

VRiaVG a. D. Bernward Büchner, Freiburg

Apologetik auf Kosten des Lebensschutzes

- Das „Beratungskonzept“ aus der Sicht einer katholischen Theologin -

I. Der Beitrag der deutschen Bischöfe zum Lebensschutz Ungeborener

In seiner Predigt zum Jahresschluss 2009 hat der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz Erzbischof *Zollitsch* die Fragen gestellt: „Was wird man wohl in fünfzig oder hundert Jahren von uns berichten? Was wird von uns in Erinnerung bleiben? Haben wir uns für den Schutz des Lebens in all seinen Phasen genügend eingesetzt?“¹ Auf die deutschen Bischöfe bezogen muss aus heutiger Sicht anerkannt werden, dass ihnen der Schutz des Lebens ein zentrales Anliegen ist. Die hunderttausendfache Tötung ungeborener Kinder haben sie vielfach und deutlich angeprangert. Für Frauen im Schwangerschaftskonflikt haben sie großzügige finanzielle Hilfen bereit gestellt. Auch nach dem Verzicht auf die Erteilung des Beratungsscheins haben sie die gesetzlich vorgesehene allgemeine Beratung Schwangerer unvermindert fortgesetzt, die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gleichfalls dem Schutz des ungeborenen Lebens dient.²

Nach einer Reihe von Hirtenbriefen zur ethischen und rechtlichen Beurteilung der Abtreibung haben sich die deutschen Bischöfe seit ihrem Hirtenwort „Menschenwürde und Menschenrechte von allem Anfang an“ vom 26.9.1996 zu diesem Thema jedoch nicht mehr gemeinsam zu Wort gemeldet. Seit 1991 ist der Lebensschutz ungeborener Kinder ganz allgemein in der „Woche für das Leben“ kein Thema mehr gewesen, von den Katholischen Akademien ganz zu schweigen. Gelegentliche Beteuerungen, sich mit der seit 1.10.1995 geltenden Gesetzeslage „nicht abfinden“ zu wollen, sind nicht näher begründet worden. Inwieweit der teils nur aus Gehorsam gegenüber dem Papst erfolgte Verzicht auf den Beratungsschein inzwischen als notwendig erkannt worden ist, bleibt unklar. Zu einem Miteinander mit Lebensrechtsorganisationen wie in anderen Ländern haben sich die Bischöfe nur vereinzelt bereit gefunden.

Soweit eine Auseinandersetzung mit dem gesetzlichen Kontext der bescheinigten Konfliktberatung Schwangerer innerhalb der Kirche in Deutschland überhaupt stattgefunden hat, war sie erkennbar von dem Wunsch geleitet, die bisherige Mitwirkung im staatlichen „Schutzkonzept“ nicht ernsthaft in Frage zu stellen. Deshalb sind wesentliche Aspekte und kritische Stimmen unberücksichtigt geblieben.³ Die zahlreichen einschlägigen Beiträge der Juristen-Vereinigung Lebensrecht⁴ und ihrer Mitglieder sind ignoriert worden, während sie in der rechtswissenschaftlichen Literatur vielfach beachtet wor-

den sind und Zustimmung gefunden haben. Die Wächterrolle, in der sich die katholische Kirche gerade hinsichtlich der Schutzpflicht des Staates für das menschliche Leben stets gesehen hat,⁵ hätte es jedoch längst geboten, sich ganz am Lebensrecht des ungeborenen Kindes orientiert und ohne den verengten Blick auf ein gewünschtes Ergebnis mit der gesetzlichen Regelung zum sogenannten Schwangerschaftsabbruch und ihrer Praxis gründlich auseinander zu setzen. Gelegentliche Erinnerungen der Bischöfe an die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers bezüglich der praktischen Auswirkungen der geltenden Gesetze⁶ konnten folglich mit eigenen Beobachtungen nicht plausibel gemacht werden und sind deshalb ohne Wirkung geblieben. Kann man angesichts dieser genannten Versäumnisse noch sagen, die deutschen Bischöfe hätten sich für den Schutz des Lebens ungeborener Kinder genügend eingesetzt?

II. Versuche einer Rechtfertigung von Donum vitae e. V.

Angesichts des Zwecks der 1999 erfolgten Vereinsgründung, nach dem Verzicht der Bischöfe auf den Beratungsschein den bisherigen Weg der Kirche in Laienregie fortzusetzen, lag es für die Gründer nahe, ihren Schritt mit den gleichen Argumenten zu rechtfertigen, die von bischöflicher Seite für das Festhalten an der

- 1 Mit Gott im Rücken mutig Zukunft gestalten, Hrsg.: Erzbischöfliches Ordinariat Freiburg, S. 10 f.
- 2 BVerwG, Urt. V. 15.7.2004, ZfL 2004, 110 ff. Danach muss diese Beratung staatlich im gleichen Umfang finanziell gefördert werden wie die bescheinigte Beratung.
- 3 Dies gilt z. B. für eine Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes und des Sozialdienstes katholischer Frauen (SKF) „Gesichtspunkte zur Diskussion und Bewertung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes aus der Sicht der Beratung“ v. 25.7.1995 (hierzu *Büchner*, Das Beratungskonzept steht in einem rosaroten Licht, in: Deutsche Tagespost v. 14.9.1995), für verschiedene Beiträge im Buch von *Johannes Reiter*, Der Schein des Anstoßes, Schwangerschaftskonfliktberatung nach dem Papstbrief, Fakten – Dokumente – Perspektiven, 1999 (hierzu *Büchner*, Kirchliche Schwangerenberatung in verengter Sicht, in: Deutsche Tagespost v. 21.1.1999) sowie für den Bericht der Arbeitsgruppe Schwangerschaftskonfliktberatung an die Deutsche Bischofskonferenz, Stand: 14.1.1999 (hierzu *Spieler*, Ein Konzept verteidigt, nicht aber das Recht auf Leben, sowie *Büchner*, Freier Zugang zu einem Unrechtssystem, beide in: Die Tagespost v. 22.4.1999).
- 4 Z. B. das Memorandum „Beratungsschutzkonzept“ und Mitwirkung der Kirche“, ZfL 1999, 41 ff., sowie die Bilanz „Zehn Jahre Fristenregelung im vereinten Deutschland“ (Mai 2003), ZfL 2003, 71 ff.
- 5 Hierzu *Spieler*, Kirche und Abtreibung in Deutschland, 2. Aufl. 2008, S. 114 ff.
- 6 BVerfG, Urt. v. 28.5.1993, BVerfGE 88, 203, 309 ff.

Scheinberatung angeführt worden waren. Es könne ja nicht falsch sein, heißt es noch heute, was die Bischöfe viele Jahre lang für richtig gehalten hätten. Nach wie vor wird das „Beratungskonzept“ im rosaroten Licht gesehen und ignoriert, was im juristischen Schrifttum an grundsätzlicher Kritik artikuliert worden ist. Die Erinnerung an die unerfüllt gebliebene Beobachtungspflicht des Gesetzgebers kommt höchst ungelegen. Geleitet von der Sorge, es könne „bei fortgesetztem Widerstand gegen die geltende Beratungsregelung doch noch zu einer Fristenregelung kommen“, haben Protagonisten dieses Vereins in einem „Zwischenruf“ dazu aufgefordert, durch Förderung und Unterstützung von „Donum vitae“ für die Beratungsregelung im staatlichen Recht einzutreten,⁷ obwohl diese Regelung in der Rechtswissenschaft inzwischen nahezu allgemein als Fristenregelung verstanden wird.

III. Zum Beispiel *Sabine Demel*

Für die Art und Weise, in der das gesetzliche „Beratungskonzept“ von manchen Autoren im Sinne des Vereins „Donum vitae“ interpretiert wird, erscheint ein Beitrag der Regensburger Kirchenrechtlerin *Sabine Demel* (im Folgenden: die Autorin) exemplarisch, die bereits früher Einschlägiges veröffentlicht hat.⁸ In einem jüngst erschienenen Buch widmet sie „Donum vitae“ ein längeres Kapitel.⁹ Auf einige darin enthaltene Ausführungen soll im Folgenden näher eingegangen werden.

1. Nur spärliche und selektive Berücksichtigung des juristischen Schrifttums

Die Autorin erörtert in diesem Kapitel u.a. Fragen, auf die sich die Antwort aus dem Gesetz ergibt. Zum Verständnis der maßgeblichen Vorschriften werden üblicherweise die gebräuchlichen Gesetzeskommentare, etwa ergangene gerichtliche Entscheidungen und die einschlägige sonstige Literatur herangezogen. Von dieser Möglichkeit macht die Kirchenrechtlerin, von der juristischer Sachverstand erwartet werden darf, jedoch nur spärlichen Gebrauch. Wichtige Publikationen bleiben teilweise ganz außer Betracht, wobei man den Eindruck hat, dass ihre Existenz bewusst verschwiegen wird, weil sie nicht ins eigene Konzept passen und die Auseinandersetzung mit ihnen gescheut wird.¹⁰ In einer juristischen Hausarbeit würde man das Studierenden nicht durchgehen lassen. Besonders peinlich wird es, wenn gegen eine entweder nicht bekannte oder verheimlichte ganz herrschende Meinung Position bezogen wird.

2. „Gewissensentscheidung über die Tötung eines Menschen“?

Geradezu inflationär ist heute der Gebrauch des Begriffs „Gewissensentscheidung“. Im Zusammenhang mit

der Abtreibung wird er auch innerhalb der katholischen Kirche vielfach ganz selbstverständlich verwendet, in der Erwartung, dass etwas als „Gewissensentscheidung“ Bezeichnetes nicht in Frage gestellt wird, wie z. B. das Engagement für „Donum vitae“.

Auch die Autorin spricht von der „Gewissensentscheidung der schwangeren Frau“ und meint damit zunächst „die Entscheidung, jemand trotz Tötung eines Menschen nicht zu bestrafen“. Dann jedoch ist von der „Gewissensentscheidung über die Tötung eines Menschen“ die Rede. Damit diese „nicht allzu leichtfertig, sondern möglichst verantwortungsvoll“ getroffen wird, müsse der Gesetzgeber die Gewissensentscheidung der Schwangeren an eine Pflichtberatung zugunsten des ungeborenen Kindes binden.¹¹

Das BVerfG hat jedoch festgestellt, dass „die Frau, die sich nach Beratung zum Abbruch entschließt, für die damit einhergehende Tötung des Ungeborenen nicht etwa eine grundrechtlich in Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition in Anspruch nehmen“ kann.¹² Unstrittig ist nämlich, dass das Grundrecht der Gewissensfreiheit am Lebensrecht anderer seine Grenze findet.¹³ Verfassungsrechtlich zulässig, so das BVerfG an gleicher Stelle, könne das Gesetz nur „eine gewissenhaft zustandegekommene und in diesem Sinne achtenswerte Entscheidung“ meinen. Dementsprechend heißt es nun im Gesetz, die Beratung solle der Frau „helfen, eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen“ (§ 219 Abs. 1 S. 1, 2. HS. StGB). Wenn die vom BVerfG für geboten gehaltene Unterscheidung einen Sinn haben soll, kann es nicht angehen, sie zu ignorieren und eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung mit einer Gewissensentscheidung gleichzusetzen und ihr so den Anschein einer legitimierenden Wirkung zu geben.

Abwegig erscheint auch, die Entscheidung für die Tötung des ungeborenen Kindes stets als verantwortlich und gewissenhaft zu beurteilen, wenn die Frau zuvor nur getan hat, was das Gesetz verlangt, wozu wenig gehört, wie noch zu zeigen sein wird. Die Gründe für eine

7 „Außerhalb der katholischen Kirche?“ – Ein Zwischenruf zur Erklärung der deutschen Bischöfe v. 20.6.2006 zu Donum vitae e. V. v. 20.7.2006.

8 Was ist glaubwürdig? – Zur innerkirchlichen Diskussion um die Schwangerschaftskonfliktberatung, Stimmen der Zeit 2000, S. 160 ff.; Donum vitae: eine Vereinigung *außerhalb* der Kirche?, Anzeiger für die Seelsorge 9/2007, S. 29 ff.

9 *Sabine Demel*, Zur Verantwortung berufen, Nagelproben des Laienapostolats, 2009; dort Kapitel V, S. 237 ff.

10 Unerwähnt bleibt bei der Autorin z. B. das Buch von Spieker (Fn. 5). Auch diese seit 1992 erscheinende Zeitschrift liegt offenbar außerhalb ihrer Wahrnehmungssphäre.

11 *Demel* (Fn. 9), S. 244 f.

12 BVerfGE 88, 203, 308. Gemeint ist die Gewissensfreiheit.

13 *Böckenförde*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 28 (1970), S. 34 ff., 59; *Spieker*, Der verleugnete Rechtsstaat, 2005, S. 99 ff., 108, Fn. 25 m.w.N.; ders., ZfL 2003, 121 ff., 125, Fn. 21; *Schockenhoff*, Wie gewiss ist das Gewissen?, 2003, S. 53 f.

solche Entscheidung können höchst unterschiedlich sein, sehr ernst zu nehmen, aber auch rein egoistisch. Es gibt nun einmal auch Frauen, die Abtreibung für ein legitimes Mittel der „Nachverhütung“ halten. Auch für die Autorin versteht es sich nicht von selbst, dass der Entschluss zur Tötung des Ungeborenen „nicht allzu leichtfertig“ getroffen wird. Sie weiß auch, dass zahlreiche Frauen nicht aus eigenem Antrieb handeln, sondern von ihrem Umfeld zur Abtreibung gedrängt werden.¹⁴ *Eberhard Schockenhoff* entnimmt einem Buch von *Luc Boltanski*¹⁵ den eindeutigen Beleg, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle der Druck des Vaters dazu führt, dass die Mutter entgegen ihren eigenen Gefühlen und Wünschen die Abtreibung vornehmen lässt.¹⁶ Frauen, die das erleben müssen, verdienen nicht Strafe, sondern Verständnis und Hilfe. Die Kapitulation vor dem Druck des Kindesvaters oder des übrigen Umfeldes als verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu qualifizieren, hieße jedoch die Bedeutung von Verantwortung und Gewissen zu verkennen.¹⁷

3. Kein Beratungsschein ohne Pflichtberatung?

Die Autorin geht davon aus, dass die straffreie Tötung nach dem Fristenmodell von einer Pflichtberatung abhängt, an welche die „Gewissensentscheidung“ der Schwangeren gebunden sein müsse.¹⁸ Dies steht im Einklang mit den Vorgaben des BVerfG, nach denen es zu den notwendigen Rahmenbedingungen eines Beratungskonzepts gehört, dass die Beratung für die Frau zur Pflicht gemacht wird.¹⁹ Die Verfassungsrichter des 2. Senats haben auch klargestellt, dass die Aufnahme einer Konfliktberatung „von vornherein nur möglich“ sei, wenn die Schwangere der beratenden Person die wesentlichen Gründe mitteilt, die sie dazu bewegen, einen Abbruch der Schwangerschaft in Erwägung zu ziehen. Wenn auch eine Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft der schwangeren Frau nicht erzwungen werden könne, sei doch für eine Konfliktberatung die Mitteilung dieser Gründe „unerlässlich“.²⁰ Hierauf weist die Autorin zu Recht hin.

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Bescheinigung der Beratung hat der 2. Senat im selben Urteil ausgeführt, es müsse vorgesehen werden, dass die Beratungsstelle die Bescheinigung erst ausstellt, wenn sie die Beratung als abgeschlossen ansieht. Allerdings dürfe das Vorenthalten der Beratungsbescheinigung nicht dazu dienen, die zur Abtreibung entschlossene Frau zu veranlassen, den Abbruch bis zum Ende der Zwölf-Wochen-Frist hinauszuschieben.²¹

Bei diesen Ausführungen des BVerfG handelt es sich um Vorgaben an den Gesetzgeber, denen keine gesetzsgleiche Verbindlichkeit zukommt. Ob die Straffreiheit eines Schwangerschaftsabbruchs nach der Fristenregelung voraussetzt, dass eine Pflichtberatung tatsächlich erfolgt ist und diese nur dann bescheinigt werden darf,

hängt allein von den geltenden Gesetzen ab, was die Autorin offenbar verkennt, indem sie unter Berufung auf die zitierten Ausführungen des 2. Senats meint, die Mitteilung der Gründe für einen Schwangerschaftsabbruch sei eine unerlässliche Voraussetzung für die Erteilung eines Beratungsscheins.²²

Nach § 218a Abs.1 Nr.1 StGB hängt die Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs (nach der Fristenregelung) u. a. davon ab, dass die Schwangere dem Arzt durch Bescheinigung nachgewiesen hat, dass sie sich hat beraten lassen. Voraussetzung ist also der *Nachweis* der Beratung, nicht diese selbst. Wie sich aus § 5 Abs.2 Nr.1 SchKG ergibt, umfasst die Beratung das Eintreten in eine Konfliktberatung; dazu „wird erwartet“, dass die schwangere Frau die Gründe für den erwogenen Schwangerschaftsabbruch mitteilt, wobei die Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft nicht erzwungen werden darf. Aus § 7 Abs.3 SchKG folgt schließlich, dass die Ausstellung einer Beratungsbescheinigung nicht verweigert werden darf, wenn durch die Fortsetzung des Beratungsgesprächs die Beachtung der in § 218a Abs.1 StGB vorgesehenen Fristen unmöglich werden könnte. Diese Vorschriften werden in den gebräuchlichen StGB-Kommentaren durchweg dahin ausgelegt, dass die Schwangere zu der lediglich erwarteten Mitteilung ihrer Gründe nicht verpflichtet ist und die Beratungsstelle ihr letztlich den Beratungsschein erteilen muss, auch wenn sie sich in der Beratung nicht gesprächs- und mitteilungsbereit gezeigt hat, die Beratung sich also auf die einseitige Mitteilung von Informationen beschränkt hat.²³

Es ist deshalb nur konsequent, wenn *Rainer Beckmann* angesichts dieser absolut herrschenden Meinung feststellt, dass das Gesetz in Wahrheit nur eine *Anwesenheitspflicht*, aber keine echte Beratungspflicht enthält.²⁴ Ohne auch nur eine einzige einschlägige Gesetzes-Kommentierung

14 *Demel*, (Fn. 9), S. 266 f.

15 *Luc Boltanski*, *Soziologie der Abtreibung*, 2007.

16 *Schockenhoff*, *Ethik des Lebens*, 2009, S. 532.

17 Zur missbräuchlichen Berufung auf das Gewissen vgl. *Spieker* (Fn. 13), S. 112; ders. (Fn. 13), S. 127 f.; *Spaemann*, *Verantwortung für die Ungeborenen*, JVL-Schriftenreihe Nr. 5 (1988), S. 13 ff.

18 *Demel* (Fn. 9), S. 244 ff.

19 BVerfGE 88, 203, 270.

20 BVerfGE 88, 203, 284 f.

21 BVerfGE 88, 203, 286.

22 BVerfGE 88, 203, 260.

23 *Fischer*, StGB, 56. Aufl. 2009 § 219, Rn. 4: Schon das bloße Angebot hierzu sei als „Beratung“ zu bescheinigen; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 219, Rn. 4; *Eser*, in: *Schönke/Schröder/Eser*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 219, Rn. 7; *Rudolphi/Rogall*, SK StGB (2008), § 219, Rn. 6 u. 20; *Merkel*, in: *Nomos Kommentar z. StGB* (2005), § 219, Rn. 15; *Gropp*, in: *MünchKommBZ z. StGB* (2003), § 219, Rn. 23; *Momsen*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB, 1. Aufl. 2009, § 219, Rn. 8; ebenso *Tröndle*, NJW 1995, 3017 und ZfL 1995, 46 ff., 48; ders. In: *Tröndle/Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999, § 219, Rn. 4; JVL-Memorandum (Fn.4), ZfL 1998, 41 ff., 43.

24 *Beckmann*, *Der Streit um den Beratungsschein*, 2000, S. 25; ders. bereits in ZfL 1995, 24 ff., 25 unter Bezugnahme auf den FDP-Abgeordneten *Heinz Lanfermann*, BT-Plenarprotokoll 13/47, S. 3759 D.

heranzuziehen, bezeichnet die Autorin diesen „Vorwurf“ als „nicht haltbar“²⁵, obwohl die zu seiner Begründung zitierte Entscheidung des 1. Senats des BVerfG die in den Kommentaren praktisch überall vertretene Auslegung bestätigt, indem es dort heißt: „Die Schwangere soll wissen, dass sie die Beratungsbescheinigung nach § 7 SchKG erhalten kann, obwohl sie die Gründe, die sie zum Schwangerschaftsabbruch bewegen, nicht genannt hat.“²⁶

Nicht haltbar ist also die Meinung der Autorin, was sie längst hätte wissen müssen, wenn sie das seit 15 Jahren zu dieser Frage publizierte zur Kenntnis genommen hätte.

Zu mehr als der Entgegennahme des Beratungsangebots einer anerkannten Beratungsstelle, die ihr gleichwohl als Beratung bescheinigt werden muss, verpflichtet das Gesetz die Schwangere also nicht.²⁷ Manche Beratungsträger mögen die Erfahrung gemacht haben, dass die ihre Beratungsstellen Aufsuchenden tatsächlich stets mitwirkungsbereit sind. Es wäre jedoch allzu gutgläubig anzunehmen, dass Beratungsträger, die in ihren Verlautbarungen von „Zwangsberatung“ sprechen, sich die Chance entgehen lassen, eine solche ganz legal zu vermeiden. Die anderen bieten ihnen durch ihre systemstabilisierende Mitwirkung im „pluralen Angebot“ dazu die Gelegenheit.

4. Rechtswidrige Tötung, aber fehlendes Unrechtsbewusstsein

Zutreffend bemerkt die Autorin, dass jeder Schwangerschaftsabbruch (nach der Fristenregelung) „die rechtswidrige Tötung eines ungeborenen Kindes ist“, bei der lediglich auf Bestrafung verzichtet werde, „der Vorwurf der Rechtswidrigkeit aber bleibt.“²⁸ Das BVerfG hat nämlich aus dem Lebensrecht des Ungeborenen überzeugend das verfassungsrechtliche Gebot abgeleitet, den Schwangerschaftsabbruch „grundsätzlich als Unrecht zu behandeln.“²⁹ Die Rechtsordnung müsse „das verfassungsrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs bestätigen und verdeutlichen.“³⁰ Eine solche Bestätigung und Verdeutlichung sucht man im Gesetz jedoch vergebens. Im Tatbestandsausschluss nach § 218a Abs. 1 StGB, nach welchem der Tatbestand des § 218 unter den genannten Voraussetzungen „nicht verwirklicht“ ist, kann sie nicht gesehen werden.

In einer Fußnote bemerkt die Autorin, in der Konstruktion des Tatbestandsausschlusses sei eine wesentliche Ursache für das schwindende Bewusstsein zu sehen, dass eine Abtreibungstat nach erfolgter Beratung zwar strafrei, aber keineswegs gerechtfertigt sei.³¹ Dies wird eher beiläufig erwähnt, als handele es sich um einen zu vernachlässigenden kleinen Schönheitsfehler. In Wahrheit wird hier ein gravierendes Problem angesprochen. Das BVerfG hat nämlich in seinem Urteil von 1993 gleich mehrfach zum Ausdruck gebracht, die Schutztauglich-

keit eines „Beratungskonzepts“ hänge davon ab, dass es gelingt, das Rechtsbewusstsein zu erhalten und zu stärken.³² Wie längst in aller Ausführlichkeit dargelegt, werden „beratene Abbrüche“³³ jedoch praktisch in jeder relevanten Hinsicht so behandelt, als wären sie rechtmäßig, bis hin zu ihrem Angebot als „Staatsaufgabe“ und ihrer nahezu ausnahmslosen Finanzierung aus den Haushalten der Bundesländer.³⁴ Aus dieser eklatanten Widersprüchlichkeit des „Beratungskonzepts“ wurde gefolgert, dass das Ungeborene gar kein Lebensrecht habe (*Norbert Hoerster*³⁵), aus dem Recht exkludiert sei (*Günther Jakobs*³⁶), durch die Entscheidung des BVerfG jedenfalls aus dem Bereich der Grundrechte (*Reinhard Merkel*³⁷). Diese Auffassungen können zwar im Ergebnis nicht überzeugen. Es lässt sich jedoch ernsthaft nicht bestreiten, dass die gesetzlichen Regelungen – geradezu konzeptbedingt – insgesamt das Bewusstsein vermitteln, der „beratene“ Schwangerschaftsabbruch sei erlaubt, d. h. nicht rechtswidrig.³⁸ Damit jedoch scheint offenkundig, dass die allererste Grundbedingung für den erhoff-

25 *Demel*, (Fn. 9), S. 260 f.

26 Urt. v. 27.10.1998, BVerfGE 98, 325. Die Autorin bezeichnet die Heranziehung dieses Zitats als „unsachgemäß“, weil es aus einem falschen Kontext stamme. Richtig ist zwar, dass die herangezogene Entscheidung nicht die Schwangerschaftskonfliktberatung, sondern das Beratungsgespräch beim Arzt betraf. Jedoch hat das BVerfG in dieser Entscheidung die Auffassung vertreten, dass die für die Beratung beim Arzt bezüglich der Darlegung der Gründe geltende Vorschrift (§ 218c Abs.1 Nr.1 StGB) inhaltlich dem in § 5 Abs.2 SchKG Geregeltten entspreche, weshalb es sich wie zitiert zur Auslegung dieser Vorschrift geäußert hat.

27 Es trifft deshalb genau genommen nicht zu, wenn das gesetzliche „Beratungskonzept“ häufig als Fristenregelung „mit Beratungspflicht“ bezeichnet wird.

28 *Demel* (Fn. 9), S. 269.

29 BVerfGE 88, 203, 280.

30 BVerfGE 88, 203, 273.

31 *Demel* (Fn. 9), S. 255, Fn. 550, unter Bezugnahme auf ein Zitat aus einer Erklärung des Ständigen Rates der Deutschen Bischofskonferenz v. 26.1.1998, abgedruckt in: *Reiter* (Fn. 3), S. 48 ff.

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

33 Diese Formulierung findet sich im Sondervotum des Verfassungsrichters *Böckenförde*, BVerfGE 88, 359.

34 Hierzu nur *Büchner*, Zum Inhalt der Beobachtungspflicht des Gesetzgebers als Schutzpflicht für das Leben Ungeborener, ZfL 2007, 72 ff., 74 m.w.N.

35 *JUS* 1995, 192 ff., *NJW* 1997, 773 ff.

36 *JVL*-Schriftenreihe Nr. 17 (2000), S. 17 ff., 26.

37 Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 110 ff.; ZfL 2008, 38 ff.; hiergegen *Büchner*, ZfL 2003, 12 ff.; *Hillgruber*, ZfL 2003, 48; *Hillgruber/Goos*, ZfL 2008, 43 ff.

38 In der Rechtswissenschaft wird der Tatbestandsausschluss inzwischen zunehmend als eine besondere Form einer „prozeduralen Rechtfertigung“ verstanden; Nachweise bei *Büchner*, ZfL 2007, 74, Fn. 29. Aus der Mitwirkung staatlicher und kirchlicher (!) Stellen im Rahmen des obligatorischen Beratungsgesprächs hat das LG Heilbronn geschlossen, dass der Schwangerschaftsabbruch „nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums wenn auch nicht erwünscht, so doch rechtmäßig“ sei (Urt. v. 18.12.2001, ZfL 2002, 20, 21). Nach dem Ergebnis einer Befragung von *Heitzmann*, Rechtsbewusstsein in der Demokratie – Schwangerschaftsabbruch und Rechtsverständnis, 2002, S. 215, wird die vom BVerfG betonte Rechtswidrigkeit „beratener“ Schwangerschaftsabbrüche von Laien bei ihrer eigenen Entscheidung „einfach ignoriert“. Zur Wirkung der gesetzlichen Regelung in der Bevölkerung auch *Seibel*, Straf- und zivilrechtliche Probleme des beratenen Schwangerschaftsabbruchs, 2007, S. 196 ff., 202.

ten Schutzeffekt einer Beratungsregelung (lt. BVerfG) unerfüllt bleibt.

Im Urteil des BVerfG von 1993 heißt es allerdings, die schwangere Frau müsse wissen, dass das Ungeborene insbesondere auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben habe, und es müsse ihr bewusst sein, dass nur in Ausnahmesituationen nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch in Betracht gezogen werden dürfe, 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.“³⁹ Was der Frau danach „bewusst sein“ muss, hat der Gesetzgeber in § 219 Abs. 1 S. 2 StGB dargelegt, ohne den Beratenden jedoch eine Pflicht zur Thematisierung, Vergewisserung und erforderlichenfalls zur Korrektur aufzuerlegen. Diese Peinlichkeit wollte der Gesetzgeber den Beratungsstellen offenbar ersparen. Den beratenden Personen wird das dekretierte Bewusstsein selbst wohl nicht selten fehlen. Wenn sie das heikle Thema ansprechen, könnte ihnen eine Frau antworten: „Wie können Sie von einem Lebensrecht des Ungeborenen mir gegenüber sprechen, wenn Sie mir gleich den Beratungsschein aushändigen, mit dem ich abtreiben kann? Und wenn ein Schwangerschaftsabbruch nach der Rechtsordnung unter den genannten Voraussetzungen in Betracht kommen kann, wie können Sie dann sagen, er sei rechtswidrig?“ Weiter könnte sie fragen, was denn mit „Lebensrecht“ eigentlich gemeint sei, wenn es ihrer „Letztentscheidung“ überlassen werde, ob sie ihre Schwangerschaft austrage oder aus Gründen der Unzumutbarkeit auch nicht. Was in § 219 Abs. 1 S. 2 StGB als Bewusstsein vorausgesetzt wird, ist also eher geeignet, das Rechtsbewusstsein zu zerstören als zu stärken.

5. Die Funktion des Beratungsscheins

Der Beratungsschein, so die Autorin, besage „nur, dass ein Beratungsgespräch stattgefunden hat, und zwar ein Beratungsgespräch zugunsten des Lebensrechts des Kindes.“⁴⁰ Dem muss zunächst insoweit widersprochen werden, als der Schein, wie oben ausgeführt, auch dann erteilt werden muss, wenn es mangels Bereitschaft der Schwangeren zu einem Gespräch gar nicht gekommen ist. Ob ja oder nein, lässt sich dem Schein also nicht entnehmen, ebenso nicht, ob es tatsächlich den Lebensschutz des Kindes zum Ziel hatte. Wäre die von der Autorin behauptete Funktion des Beratungsscheins die einzige, würde sich für ihn niemand interessieren, wäre er also für nichts zu gebrauchen. Die tatsächlich allein relevante Funktion des Scheins ist doch die, einem Arzt, den die Schwangere zu diesem Zweck aufsucht, zu signalisieren, dass er ohne strafrechtliches Risiko dem Wunsch nach Abbruch der Schwangerschaft nachkom-

men kann, wozu er ohne Vorlage des Scheins in aller Regel nicht bereit wäre. Das vermögen die angeführten Zitate verschiedener Autoren aus dem kirchlichen Bereich nicht ernsthaft in Frage zu stellen. Von den nicht wenigen Stellungnahmen auf der Grundlage des staatlichen Rechts, die in der Erteilung des Beratungsscheins eine Beihilfe zur Tötung des ungeborenen Kindes sehen, erwähnt die Autorin keine einzige.

Selbstverständlich ist zunächst, dass es sich nicht um eine *strafbare*, also strafrechtlich relevante Beihilfe handeln kann, weil die Haupttat, der Tötungsakt, nicht strafbar ist. Wenn jedoch die „beratene“ Tötung des ungeborenen Kindes Unrecht ist, dann kann nicht zweifelhaft sein, dass die Aushändigung des Beratungsscheins, von dem die ausstellende Person weiß, dass er geeignet und dazu bestimmt ist, die rechtswidrige Tötung zu ermöglichen, nach den Kriterien des weltlichen Rechts ein Akt der Beihilfe ist.⁴¹ Günther Jakobs pflichtet dem wie folgt bei:

„Was ... die Bescheinigung angeht, so ist sie für nichts zu gebrauchen als für die Ermöglichung des Schwangerschaftsabbruchs. ... Der Sinn der Erteilung der Bescheinigung erschöpft sich in der Förderung des Abbruchs, und deshalb ist nach allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Zurechnung, wie Studierende sie im ersten Semester lernen, die Erteilung der Bescheinigung Beihilfe zu einem nach dem Maßstab des BVerfG rechtswidrigen - wenn auch straffreien - Abbruch.“⁴²

Reinhard Merkel stimmt dem mit folgenden Ausführungen zu:

„Auch die Erteilung des Beratungsscheins als der erforderlichen *condicio sine qua non* eines beratenen Schwangerschaftsabbruchs ist – wie die ‚Staatsaufgabe‘ der Bereitstellung eines flächendeckenden Angebots von Abbruchmöglichkeiten (...) – ein Akt der staatlichen Beteiligung an dem angeblich rechtswidrigen Abbruch nach § 218a I ... Wäre dieser Unrecht, so wäre es freilich auch die Beihilfe dazu...“ Daher sei „die Einstellung der Schwangerschaftskonfliktberatung (mitsamt der obligatorischen Scheinerteilung) durch die katholischen Bischöfer seit Januar 2001 in der Sache konsequent und steht im Einklang sowohl mit moralischen, als auch mit strafrechtlichen Prinzipien der Zurechnung.“⁴³

Walter Gropp sieht demgegenüber in der Übergabe der Bescheinigung nur dann eine Hilfeleistung, wenn der Berater zu diesem Zeitpunkt weiß, dass die Schwangere den Beratungsschein nur entgegennimmt, um ihren feststehenden Entschluss zur Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs nach § 218a Abs. 1 bzw. Abs. 4 in die Tat umsetzen zu können. Im Fall des § 218a Abs. 4 StGB⁴⁴ liege sogar strafbare Beihilfe vor. Fälsch-

39 BVerfGE 88, 203, 283 f.

40 Demel (Fn. 9), S. 289.

41 So das Memorandum der JVL (Fn. 4), ZfL 1998, 41, 45; Tröndle, ZfL 1997, 52 ff.; Beckmann (Fn. 24), S. 46 ff.

42 Jakobs, Lebensschutz durch Pflichtberatung?, JVL-Schriftenreihe Nr. 17 (2000), S. 17 ff., 18; ders., JR 2000, 404 ff., 406.

43 Merkel (Fn. 23).

lich meint *Gropp* jedoch, der Berater könne die Erteilung des Beratungsscheins im Falle des § 218a Abs. 1 unter Hinweis auf sein Weigerungsrecht aus § 12 Abs. 1 SchKG ablehnen.⁴⁵ Das trifft deshalb nicht zu, weil die Schwangere nach demselben Gesetz (§ 7 Abs. 3 SchKG; *lex specialis*) auf die Beratungsbescheinigung einen Anspruch hat.⁴⁶ Solange bei Übergabe der Bescheinigung noch Hoffnung besteht, dass sich die Frau für das Leben entscheiden wird, liegt jedoch nach *Gropp*s Ansicht eine Risikoverringerung vor, welche ein Hilfeleisten (Beihilfe) ausschließt.⁴⁷ Dem hat *Merkel* zu Recht widersprochen⁴⁸ und *Herbert Tröndle* überzeugend entgegengehalten, dass *Gropp*s Argumentation strafrechtsdogmatisch nicht haltbar sei. Für die Zurechnung genüge es, dass die Beraterin mit der konkreten Möglichkeit der Haupttatförderung durch eigenes Handeln rechnet. Schon gar nicht könne in diesen Fällen die objektive Zurechnung über die Rechtsfigur der Risikoverminderung verneint werden. Die Aushändigung des Scheins sei nicht nur keine Risikoverringerung, sondern *erhöhe* in jedem Fall die Gefahr für das betroffene Kind.⁴⁹

Gegen die Qualifizierung der Scheinerteilung als Beihilfe wendet die Autorin zu Unrecht ein, das Eintreten für das Leben des ungeborenen Kindes, zu dem § 219 StGB die beratende Person verpflichtet, sei genau das Gegenteil von einer Mitwirkung an der Tötung eines unschuldigen Menschen. Denn das Eintreten für das Leben des Kindes ändert nichts daran, dass die den Schein aushändigende Person um dessen Zweckbestimmung weiß und auch mit der konkreten Möglichkeit rechnet, dass der Schein zweckentsprechend zur Tötung verwendet wird. Das genügt nach staatlichem Recht für die Verantwortlichkeit als Gehilfe. Erst recht kann nicht, wie gelegentlich zu hören, argumentiert werden, die Scheinerteilung sei keine Beihilfe, weil gegebenenfalls der Papst den „Ausstieg“ bereits viel früher hätte anordnen müssen. Denn in einem Dialog unter Ämtern, den Papst Johannes Paul II. über Jahre hinweg mit bewundernswerter Geduld geführt hat, muss es gestattet sein, auf das „schärfste Geschütz“ in der Hoffnung auf die Überzeugungskraft schonenderer Argumente zunächst zu verzichten.⁵⁰

Schon gar nicht kann der Beihilfecharakter der Scheinerteilung in den bereits erwähnten Fällen bestritten werden, in denen die Kindesmutter vom Vater oder dem sonstigen Umfeld bis hin zur strafbaren Nötigung zur Abtreibung gedrängt wird. In solchen Fällen liegt, worauf *Herbert Tröndle* hingewiesen hat⁵¹, nicht nur Beihilfe zur Tötung, sondern auch zur (womöglich strafbaren) Fremdbestimmung vor, wobei die beratenden Personen unter Strafdrohung schweigepflichtig sind.⁵²

6. Lob des gesetzlichen Konzepts

Die Autorin preist die in Deutschland geltende Gesetzesregelung als „in ganz Europa einzigartig“. Die

Zahlen des Statistischen Bundesamts über die Schwangerschaftsabbrüche belegten eine klar rückläufige Entwicklung.⁵³ Ob das deutsche „Abtreibungsrecht“ im Vergleich zu dem anderer europäischer Länder⁵⁴ besser ist, erscheint angesichts der aufgezeigten gravierenden Mängel zweifelhaft. Im Übrigen ist der Maßstab für die Beurteilung deutscher Gesetze nicht das, was anderswo gilt, sondern allein unser Grundgesetz. Die sich aus ihm ergebende Schutzpflicht des Staates für das Leben Ungeborener „ist bezogen auf das einzelne Leben, nicht nur auf menschliches Leben allgemein“⁵⁵, was die Autorin nicht erwähnt. Es kann aber nicht bezweifelt werden und ist nahezu unbestritten, dass ein gesetzliches Konzept, das es in die „Letztentscheidung“ der Frau stellt, ihr ungeborenes Kind nach einer nicht einmal gewährleisteten Beratung aus beliebigen Gründen töten zu lassen, das Leben des einzelnen Kindes nicht zu schützen vermag. Bezüglich der offiziellen Abtreibungsstatistik darf gerade von einer Theologin mehr als gläubiges Staunen erwartet werden. Diese Statistik⁵⁶ beruht auf praktisch unüberprüfbareren Angaben abtreibender Einrichtungen. Wie eine breite Öffentlichkeit sind diese brennend an der Botschaft interessiert, dass es in Deutschland „immer weniger Abtreibungen“ gebe. Man schaut oft nur auf die absoluten Zahlen, die angesichts rückläufiger Zahlen der Frauen im gebärfähigen Alter und der Geburten zwangsläufig abnehmen müssen, vernachlässigt die von Fachleuten vermutete, nach wie vor erhebliche Dunkelziffer und lässt die immer perfektioniertere Möglichkeit von Frühabtreibungen außer Betracht, die strafrechtlich irrelevant sind und von keiner Statistik erfasst werden. Über den individuellen Lebensschutz besagt die Statistik schon gar nichts. Uns der statistisch ausgewiesenen immer noch weit über 100.000 Tötun-

44 Danach ist die Schwangere nicht nach § 218 strafbar, wenn der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung (§ 219) von einem Arzt vorgenommen worden ist und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen (!) verstrichen sind. In Fällen einer besonderen Bedrängnis kann das Gericht von Strafe absehen.

45 *Gropp*, in: FS f. Eser, 2005, S. 291 ff., 299 f.

46 *Büchner*, ZfL 2008, 2 ff., 6; ebenso *Tröndle*, in: FS f. Otto, 2007, S. 821 ff., 837.

47 *Gropp* (Fn. 45).

48 *Merkel* (Fn. 23).

49 *Tröndle* (Fn. 46).

50 Was mit der Feststellung gemeint war, der Beratungsschein habe eine „Schlüsselfunktion für die Durchführung straffreier Abtreibungen“ (Schreiben des Papstes an die deutschen Bischöfe vom 11.1.1998), konnte im Übrigen nicht zweifelhaft sein. Die Schreiben des Papstes an die deutschen Bischöfe (und andere Dokumente) sind nachzulesen bei *Beckmann* (Fn. 24), S. 199 ff. Im Schreiben des Kardinals *Sodano* an mehrere deutsche Bischöfe v. 20.10.1999 (abgedruckt bei *Spicker*, Fn. 5, S. 176 ff.) wird das Problem der „cooperatio“ im Übrigen deutlich angesprochen.

51 *Tröndle* (Fn. 46), S. 824, 831; hierzu auch *Büchner*, ZfL 2007, S. 77 f.

52 Vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 4a StGB; § 53 Abs. 1 Nr. 3a StPO.

53 *Demel* (Fn. 9), S. 270 f.

54 Hierzu *Spicker* (Fn. 5), S. 284.

55 BVerfGE 88, 203 (Leitsatz 2), 252.

56 Hierzu nur *Spicker* (Fn. 13), S. 13 ff., 19 ff.

gen ungeborener Kinder pro Jahr rühmen zu wollen, wäre reiner Zynismus.

IV. Fazit und Ausblick

Das BVerfG hat die mit dem Schwangeren- und Familienhilfegesetz 1992 eingeführte Beratungsregelung bekanntlich nur als Versuch grundsätzlich gebilligt. Ob eine solche Regelung eine bessere Schutzwirkung für das ungeborene Leben entfalten könne, sei wissenschaftlich und rechtspolitisch umstritten und müsse sich erst noch erweisen. Der Gesetzgeber sei deshalb gehalten, die Auswirkungen seines neuen Schutzkonzepts im Auge zu behalten (Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht).⁵⁷ Obwohl das inzwischen Geltende hinter den Erwartungen des BVerfG teilweise deutlich zurückbleibt und die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers bisher unerfüllt geblieben ist, zeichnet die Autorin von diesem „Beratungskonzept“ ein schönes Bild, das in wesentlichen Details nicht der Realität entspricht.

Eine solche Apologetik, die mit Wissenschaft nichts mehr zu tun hat, geht auf Kosten des Lebensschutzes, weil sie ein System stabilisieren hilft, dessen Mängel offen zutage liegen und das auf seine Schutztauglichkeit hin längst zu überprüfen gewesen wäre. Die leicht erkennbare Absicht ist die Rechtfertigung des Weges von „Donum vitae“, dessen Wahl als „Gewissensentscheidung“ etikettiert wird. Für eine solche Entscheidung sind Illusionen jedoch kein tragfähiges Fundament.

Die Verantwortung der Kirche für die Ungeborenen verlangt von Bischöfen wie von Laien, zu einer offenen und freimütigen Auseinandersetzung mit Gesetz und Praxis bereit zu sein,⁵⁸ den Tatsachen ins Auge zu sehen, Defizite aufzuzeigen und mit allen zu Gebote stehenden Möglichkeiten entschlossen auf ihre Beseitigung hinzuarbeiten. Der Burgfriede, der zwischen Bischöfen und den sich für „Donum vitae“ Engagierenden zu herrschen scheint, darf die überfällige Auseinandersetzung nicht länger verhindern. Wichtiger als dieser Friede ist

der den ungeborenen Kindern geschuldete uneingeschränkte Einsatz für ihr Recht auf Leben.

Zwei Dinge vor allem gilt es ins öffentliche Bewusstsein zu rücken. Der Schutz des Staates muss auch und zu allererst dem einzelnen ungeborenen Kind gelten. Wer die getöteten ungeborenen Kinder nur als zu minimierendes und statistisch erfassbares Quantum in den Blick nimmt, übersieht, dass jedem dieser Kinder Menschenwürde und das Recht auf Leben zukommen. Diese elementaren Menschenrechte schließen es angesichts der Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens aus, die Tötung eines Menschen mit der Begründung zu rechtfertigen, sein Leben sei anderen unzumutbar. Wer wäre berufener, den konsequenten Schutz dieser Rechte einzufordern, als die Kirchen?

Zweitens gilt es, den Verlust des Rechtsbewusstseins und die Gründe hierfür zu thematisieren. Inzwischen ist sogar immer unverfrorener von einem „Recht auf Abtreibung“ die Rede, wobei von interessierter Seite selbstverständlich erwartet wird, dass Frauen dieses angebliche Recht zum Vorteil anderer auch einfordern.

Die Möglichkeiten der staatlichen Rechtsordnung, das Leben Ungeborener zu schützen, sind zwar begrenzt. Das Mindeste, was ein Schutzkonzept jedoch leisten muss, ist die Vermittlung eines klaren Rechtsbewusstseins, die das deutsche „Beratungskonzept“ jedoch konzeptbedingt offenkundig nicht zu leisten vermag. Deshalb kann auf seine Korrektur nicht verzichtet werden. Hierauf mit allem Nachdruck zu drängen, wäre ein Beitrag zur „Schärfung des öffentlichen Gewissens“, um die es Papst Johannes Paul II. in seinem Briefwechsel mit den deutschen Bischöfen vor allem gegangen ist.

⁵⁷ BVerfGE 88, 203, 269, 309 ff.

⁵⁸ Für diese Auseinandersetzung hat *Herbert Tröndle* wie kein anderer den Boden bereitet, mit seiner exemplarischen Kommentierung der Abtreibungsparagrafen, zuletzt in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999, und seinen zahlreichen anderen einschlägigen Veröffentlichungen. Vgl. auch die Beiträge anderer Autoren in: *Büchner/Kaminski*, Lebensschutz oder kollektiver Selbstbetrug?, 2006.

BGH: Zur Patentierbarkeit neuraler Vorläuferzellen des Menschen

PatG § 2; BiotechnologieRL Art. 6

Beschl. v. 17. Dezember 2009 - Xa ZR 58/07 (Vorinst.: BPatG, Entscheidung vom 05.12.2006 - 3 Ni 42/04 -)

Zum Sachverhalt:

I. Der Beklagte ist eingetragener Inhaber des am 19. Dezember 1997 angemeldeten deutschen Patents 197 56

864 (Streitpatents), das isolierte und gereinigte neurale Vorläuferzellen, Verfahren zu ihrer Herstellung aus embryonalen Stammzellen und die Verwendung der neuronalen Vorläuferzellen zur Therapie von neuronalen Defekten betrifft. Patentanspruch I lautet:

„Isolierte, gereinigte Vorläuferzellen mit neuronalen oder glialen Eigenschaften aus embryonalen Stammzellen, enthaltend höchstens etwa 15% primitive embryonale und nicht-neurale [gemeint ist: nicht-neurale] Zellen, erhältlich durch folgende Schritte:

