

Der mühsame Prozess der Reform des § 218 StGB

– Welche Rolle spielte die Neue Frauenbewegung 1968 bis heute? –

A. Einleitung

Rückblickend ist die kurze Zeit zwischen 1969 und 1975 die Zeit der Großen Strafrechtsreform. Getragen war diese Reform von einer knappen demokratischen Mehrheit. Die ebenfalls damals einsetzende Abtreibungsdebatte hingegen kam nur zustande, weil sich neue frauenpolitische Netzwerke bildeten. Diese existieren noch heute, stehen aber in einem Spannungsverhältnis zu den Kräften, welche sich für eine liberale Strafreform eingesetzt haben und welche noch heute für deren Erhalt kämpfen. Das trennende Stichwort ist Opferschutz. Bei Abtreibung denkt man nicht an Opferschutz. Aber die Aktionen der Frauennetzwerke der 70er Jahre brachten das Thema Abtreibung in einen solchen Zusammenhang. Für sie war das Abtreibungsverbot „strukturelle Gewalt gegen Frauen“. Unproblematisch war daher das Verhältnis der 68er und der Feministinnen nie. Aber die Differenzen wirkten sich damals noch nicht störend aus. Es war nun einmal eine kriminalpolitische Schönwetterperiode. Der Zeitgeist war innovativ, die Politik nicht von Ängsten, sondern vom Fortschrittsglauben geprägt. Heute finden die Kinder und Enkel der 68er eine andere Stimmung vor. Aber auch heute wird das geltende System der Strafverfolgung geprägt von dieser kurzen Zeit der Reformen. Denn zum ersten Mal in der deutschen Geschichte gab es eine knappe, aber handlungsfähige Mehrheit für einen grundlegenden demokratischen Wandel. Getragen war dieser Wandel nicht von den 68ern, wie man vordergründig wegen des Datums meinen könnte. Sie waren damals noch zu jung, sondern von denen, die das Grauen des Kriegsendes gerade noch erlebt hatten. Aber die jugendliche Aufbruchstimmung wirkte atmosphärisch wie ein Verstärker dessen, was zunächst unbemerkt aber nachhaltig während des wirtschaftlichen Aufschwungs in den 50er Jahren geschehen war. Die nachwachsende Generation bilanzierte neu und fand, dass der ökonomische Aufschwung zumindest teilweise zu teuer erkaufte worden sei durch eine politische Amnesie. Übermächtig wurde das Bedürfnis das einzulösen, was im Zuge des wirtschaftlichen Wiederaufbaus auf der Strecke geblieben war: die individuelle Emanzipation und gemeinsame Anstrengungen, um gesellschaftliche Verhältnisse zu schaffen, welche individuelle Freiheit zumindest zulassen. Heute wissen wir, dass diese Verän-

* Als Zeitzugin wird meine Position plastisch wiedergegeben in dem Interview, das ich mit der Berliner Zeitung kurz vor der mündlichen Verhandlung im Oktober 1998 führte. Das BVerfG erklärte den Bayerischen Sonderweg für verfassungswidrig. Gerügt worden war ein unverhältnismäßiger Eingriff in die ärztliche Berufsausübungsfreiheit. Es gewannen also Ärzte, welche ihre Patientinnen gut behandelten, die aber vom Land unter Druck gesetzt werden sollten. Indirekt war dies in meinen Augen ein kollektiver Sieg für alle Frauen, sollten sie jemals in die missliche Lage kommen, einen Arzt für eine Abtreibung zu suchen: www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/1998/0623/none/0001/index.html.

derungen der Mentalität prägend waren, auch wenn die Akteure gegen große Widerstände anrennen mussten. Wir wissen aber auch, dass die Provokationen der 68er zumindest auch ambivalent wirkten und neben den reformerischen Impulsen höchst destruktive Effekte hatten. Aber sie zwangen zunächst einmal diejenigen, die in den 70er Jahren die Politik gestalten konnten und wollten, zur Flucht nach vorne, was sich rückblickend als heilsam erweisen sollte.

B. Frauenbewegung und Strafrechtsreform

Hätte sich in 70er Jahren keine neue Frauenbewegung gebildet, wäre die Reform des § 218 StGB schnell beendet gewesen. So aber kam es zu einer Debatte, die im Folgenden geschildert werden soll. Verständlich ist sie nur, wenn man zurück geht in die Zeit um 1900. Beginnen wir also mit dem Bund Deutscher Frauenvereine und der kommunistischen Forderung nach Abschaffung des § 218 RStGB. Im Gegensatz zur 2. Frauenbewegung gelang es damals nämlich nicht, eine einheitliche Linie zu finden. Alle Lager vereinnahmten die Frauenfrage. Sie wurde zum Nebenwiderspruch, der erst mit dem Sieg des jeweiligen politischen Lagers gelöst werden könne.

1930 erhielt Camilla Jellinek¹ die Ehrendoktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg für ihr Lebenswerk. Sie hatte sich 1900 von Marianne Weber überreden lassen, die Rechtskommission des Bundes Deutscher Frauenvereine (BDF mit Sitz in Heidelberg) zu leiten. 1907 wurde sie Vorsitzende. Bereits 1908 vertrat sie die mühsam erkämpfte Mehrheitsmeinung des Verbandes (Frauenforderungen zur Strafrechtsreform). Es war dies die klassische liberale Position, den Abtreibungsparagraphen § 218 zu streichen, wenn der Eingriff durch einen Arzt mit Einwilligung der Frau durchgeführt worden ist.² Sie ging damit weit über die Position der liberalen Strafrechtswissenschaft hinaus – damals noch repräsentiert durch Franz von Liszt, Karl von Lilienthal und Gustav Radbruch, welche 1908 de lege ferenda lediglich neben der engen (vom Reichsgericht als übergesetzlichen Notstand konzipierten) medizinischen Indikation eine weit gefasste soziale Indikation vorgeschlagen hatten. Camilla Jellinek war mutig und unabhängig. Sie setzte sich über die Bedenken der Hausfrauenverbände und der konfessionell gebundenen Flügel im Verband hinweg und teilte auch nicht die Ansicht der eher konservativen Frauen, das Thema lieber auszuklammern, da die Freigabe der Abtreibung das mütterliche Gefühl „entarten“ lassen könnte. Aber die liberale Phase hielt nicht lange an. Bereits 1910 repräsentierte die eher konservative Gertrud Bäumer den Verband und setzte sich für andere Themen ein. Ihr Interesse ging in Richtung einer besseren Bildung und der Hebung der „Sittlichkeit“ der Frauen (etwa der Abschaffung der Prostitution). Der BDF war nun gegenüber den konservativen Strömungen kompromissbereit, grenzte sich aber umso mehr gegenüber den Forderungen der Arbeiterbewegung ab. So kam es 1926 lediglich zu einer Reduktion der Strafdrohung des ansonsten weitgehend unveränderten § 218 RStGB (keine Mindeststrafe, Gefängnis statt Zuchthaus). Aber bei einer gewerblichen Tätigkeit wurden Ärzte oder sog. Engelmacherinnen härter bestraft. Sie waren mit einer Mindeststrafe von

-
- 1 Frau des berühmten Staatsrechtlers Georg Jellinek und Mutter des zu dieser Zeit in Heidelberg öffentliches Recht lehrenden Walter Jellinek.
 - 2 Camilla Jellinek, Die Strafrechtsreform und die §§ 218 und 219 St. G. B., Heidelberg 1909.

drei Monaten Gefängnis bedroht, was bedeutete, dass nicht nur ihr Strafbarkeitsrisiko hoch war, sondern auch die Gefahr kurzer Gefängnisstrafen; denn damals dominierten noch kurze Freiheitsstrafen. Außerdem war schon das Vorfeld ihrer Tätigkeit riskant, da schon der Versand von Empfehlungen über eine adäquate Empfängnisverhütung unter den damaligen § 184 RStGB (Verbreitung unzüchtiger Schriften) subsumiert werden konnte.

Die Abschaffung des § 218 war während der gesamten Weimarer Zeit ein wichtiges Thema, an dem sich das Scheitern einer demokratischen Kultur demonstrieren lässt. Insbesondere linksliberale Zeitschriften wie die „Weltbühne“ ließen Autoren wie Kurt Tucholsky und Oskar Maria Graf zu Wort kommen. Magnus Hirschfeld begründete eine bis heute bedeutsame sexualwissenschaftliche Tradition und öffnete den Blick für bislang tabuisierte Fragen der sexuellen Orientierung und des Umgangs mit Sexualität und Fruchtbarkeit. Innerhalb der Arbeiterbewegung war das Thema klar: Gefordert wurde sowohl die Abschaffung des Verbots der männlichen Homosexualität als auch der Kriminalisierung der Abtreibung. Kommunistische Ärzte wagten den kalkulierten Tabubruch und sprachen offen über die Not derer, die eine Abtreibung verlangen, und über den Klassenparagraphen, den es abzuschaffen gelte. Sie gingen hohe Risiken ein. So kam etwa der kommunistische Arzt Friedrich Wolf, Vater des späteren DDR-Spionage-Chefs Markus Wolf, wegen gewerbsmäßiger Abtreibung ins Gefängnis. Er hatte nicht heimlich gehandelt, sondern offen darüber geschrieben und wurde berühmt wegen seines 1929 uraufgeführten Theaterstücks „Cyankali“, eine triste Abtreibungsgeschichte, welche das Empfinden der Menschen traf. Hunderttausende schlossen sich in etwa 800 „Kampfausschüssen“ zusammen. Eine Selbstbeziehungskampagne „Ich habe abgetrieben“ warb für eine neue, angeblich in Russland verwirklichte sozialistische Moral. Aber eine breite demokratische Einigung scheiterte angesichts der Verhältnisse. Zu weit lagen die Weltanschauungen und Milieus auseinander und die Vorstellung, man könnte weltanschauliche Fragen privatisieren, war noch völlig unrealistisch. Schließlich kriminalisierte das geltende Recht Verstöße gegen die „Sittlichkeit“, „Unzucht“ konnte sanktioniert und die öffentliche Meinungsäußerung eingeschränkt werden. Dies war einer der Gründe, weswegen auch ein breites Frauenbündnis praktisch undurchführbar war. Ohne ein demokratisches Fundament dominiert die Angst. Jedenfalls fürchtete der 1910 gebildete Vorstand des BDF, in Verbindung mit den Aktionen der Sozialisten gebracht zu werden, und distanzierte sich. Bis zur Selbstauflösung 1933 kam es zu keinem breiten Frauenbündnis, sondern die „bürgerlich“ genannten, sich selbst als „gemäßigt“ wahrgenommenen Frauenbünde hofften – vergeblich – im Rahmen der medizinischen Indikation auch soziale Gesichtspunkte unterbringen zu können (so etwa bis 1933 auch Gertrud Bäumer).³

Bis zum Ende der 60er Jahre war das Thema Abtreibung ein permanent gebrochenes Tabu. 4900 Tatverdächtige zählte die Polizeiliche Kriminalstatistik im Jahre 1960. Diese Zahlen gingen bis 1970 erheblich zurück. Heute ist ein Verstoß gegen § 218 strafrechtlich bedeutungslos. Die sozialliberale Koalition stellte 1969 eine Re-

3 Ute Gerhard, Unerhört. Die Geschichte der deutschen Frauenbewegung, Reinbek 1990, 106-121; Barbara Greven-Aschoff, Die bürgerliche Frauenbewegung in Deutschland 1894-1933 (= Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft 46), Göttingen 1981; Renate Augstein, Abtreibung, in: Johanna Beyer/Franziska Lamott/Birgit Meyer (Hg.), Frauenhandlexikon. Stichworte zur Selbstbestimmung, München 1983.

form in Aussicht. Aber sie sollte über eine weit gefasste medizinische Indikation nicht hinausgehen. International veränderte sich der Diskussionszusammenhang. Auf dem UNO-Kongress für Menschenrechte 1968 in Teheran wurden reproduktive Rechte gefordert: „Jedes Paar hat ein grundlegendes Menschenrecht, frei und verantwortlich über die Zahl und die Folge seiner Kinder zu entscheiden, und ein Recht auf entsprechende Erziehung und Information“. Sie gehören seither zum Kanon der internationalen Menschenrechtsdebatte. Um eine Fristenlösung zu erzwingen, formierte sich 1970 ein breites Frauenbündnis. Sie sammelten Unterschriften, schrieben offene Briefe, verteilten Informationsmaterial, organisierten Busfahrten in holländische Kliniken. Ärzte, die Frauen schlecht behandelten, aber an Abtreibungen gut verdienten, mussten fürchten, in schwarzen Listen aufzutauen. In Anlehnung an entsprechende Aktionen in Frankreich erschien schließlich die von Alice Schwarzer initiierte und im Stern abgedruckte Selbstbeziehungskampagne: „Ich habe abgetrieben“. 374 Frauen veröffentlichten ihr Bild, darunter viele Prominente. Eine neue europäische Frauenbewegung war entstanden. Sie argumentierte feministisch, löste also das kulturelle Geschlecht heraus aus dem Kontext der sozialen Attribute und ignorierte die alte Unterscheidung zwischen „bürgerlicher“ und „proletarischer“ Frauenbewegung. Die kommunistische These vom Nebenwiderspruch der Unterdrückung der Frau gemessen am Hauptwiderspruch des Klassengegensatzes war traurige Geschichte. Die Klammer hält bis heute. Themen wie „Selbstbestimmung über den eigenen Körper“ – „mein Bauch gehört mir“ und der Kampf gegen Männergewalt schufen neue demokratische Mehrheiten für die Veränderung der Gesellschaft. Klassische linke Juristen wie etwa Ridder und Ladeur mokierten sich in der „Kritischen Justiz“⁴ darüber, dass in solch „privatistischen“ oder „separatistischen“ Sprüchen ein neues gesellschaftliches Bewusstsein gesehen werde. Aber sie irrten sich. Langfristig ging die Strategie der Feministinnen auf: Überfraktionelle Frauenbündnisse konnten – gezielt eingesetzt – die knappen Mehrheiten im Parlament verändern und außerparlamentarisch über die Medien den demokratischen Druck erzeugen, den es brauchte, um die Blockaden aufzubrechen. Außerdem setzte eine Graswurzel-Politik ein. Die damals aktive autonome Projekt-Kultur begann, die patriarchale Macht von konservativen Juristen, Ärzten und Politikern zu unterlaufen. Der Sache nach funktioniert diese Strategie noch heute, aber nur dann, wenn die breiten Frauenbündnisse eine gemeinsame Linie finden können. Dies war beim Thema § 218 der Fall. Auch beim Kampf gegen Männergewalt funktionierte es. Aber es gibt Themen, bei denen gibt es keinen Konsens: etwa beim Recht auf einen selbstbestimmten Tod und bei Fragen der Reproduktionsmedizin.⁵ Der Grund für die beobachtbaren Widersprüche sind Positionen, welche ich als bevor-

4 Heft 1/1972, 16, 23.

5 Monika Frommel, Die Menschenwürde des Embryos in vitro – irritierte Eindrücke einer liberalen Feministin angesichts der Probleme einer angemessenen Reproduktionsmedizin, KJ 35 (2002), 411 ff. Wer in den Abgrund des bevormundenden Feminismus schauen möchte, wähle die Seite von Repokult. Sie sind nicht nur gegen Pränataldiagnostik, sondern wollen es auch Kinderwunschpatientinnen so schwer wie möglich machen, eine angemessene Behandlung zu erreichen. Soziale Bewegungen folgen eben nicht einer in sich geschlossenen Logik, sondern vereinigen soziale Strömungen. Und innerhalb des Frauenbündnisses gibt es eben Vorbehalte gegen Frauen, die dem klassischen Mutterideal mit Mitteln der Reproduktionsmedizin folgen wollen.

mundenden Feminismus bezeichnen würde. Tradition hat diese Haltung insbesondere beim Reizthema Prostitution. Dies bedeutet, dass auch die Neue Frauenbewegung die Kinderkrankheit aller sozialen Bewegungen teilt. Statt die Betroffenen zu Wort kommen zu lassen, werden sie doktrinär ins eigene Konzept eingespannt. Aber beim Thema Abtreibung wirkte sich dies nicht hemmend aus. Insgesamt gesehen hat dieses Phänomen jedenfalls den kulturellen Lernprozess der letzten Jahrzehnte nicht behindert: Die Mehrheit der Bevölkerung hat aus den Kämpfen um den § 218 gelernt, tolerant zu werden und Recht und Moral neu zu mischen. Dies soll das Thema des folgenden Kapitels sein.

C. Kulturelle Lernprozesse in individualisierten Gesellschaften: Wie geht man mit unüberbrückbaren Differenzen um?

Die Abtreibungsdebatten waren quälend. Aber nicht zuletzt wegen dieser endlosen Schleifen von leeren Worten setzte sich in den letzten 40 Jahren europaweit die Einsicht durch, dass ethische Debatten nicht zu schnell rechtspolitisch und schon gar nicht in erster Linie kriminalpolitisch geführt werden sollten, da es erfahrungsgemäß eine gewisse Zeit dauert, bis erkennbar wird, ob und wo ein Minimalkonsens über Grundwerte erzielt werden kann und wo strittige Positionen unauflösbar gegeneinander stehen. Stellt sich dies heraus, dann ist das Toleranzgebot gefragt. Denn unüberbrückbare Unterschiede führen in modernen westlichen Gesellschaften dazu, dass beide Seiten dies zu akzeptieren lernen. Dieses ist durchaus ein rechtskultureller Fortschritt, der nicht so einfach zu erreichen ist. Hat sich aber die Einsicht durchgesetzt, dass es nun einmal unvereinbare Positionen gibt, verändert sich langfristig auch das Recht, allerdings nicht ohne politische Kämpfe und auch nicht immer widerspruchsfrei. Bemerkenswert ist die Strukturveränderung des Rechts nach solchen Prozessen, es kann nicht mehr material regeln, wie die Kollision von Werten aufzulösen ist, sondern muss prozedurale Regelungstechniken finden. Diese verfolgen den Zweck, die jeweils subjektiv richtige Präferenz zuzulassen und lediglich ein Verfahren bereit zu stellen, das die Gewähr dafür gibt, dass die Betroffenen über die Voraussetzungen und Folgen ihrer Entscheidungen informiert und tatsächlich in der Lage sind, eine höchstpersönliche Entscheidung in einer Grenzsituation zu treffen. Dies klingt einfacher als es ist; denn auch in Zeiten des Normwandels ist es trotz dieser grundlegenden Einsicht geradezu typisch, dass das jeweils nationale Recht – insbesondere auch das Strafrecht – der Verwirklichung dieser Einsicht zumindest für eine gewisse Übergangszeit im Wege steht und gewissermaßen uneinsichtig beansprucht, was gesellschaftlich nicht mehr durchsetzbar ist. In Mediengesellschaften verkompliziert sich dies, da die Gegner einer Reform auf Gesetzesentwürfe, die Strafrecht zurücknehmen, mit Dramatisierung reagieren. Die Entdramatisierung funktioniert daher regelmäßig über spektakuläre Fälle, die Schlagzeilen machen. Schlagzeilen lösen wiederum einen Wiederholungszwang aus und begünstigen langfristig die Reformer. Bei der Abtreibungsdebatte ist dies erst nach 40 Jahren gelungen.

I. Der langsame Rückzug des materialen Rechts nach 40 Jahren quälender Abtreibungsdebatte

Wer sich heute die Rechtslage und die Praxis beim Schwangerschaftsabbruch anschaut, stellt fest, dass erst nach jahrelangen Kämpfen Rechtssicherheit eingetreten ist und seitdem sogar eine entspannte Liberalität zu beobachten ist. Dennoch war das sich wandelnde gesellschaftliche Selbstverständnis der letzten 35 Jahre von ungewöhnlich heftigen Abtreibungsdebatten begleitet worden, welche bisweilen hohe Wellen geschlagen haben.⁶ Erst aus der historischen Distanz sieht man die grundlegenden Veränderungen, nicht nur im Ergebnis, sondern insbesondere auch in der Art und Weise, wie debattiert wird, d. h. in der Qualität der Debattenkultur. Haben noch in den 70er Jahren Begriffe wie „Lebensschutz“ oder „Recht auf Abtreibung“ Fronten markiert, dominieren mittlerweile liberale Zwischenlösungen, mit denen jeder leben kann. Dass ein Verfahren der ergebnisoffenen Entscheidungsfindung dem „Lebensschutz“ dient, kann jeder zugestehen. Auch die früher leidenschaftlich umstrittene Frage nach dem rechtlichen und moralischen Status von Embryonen *in vivo* und *in vitro* mag philosophisch interessant sein, aber die Ergebnisse der jeweils getroffenen Entscheidungen berührt sie letztlich nur noch sehr indirekt. Offenbar können wir eines der eher seltenen Beispiele einer gelungenen Entkriminalisierung betrachten. Zwar kann ein Verstoß gegen die in den §§ 218 ff. StGB niedergelegten Regeln immer noch bestraft werden, aber die Regeln sind im Unterschied zu früher so präzise formuliert und um Fairness bemüht, dass sie auch ohne Interessenkonflikte eingehalten werden können. Wer sie nicht einhält, wird bestraft und von der ärztlichen Selbstverwaltung sanktioniert. Nur auf Nebenschauplätzen wird noch gestritten.

II. Heftige Kämpfe und dramatische Zuspitzungen – ein Rückblick auf die letzten 40 Jahre

Aber ohne spektakuläre und für die Betroffenen traumatische Kriminalfälle war auch dieses Ergebnis nicht zu erzielen. Rekapitulieren wir noch einmal die Etappen: 1974

6 Die Parallelen zur Weimarer Republik sind deutlich: Eine Liberalisierung konnte damals nicht erreicht werden. Es gab seit den 30er Jahren zwei widersprüchliche Tendenzen, die gleichzeitig wirkten: Auf der einen Seite konstruierte das Reichsgericht einen außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund (Indikationslösung) zur Entlastung von Ärzten und ungewollt Schwangeren. Zugleich aber verschärfte die Strafverfolgungsorgane ihre Kriminalisierungen. In beiden historischen Phasen gab es heftige ideologische Kämpfe und es formierte sich jeweils ein frauenpolitischer Protest gegen die strafbewehrte „Gebärpflicht“. Gefordert wird ein Recht auf Abtreibung. Die Situation der 20er bis 30er Jahre glich der in den 50er Jahren und war historisch gesehen der nahliegende Anknüpfungspunkt für die zweite Frauenbewegung, die sich in den 70er Jahren die Erfahrungen aus dem Scheitern der ersten Frauenbewegung zunutze machte. Verabschiedet wurden Fristenlösungen in Dänemark 1973, Schweden 1975 und Österreich 1975. In den Niederlanden einigten sich die zugelassenen Einrichtungen mit dem Justizministerium auf liberale Regelungen für die Praxis im Rahmen des Opportunitätsprinzips. Aber in Deutschland wurde der weltanschauliche Konflikt sowohl 1975 als auch 1993 zum verfassungsrechtlichen Problem erklärt und fortan erbittert ausgefochten. Im Ergebnis führte dies erst 1995 zu einer *de facto* Fristenlösung (Lebensschutz durch Beratung) und seit 1998 zu einer bundeseinheitlich gleichen Rechtspraxis.

(BVerfGE 1975), 1976, 1992 (BVerfGE 1993) und 1995 ergingen jeweils nach quälend ausführlichen Debatten, in denen die bekannten Pro- und Contra-Argumente unermüdlich wiederholt wurden, gesetzliche Regelungen, welche entweder aufgehoben wurden oder sich widersprechende und ziemlich unklare Kompromisse mit je verschiedenen Schutzkonzepten vorsahen, erzwungen durch die Interventionen des Bundesverfassungsgerichts. So wurden die beiden Rechtsklarheit schaffenden Fristenlösungen der Jahre 1974 und 1992 durch zwei Rechtsunklarheit produzierende Urteile der damals noch konservativ judizierenden Spruchkörper des Bundesverfassungsgerichts verworfen, was den Reformgesetzgeber 1976 zum Formelkompromiss der Notlagenindikation nötigte. Erst 1995 kam es zur bis heute geltenden Beratungslösung. Letztere ist eine de facto-Fristenregelung mit Beratungspflicht und garantierter Entscheidungsfreiheit. Das neue Recht ist auch nicht mehr föderal, sondern vereinheitlicht die früher divergierende Länderpraxis.

Föderale Regelungen eröffnen Arenen für unfruchtbare Auseinandersetzungen. 1974 und 1976 konnten die Länder über alles, was Beratung und Zulassung der Einrichtungen zum Schwangerschaftsabbruch betraf, selbst entscheiden. 1992 und 1995 lernte die Bundesgesetzgebung aus den gemachten schlechten Erfahrungen und wählte eine Regelungstechnik, nach welcher der Bund über seine Bundeskompetenz „Strafrecht“ den Ländern einen Sicherstellungsauftrag aufgab. Ob sie nun wollten oder nicht, müssen die Länder seither nicht nur „ein ausreichendes Angebot wohnortnaher Beratung“ sicherstellen, sondern auch „ein ausreichendes und flächendeckendes Angebot sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen“. Damit zog die Gesetzgebung die Konsequenz aus den Memminger Verfahren 1986-1992, auf die im Folgenden noch eingegangen werden wird. Denn diese wären erst gar nicht passiert, hätte Bayern nicht mit Aussicht auf Erfolg das Bundesrecht unterminieren können. Aber das nun in beiden Senaten eher liberal zusammengesetzte Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 98, 265)⁷ stabilisierte 1998 die Beratungslösung und beschränkte die Gesetzgebungskompetenz der Länder, wenn der Bund kraft Sachzusammenhangs in ihren Kompetenzbereich zur Regelung einer Materie eingegriffen habe. Damit waren weite Teile des bayerischen Landesrechts (BaySchwHEG 1996), das – gestützt auf die Landeskompetenz für Arztrecht – das Beratungsmodell unterlaufen wollte, nichtig. Ausschlaggebend war, dass dieses Landesrecht den Sicherstellungsauftrag unterminiert habe.⁸

Überrascht über diesen Ausgang waren insbesondere diejenigen, welche über Jahre den Druck auf bayerische Frauen und Ärzte erfolgreich erhöht und nicht damit gerech-

7 Der 1. Senat widerspricht nicht der früheren Rechtsprechung des 2. Senats in BVerfGE 88, 203, sondern führt diese fort. Juristische Formeln sind nun einmal biegsam und die personelle Besetzung von Spruchkörpern ist nicht unwichtig. Außerdem hatte die Gesetzgebung zwischenzeitlich die Strafpflicht des Staates, die 1973 noch gefordert worden war, relativiert. Statt mit den Mitteln des Strafrechts wird mit der Beratungslösung das Ziel des Lebensschutzes und der Entscheidungsfreiheit mit kommunikativen Mitteln unter Einbeziehung der Ärzteschaft angestrebt. Hierzu passt es nicht, wie es manche Länder praktizieren, das Angebot zu verknapfen und Hürden aufzubauen, die im Ergebnis zur Abbruchwanderung führen.

8 Gestützt auf empirische Ergebnisse, welche die „Abbruchwanderung“ Ende der 80er Jahre belegten, so die in das Verfahren einbezogene Berechnung von Joachim von Baross, pro familia magazin 6/1996, 23 ff. Vgl. zur spektakulären Entscheidung über den einstweiligen Rechtsschutz vom 24. Juni 1997 Sibylle Raasch, KJ 30 (1997), 310.

net hatten, dass das Bundesverfassungsgericht für den Regelungszusammenhang „Abtreibung“ die Gesetzgebungskompetenz der Länder derartig rigoros begrenzen und den arztrechtlichen Regelungen nur noch zugestehen würde, dafür zu sorgen, dass sie dieser ihrer Sicherstellungspflicht auch genügen. Ärzte haben einen Rechtsanspruch auf eine Erlaubnis zum ambulanten Schwangerschaftsabbruch, wenn sie die Anforderungen erfüllen, da Schwangerschaftsabbrüche zum Schutzbereich der Berufswahl- und ärztlichen Ausübungsfreiheit gehören.

Im Ergebnis wurde somit dem einfachen Recht ein die Rechte der Patientin akzeptierendes und ein für Ärzte umsetzbares und vor allem bundeseinheitlich zu beachtendes Schutzkonzept entnommen, das in allen Ländern gleiche Rahmenbedingungen durchsetzte und damit das Ende des bayerischen, aber auch jedes anderen Sonderweges aus weltanschaulichen Gründen bedeutete. Damit war ein langer Kampf beendet und die weltanschauliche Debatte verlagerte sich allenfalls auf eher bizarre Auseinandersetzungen zwischen Ärzten, Patientinnen und sog. radikalen Lebensschützern.⁹

III. Entstehungsbedingungen der Memminger Strafverfahren 1986-1992

Rückblickend ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein Bruch mit Traditionen. Rekapitulieren wir die Etappen dieser Erfolgsgeschichte. Begonnen hatte alles mit einer dramatischen Zuspitzung der noch einmal aufflackernden ideologischen Kämpfe in den 80er Jahren. Eigentlich waren sie schon damals anachronistisch; denn längst hatte man sich daran gewöhnt, dass es zu keiner Kriminalisierung von Frauen oder nur ganz selten von Ärzten kommen würde, selbst wenn diese die Notlagenindi-

⁹ www.babycaust.de etwa ist eine Webseite, die ein engmaschiges Netz von aggressiven Lebensschützern, genauer: Stalkern, bedient, welche es sich zur Lebensaufgabe gemacht haben, regelmäßig Arztpraxen zu belästigen, die Abtreibungen durchführen. Sie sind anwaltlich beraten und schöpfen im Fall der Gegenwehr der Belästigten grundsätzlich den Rechtsweg aus, gehen also in Berufung, Revision, legen Verfassungsbeschwerde ein, auch wenn es aussichtslos ist, weil sie glauben, dass sie in Gerichtsverfahren ein Medium für ihren Protest gefunden haben. Leider geschieht dies auf Kosten der betroffenen Ärzte. Die Stalker sind so ausgewählt, dass sie alle als mittellos gelten, so dass Ärzte, die sich erfolgreich zur Wehr setzen, auf ihren Kosten sitzen bleiben. Dass der Betreiber der Webseite gesponsert wird, nützt nichts. Denn unverdrossen prozessieren diese weiter, auch wenn sie keine Prozesskostenhilfe mehr bekommen, was mittlerweile der Fall ist. Offenbar werden die Anwälte von Dritten bezahlt, während der Berufsverband der betroffenen Frauenärzte die Kostenübernahme ablehnt. Wer die Einträge dieser Website liest, bekommt eine Ahnung vom sinnlosen Kampf gegen die nun einmal legalisierte Abtreibung; geführt wird dieser aber mit einem unvorstellbaren Aufwand und mit viel Geld von radikalen Organisationen. Mit dem Urteil des BGH vom 1.4.2003 – VI ZR 366/02 – stabilisiert sich eine höchstrichterliche Rechtsprechung zugunsten der Ärzte, nachdem die Gerichte zunächst die Meinungsfreiheit betont hatten. Nach langem Hin und Her bejaht das BVerfG nun den Straftatbestand der Beleidigung durch solche Schmähungen, da die Grenzen der Meinungsfreiheit überschritten seien, BVerfG vom 24.5.2006 – 1 BvR 49/00. Aber zivilrechtliche Unterlassungsansprüche nach §§ 823, 1004 BGB müssen in jedem Einzelfall aktiviert werden. Leicht ist es nicht, sich gegen Menschen zu wehren, die fanatisch von ihrer Sache überzeugt sind. Nach der Tragödie beginnt nun die Farce. Eigentlich sollte man arbeitslose Schauspieler engagieren, welche die Stalker vor Abtreibungspraxen der Lächerlichkeit preisgeben.

kation, den damaligen gesetzlichen Kompromiss, weit auslegten, also doch dazu neigten, ihren Beurteilungsspielraum zugunsten der Patientinnen zu nutzen.¹⁰ Aber diese Annahme sollte sich – jedenfalls für Bayern – als Irrtum erweisen. Zugegeben: Der betroffene Arzt machte es den dortigen Strafverfolgungsorganen, die nur darauf warteten, ein Exempel zu statuieren, leicht. Denn der Landesgesetzgeber hatte seit Mitte der 80er Jahre eine Falle aufgestellt, in die irgendwann einmal ein ahnungsloses Opfer tappen musste. Damals galt noch ein föderales Recht. Bayern konnte sich weigern, ambulante Einrichtungen zu genehmigen und das Bundesverwaltungsgericht hatte 1985 auch noch entschieden, dass der Landesgesetzgeber frei sei. Ambulante Einrichtungen zum Schwangerschaftsabbruch könnten sich nicht auf die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG berufen, da dieses Grundrecht nicht erlaube zu töten. Die Indikationen begrenzten nur die Strafbarkeit. Zwar werde durch diese föderalen Normen und die auf sie gestützten Nichtgenehmigungen die Berufsausübung beschränkt. Dies sei aber wegen des insofern vorrangigen Lebensschutzes – so lautete die erst 1998 vom BVerfG korrigierte, damals noch übliche Lesart – zulässig.¹¹

Vor diesem Hintergrund bahnte sich das Drama an. Da Eingriffe in einer nicht zugelassenen Arztpraxis von den Krankenkassen nicht bezahlt wurden, hatte ein Arzt, der sich über die fehlende Genehmigung hinweg gesetzt hatte, ein Problem. Entweder kassierte er Schwarzgeld oder riskierte eine Buße wegen einer Ordnungswidrigkeit, sollte das Finanzamt ihn anzeigen (wegen des bejahten öffentlichen Interesses). So gesehen war es nur eine Frage der Zeit, bis irgendwann die Steuerfahndung tätig werden würde. In dem spektakulären Memminger Fall beschlagnahmte sie 1986 in einer Praxis in der bayerischen Provinz einen Berg von Patientenkarteikarten und beschloss, einen Fall zu produzieren, der die damals bereits heftig angeheizte Abtreibungsdebatte völ-

10 Zivilrechtlich sah die Sache freilich anders aus. Im damals liberalen Bremen wurde bei einem der ersten Schadensersatzprozesse zum „Kind als Schaden“ nicht auf die Entscheidungsfreiheit der Frau abgestellt, sondern auf ihre verfassungsrechtliche Pflicht, auch ein unerwünschtes Kind im „Normalfall“ auszutragen, wobei der Normalfall zugunsten des falsch beratenden Arztes sehr weit gezogen wurde. Roland Dubischar, Prozesse, die Geschichte machten. Fakten, Hintergründe, Rechtsfortschritte, München 1997, 215 ff. schildert einen – etwa zeitgleich zu den hier behandelten Strafverfahren – Aufsehen erregenden Schadensersatzfall, der nach vielen Wendungen am Ende doch mit einer engen Auslegung der Notlagenindikation durch den BGH in Zivilsachen endete und den Eltern trotz eines vorsätzlichen Beratungsfehlers des Arztes keinen Schadensersatzanspruch zubilligte. – Nach gegenwärtiger Rechtsauffassung ist die Entscheidungsfreiheit der Patientin geschützt, vgl. BGH (v. 15.2.2000) NJW 2000, 1782; BGH (v. 4.12.2001) NJW 2002, 886; BGH (v. 19.2.2002) NJW 2002, 1489; BGH (v. 18.6.2002) NJW 2002, 2636; BGH (v. 15.7.2003) NJW 2003, 3411.

11 BVerwGE 75, 330 vom 15.1.1987 (VGH Baden-Württemberg); gegen VGH München, NJW 1987, 727. Die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde wegen Art. 12 GG wurden damals als gering eingestuft, da die Berufsausübungsfreiheit eingeschränkt werden kann. 1998 sah die Abwägung anders aus, da die Beratungslösung der 1995 reformierten §§ 218 ff. StGB die Ärzte in ein Konzept zum Lebensschutz einbindet und damit zu Partnern frei entscheidender Patientinnen. Außerdem gab es in den 80er Jahren noch keine Sicherstellungspflicht der Länder, weil sie erst 1992 normiert wurde.

lig neu aufrollen würde.¹² Man verständigte die allgemeine Staatsanwaltschaft davon, dass in einem Strafverfahren Zufallsfunde existierten, aus denen sich möglicherweise Verstöße gegen das damalige Abtreibungsrecht ergäben. Daraufhin wurden diese und weitere Karteikarten für Zwecke der Strafverfolgung beschlagnahmt und die sog. Memminger Verfahren nahmen ihren Lauf. Die Staatsanwaltschaft hatte offenbar im Sinn, die Notlagenindikation in einem medial gut inszenierten Verfahren demonstrativ zu Fall zu bringen. Denn angeklagt wurde nicht vor dem Amtsgericht, sondern vor dem Landgericht. In letzter Instanz erwartete man also ein für ganz Deutschland verbindliches BGH-Urteil und tat alles, um es so restriktiv wie möglich werden zu lassen, indem die Tatsachen so belastend wie möglich interpretiert und damit für die sich anschließenden Rechtsfragen (wie weit ist der Beurteilungsspielraum eines Arztes, der Verfahrensfehler begangen hatte) festgestellt wurden.

Um die vom Arzt gestellte Notlagenindikation überprüfen zu können, waren die Aussagen der Patientinnen nötig. Um ihr Zeugnisverweigerungsrecht nach § 55 StPO zu überspielen, wurde gegen sie im schriftlichen Verfahren vorgegangen. Fast alle Beschuldigten ließen die Frist verstreichen und wurden rechtskräftig verurteilt. Als rechtskräftig verurteilte Patientinnen wurden sie im Verfahren gegen den Arzt als Zeuginnen benannt und hochnotpeinlich befragt. Nun mussten sie sich vorhalten lassen, dass sie den belastenden Sachverhalt zugestanden und sich auch nicht gegen die Beschlagnahme ihrer Patientenakte gewehrt hatten. Keine der Zeuginnen verweigerte die Aussage mit der Begründung, dass das belastende Material durch einen Eingriff in ihre Intimsphäre, das Arzt-Patientinnenverhältnis, erlangt worden war. Aus der Sicht der Strafverfolgung war somit die erste Etappe erfolgreich. Keine der Patientinnen wehrte sich gegen die unverhältnismäßige Beschlagnahme ihrer Patientenakte und nur eine Patientin erzwang ein öffentliches Verfahren, das die Medien aufhören ließ. Aber auch sie wollte lediglich bestätigt sehen, dass sie in einer Notlage gehandelt hatte, versäumte es also auch gegen die Beschlagnahme ihrer Daten vorzugehen.¹³ Damit schloss sich eine weitere Falle. Denn für den betroffenen Arzt erwies sich diese Zurückhaltung der Zeuginnen als fatal, da er – so 1991 die höchstrichterliche Rechtspre-

12 In Neue Kriminalpolitik 2 (1989), 22-23, führte ich mit dem danach verstorbenen Rechtsanwalt Dr. Sebastian Cobler ein Gespräch: „Durchsucht wie einen Gemüseladen“. Es wirft ein schrilles Licht auf die damalige Zeit.

13 Aber gleichwohl war auch dieses Strafverfahren spektakulär. Es wird als das Federlin-Verfahren in die Rechtsgeschichte eingehen, weil es nach dem Revisionsurteil des BGH im Fall Theissen nicht weiter betrieben wurde, sondern eine völlig überraschende Wende nahm: Es wurde eingestellt. Wieso dies geschah, lässt sich rückblickend gut rekonstruieren. Die sich abzeichnende Divergenz zwischen dem Obersten Bayerischen Landesgericht und dem BGH löste das nach der Rückverweisung wieder zuständige Instanzgericht, das Landgericht Memmingen, auf bemerkenswerte Weise. Es wich dem gerichtlich auszufechtenden Glaubenskampf aus und schuf einen neuartigen Einstellungsgrund der Unzumutbarkeit der Fortsetzung eines Strafverfahrens für alle Beteiligte. Eingestellt wurde also nicht wegen der langen Verfahrensdauer, sondern wegen des zu erwartenden „hin und her“ zwischen BayObLG und BGH. Mit anderen Worten: Das LG kürzte das Verfahren ab und hielt sich an die Rechtsprechung des BGH, d.h. an die Doktrin des gerichtlich nur bedingt überprüfbaren Beurteilungsspielraums des die Indikation feststellenden Arztes. Belohnt wurde damit am Ende der Mut dieser Patientin, sich an die Öffentlichkeit zu wenden, aber erst nach mehr als sieben Jahren Verfahrensdauer.

chung des BGH – prozessual ein sehr viel schwächeres prozessuales Recht auf Wahrung seines Schweigerechtes hatte als die in ihrer Intimsphäre betroffenen Patientinnen. Jedenfalls urteilte der BGH sehr lakonisch, dass er nun einmal angesichts des festgestellten Sachverhaltes jahrelang gegen Bestimmungen des Lebensschutz verstoßen habe, so dass es im Interesse der Strafverfolgung legitim und verhältnismäßig gewesen sei, im Verfahren gegen ihn die Patientenkartekarten zu beschlagnahmen (BGH 1. Strafsenat vom 3.12.1991). Aber so ganz ging die Rechnung der bayerischen Strafverfolger doch nicht auf. Was die damals umstrittene Notlagenindikation betraf, so billigte man Ärzten einen weiten Beurteilungsspielraum zu. Damit war für Ärzte, die das Verfahren einhalten, Rechtssicherheit geschaffen. Und was das Memminger Verfahren gegen den zu einer Freiheitsstrafe verurteilten Arzt betraf, so kassierte der BGH einen Teil der Verurteilungen und ermöglichte dann dem nachfolgenden Instanzgericht, eine Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusprechen. Für den glimpflich Davongekommenen war dies dennoch eine unerträgliche Belastung, von der er sich bis heute nicht mehr erholt hat. Nur für die Allgemeinheit war die Bilanz besser. Denn die Fallensteller konnten nur einen ersten Pyrrhussieg erringen. Langfristig aber hatten sie alle Sympathien verloren.

IV. Die Rolle der Medien und der sie tragenden sozialen Bewegungen

Spektakuläre Prozesse sind die Arena für soziale Bewegungen, ihre Wertvorstellungen zu artikulieren. Bei den Memminger Verfahren bildete sich ein stabiles Netz – jenseits der Parteigrenzen und der Milieus – heraus, das letztlich den sozialen und moralischen Wandel trug. In sechs Jahren hatten die Medien das nicht ganz unschuldige Opfer, immerhin hatte er es in einigen Fällen versäumt, seine Patientinnen zur Beratung zu schicken und sich somit klar strafbar gemacht, vor dem Schlimmsten gerettet. Die verhassten „Hexenprozesse“ oder auch die bayerische Inquisition zwangen nun den Bundesgesetzgeber zum Handeln. Da dieser außerdem noch zeitgleich die Vereinheitlichung der ostdeutschen Fristenlösung mit der mangelbehafteten westdeutschen Regelung schaffen musste, kam es 1995 zu einer Regelung, die nun nicht mehr so leicht zum Spielball inszenierter Strafverfahren werden konnte. Eine historisch einmalige Konstellation: im Westen die Memminger Verfahren, im Osten eine Fristenlösung beendeten – rückblickend – eine Jahrhundertdebatte.

V. Ende der Vorstellung: Der Ausweg in föderale Regelungen, wie er in den 70er Jahren noch nötig war, wird abgeschnitten

Die ganze Entwicklung bis zum 3. Urteil des Bundesverfassungsgerichts 1998 wäre nicht so abgelaufen, wenn man 1974 (nach dem 1. BVerfG-Urteil gegen die Fristenlösung) nicht allzu schnell die föderale Karte gezogen hätte (bzw. ziehen musste wegen der fehlenden Bundesratsmehrheiten). Der Konflikt zwischen dem Bundesrecht und der Landesgesetzgebung konnte immer wieder an der Regelung 1974 und 1976 ansetzen, die es den Ländern frei stellte, ambulante Einrichtungen für den Schwangerschaftsabbruch zuzulassen oder nicht. Insbesondere Bayern nutzte diese Landeskompetenz aus und verfolgte hartnäckig eine Destruktionspolitik, welche legale Abtreibung so

schwer wie möglich machte. Unter solchen Rahmenbedingungen meinte man, strategische Vorteile zu erzielen und irgendwann ein Exempel statuieren zu können. Man rechnete lediglich nicht damit, dass die mediale Inszenierung in die andere Richtung weisen würde, und bedachte nicht, dass sich alle Medien mit dem Kriminalisierten solidarisierten würden. Nur mit diesem Rückenwind konnte dem Bestrafungseifer der einen eine konsequente Politik der Legalisierung entgegen gesetzt werden. Der Arbeitsaufwand war unbeschreiblich hoch. Aber am Ende konnten ein fairer Kompromiss und Rechtssicherheit geschaffen werden. Eine derartige Bestrafungspraxis wird sich nicht mehr wiederholen, nicht nur weil das Gesetz sich geändert hat, sondern auch weil die Umgangsformen der Strafjustiz bei Normenkonflikten pragmatischer geworden sind.¹⁴

14 Vgl. zur Historie des § 218 von 1851 bis 1999 <http://www.lochner-fischer.de/abtrei/abtrei02.htm>. Zur Entwicklung 1999-2009 vgl. <http://www.uni-kiel.de/isk/cgi-bin/index.php>.