf daher zum Abbruch ausgewählt werden.

Einzelprobleme des § 218a Abs.2: Selektiver Fetozyd

Hier geht es nicht um eine „Gefahr der schieren Anzahl“, sondern allein um eine Bedrohung, die der Schwangeren aus der konkreten Schädigung eines einzelnen Embryos / Fetus innerhalb einer Zwillingsschwangerschaft erwächst. Der andere, gesunde Fetus ist dabei gewollt.

Die Zulässigkeit auch dieses selektiven Fetozyds bestimmt sich *allein* nach der (höchstpersönlich unzumutbaren) Gefahr für den künftigen seelischen Gesundheitszustand der Schwangeren.

Auch hier ist (aus den gleichen Gründen wie bei der Mehrlingsreduktion) die Berufung auf das Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes verfehlt.

Exkurs: Grundrechtsträgerschaft von Embryonen? Urteil des BVerfG vom 28.5.1993

Der Embryo sei **Träger der Menschenwürde** und habe ein **Grundrecht auf Leben**. Der Staat sei verpflichtet, das Leben jedes einzelnen Embryos zu schützen. Abtreibung sei daher grundsätzlich Unrecht und rechtlich verboten.

Jenseits des schlichten Normtexts von Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG nennt der Senat keinen Grund für diese „inklusive“ Interpretation.

Seine Lösung des Problems der (nicht-indizierten) Abtreibung lautete bekanntlich: Diese sei zwar straffrei, müsse aber rechtswidrig bleiben.

Exkurs: Embryonen als Grundrechtsträger?

Danach trifft der Senat die folgenden, für alle staatlichen Institutionen verbindlichen Anordnungen:

- I. Der Vertrag zwischen Arzt und Schwangerer ist wirksam.
- II. Jede Nothilfe zugunsten des (angeblich rechtswidrig zu tötenden) Embryos wird untersagt.
- III. Die Schwangere hat für die Zeit der Abtreibung einen Anspruch auf Lohnfortzahlung.
- IV. Der Staat wird zur „*flächendeckenden*“ Organisation von Einrichtungen verpflichtet, in denen „*die Möglichkeit von Abtreibungen in großer Zahl gesichert*“ wird.
- V. **Urteil 27.10.1998:** Die ärztliche Tätigkeit des (angeblich *rechtswidrigen!*) Schwangerschaftsabbruchs steht unter Grundrechtsschutz, nämlich des Art. 12 GG (Berufsfreiheit).

Exkurs: Embryonen als Grundrechtsträger?

Konsequenzen dieser fünf Anordnungen

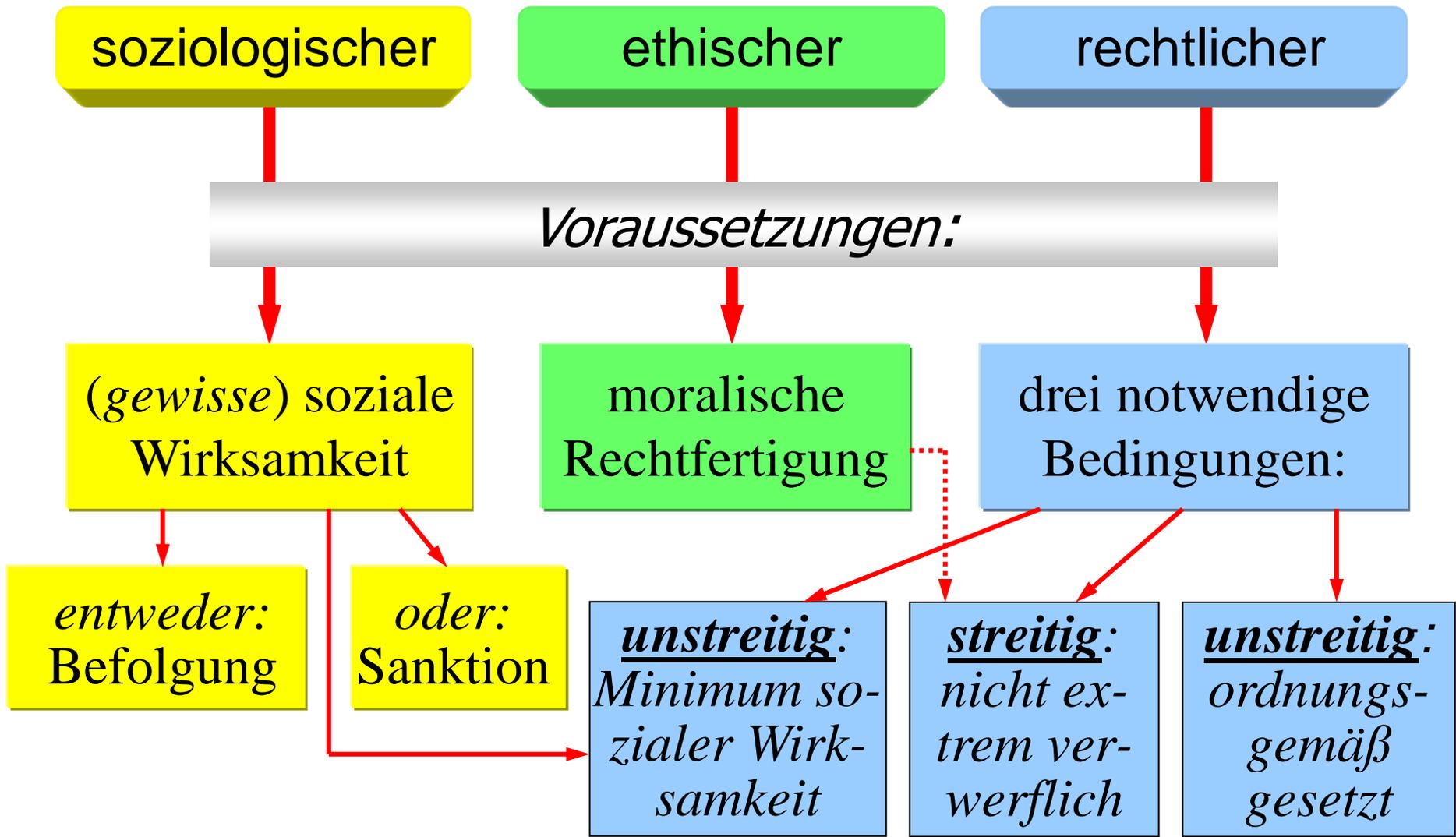
Keine davon ist konsistent mit dem Leitsatz des Urteils vereinbar: dass nicht-indizierte Abtreibungen rechtswidrig sind.

Evident ist das bei der vierten Anordnung: Wenn Abtreibungen rechtswidrig sind, dann ist es notwendig auch die Beihilfe dazu.

Da aber andererseits der Staat nach der zwingenden Anordnung des Gerichts zur „flächendeckenden Organisation“ von Abtreibungsmöglichkeiten (rechtlich: *Beihilfe!*) verpflichtet ist, statuiert diese vierte Anordnung einen normenlogischen Widerspruch: Der Staat ist von Rechts wegen zum Unrecht verpflichtet.

Aus logischen Gründen kann daher nur eine der beiden Regelungen gültig sein: *Entweder* Abtreibungen sind rechtswidrig *oder* der Staat ist rechtlich zu ihrer Unterstützung verpflichtet. Die Frage lautet somit: Welche Regelung gilt und welche nicht?

Drei Begriffe der Normgeltung



Normen ohne jede Wirksamkeit können daher keine Rechtsnormen sein!

Konsequenzen für die Frage der Rechtmäßigkeit der Abtreibung

Da nach dem Urteil des BVerfG jeder, der an einer Abtreibung beteiligt ist (einschließlich des Staates), diese *als rechtmäßig behandeln* muss, hat der (angebliche) Rechtssatz, sie *sei* aber dennoch rechtswidrig, keinerlei Wirksamkeit. Deshalb gilt er nicht als rechtliche Norm, und das heißt: er existiert nicht als geltendes Recht.

Daher sind auch nichtindizierte Abtreibungen in Deutschland rechtmäßig. Dass sie weiterhin „rechtswidrig“ *genannt* werden, ist dafür belanglos – eine sachlich leere *falsa demonstratio*.

Konsequenzen für die Frage der Rechtmäßigkeit der Abtreibung

Das Gericht selbst bestätigt das mehrfach – inkonsistent und offenbar ohne klares Bewusstsein dieses Umstands – mit der Anordnung, die „Letztverantwortung“ für die Abtreibung müsse die Schwangere haben.

Wenn aber das Recht eine Privatperson mit der „Letztverantwortung“ für eine Handlung betraut, dann ist diese Handlung Privatsache, und das heißt: *per definitionem* rechtmäßig.

Konsequenzen der Rechtmäßigkeit der Abtreibung für den Grundrechtsstatus des Embryos

Dass der Embryo beim nichtindizierten wie beim indizierten späten Schwangerschaftsabbruch *rechters* getötet wird, bedeutet nach fundamentalen Rechtsprinzipien, dass ihm unsere Rechtsordnung die Grundrechte auf Leben und Schutz der Menschenwürde nicht gewährt.

Denn getötet werden darf er zur Lösung eines Konflikts, für den er schlechterdings nichts kann – wohingegen gerade die über seinen Tod „letztentscheidende“ *andere* Konfliktpartei regelmäßig die zuständige Verursacherin des Konflikts ist.

Da ihm in *diesem* Konflikt keine Grundrechte gewährt werden, hat er sie nirgends. (Es gibt keine halben Grundrechte und selbstverständlich auch keine partiellen Grundrechtsträger.)

Schlussbemerkung

Sie sollten bei den oft schwierigen Entscheidungen über einen indizierten Spätabbruch vor allem dreierlei bedenken:

1. Je später der Abbruch durchgeführt wird, desto problematischer wird seine *moralische* Rechtfertigung. Denn der Fetus ist ab einem bestimmten Entwicklungsalter empfindungsfähig; damit ist er zugleich subjektiv schädigungsfähig.

2. Rechtlich lässt das Gesetz aber durch die fast vollständige Subjektivierung der Abbruchsindikation dem entscheidenden Arzt einen weiten Beurteilungsspielraum. Die Behauptung einer Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen ist unrichtig (und wird nicht selten unehrlich vorgebracht).

3. Sie dürfen und sollten daher *nach* einer Indikationsstellung für Ihre konkrete Entscheidung als Ärzte primär Regeln der Ethik und Ihrem Gewissen folgen. Das Recht lässt sie dabei in Ruhe.



Vielen Dank!