

Wachsendes Lebensrecht?*

Erwiderung zu Dreier, ZRP 2002, 377

In dem Aufsatz „Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes“ (ZRP 2002, S. 377 ff.) unternimmt der Würzburger Verfassungsrechtler Horst Dreier, Mitglied im Nationalen Ethikrat, den Versuch, eine „kategoriale Differenz“ zwischen dem Lebensrecht geborener Menschen und dem Schutz „vorgeburtlichen Lebens“ aufzuzeigen. Gleichzeitig plädiert er für einen abgestuften („wachsenden“) vorgeburtlichen Lebensschutz. Seine auf den ersten Blick eingängige „Beweisführung“ überzeugt bei näherer Analyse jedoch nicht. Eine genuin verfassungsrechtliche Argumentation ist nicht zu erkennen, die unterschiedlichen Kategorien, denen der „geborene Mensch“ und „das vorgeburtliche Leben“ angehören sollen, werden nicht genannt und eine Begründung, weshalb die gesetzlichen Abstufungen im vorgeburtlichen Lebensschutz angemessen und richtig sind, sucht man vergebens.

I. Auf der Suche nach dem „kategorialen Unterschied“

Im ersten Teil seiner Ausführungen bemüht sich Dreier, einen „kategorialen Unterschied zwischen dem Lebensrecht geborener Personen und dem Schutz ungeborenen Lebens“¹ darzulegen. Er begründet seine Auffassung mit Ausführungen zum Zivil- und Strafrecht, durch Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerfG sowie den Verweis auf „lebensweltliche Handlungsmuster“.

1. Bürgerliches Recht

Dass die Rechtsfähigkeit des Menschen gem. § 1 BGB mit der Vollendung der Geburt beginnt², ist hinlänglich bekannt, aber wenig aussagekräftig für den Umgang mit dem vorgeburtlichen Leben. Systematisch dürfte unstrittig sein, dass § 1 BGB sich allein auf die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit bezieht und keine für alle Rechtsbereiche gültige Festlegung der Rechtsposition des Menschen enthält.

Bereits die Verfasser des BGB erkannten, dass es nicht angemessen wäre, wenn ein noch nicht geborener Abkömmling, der bereits „unterwegs“ ist, von der Erbfolge ausgeschlossen würde. In § 1923 Abs. 2 BGB wurde hierfür eine gesetzestechnische Lösung gefunden. Darüber hinaus wird die Existenz des ungeborenen Kindes von den Zivilgerichten im Delikt-

srecht berücksichtigt.³ Dem hat sich das Bundessozialgericht bei Versorgungs- und Opferentschädigungsansprüchen angeschlossen.⁴

2. Strafrecht

Zutreffend führt Dreier an, dass die Tötung geborener Menschen im Strafrecht ungleich stärker bestraft wird, als die ungeborener Menschen. Das Wort „Mensch“ kommt in § 211 StGB, nicht aber in den §§ 218 ff. vor⁵. Diese Ungleichbehandlung muss allerdings nicht unbedingt darauf beruhen, dass den unterschiedlichen Rechtsfolgen die Auffassung zugrunde liege, es seien Rechtsgüter „unterschiedlicher Kategorie“ betroffen. Das in den einzelnen Strafrechtsbestimmungen angedrohte Strafmaß richtet sich nicht allein nach dem geschützten Rechtsgut, sondern auch nach tat- und täterbezogenen Merkmalen. Im Falle der Abtreibungsvorschriften wurden von dem ursprünglich sehr hohen Strafmaß im Laufe des 20. Jahrhunderts immer stärkere Abstriche gemacht, weil zunächst die soziale und später die „psychosoziale“ Bedrängnissituation ungewollt schwangerer Frauen berücksichtigt wurde. Im Rahmen der ersten grundlegenden Reform des Abtreibungsstrafrechts hat der Gesetzgeber 1976 dann ausdrücklich Konfliktlagen (Indikationen) normiert. Bei der Neufassung der Vorschriften im Jahr 1995 wurde das Bestehen einer Konfliktlage generalisierend vorausgesetzt und deshalb eine verpflichtende Beratung vorgeschrieben.⁶ Sicherlich hat es auch immer wieder Stimmen gegeben, die im menschlichen Embryo keinen Menschen, sondern etwas anderes gesehen haben. Diese Sichtweise hatte aber - wenn man den Gesetzesbegründungen und den jeweiligen parlamentarischen Äußerungen glauben darf - nie bestimmenden Einfluss auf die Motivation des Gesetzgebers. Bei den jeweiligen Reformvorhaben wurden Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit ungeborener Kinder nicht in Zweifel gezogen. Ziel der Bestrebungen war es, die Zahl der Abtreibungen zu reduzieren.⁷ Auch bei der letzten Reform ging es darum, durch die Rücknahme der Strafdrohung und die Etablierung eines „Beratungsschutzkonzeptes“ einen besseren Schutz als zuvor zu

* Der Autor ist Richter am Amtsgericht und war in der 14. Wahlperiode sachverständiges Mitglied der Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages (2000 - 2002).

¹ Dreier, ZRP 2002, 378. Vgl. auch Bernhard Schlink, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, Berlin 2002, S. 16 f., der ebenfalls den Begriff des „kategorialen Unterschieds“ verwendet.

² Vgl. Dreier, a.a.O.

³ Vgl. BGHZ 58, 48 (49 ff.), NJW 89, 1538 (1539). Zusammengefasst lassen sich die verschiedenen Ansprüche Ungeborener im Zivilrecht auch als „partielle Rechtsfähigkeit“ bezeichnen (vgl. Palandt, BGB, 62. Aufl. 2003, § 1 Rz. 7).

⁴ Vgl. BSGE 18, 55; NJW 2002, 3125.

⁵ Allerdings auch nicht in § 216 StGB.

⁶ Die vorausgesetzte Konfliktlage kommt in § 219 Abs. 1 S. 4 StGB zum Ausdruck: „Die Beratung soll durch Rat und Hilfe dazu beitragen, die in Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen und einer Notlage abzuwehren“.

⁷ So heißt es z.B. im Gesetzentwurf zur „Fristenlösung“ von 1974, Staat und Gesellschaft müssten „darauf hinwirken, dass Schwangerschaftsabbrüche möglichst unterbleiben“ (BT-Drs. 7/375, S. 6).

erreichen.⁸

Die Aussage, der Embryo werde „nicht als Mensch im Sinne der Tötungsdelikte“⁹ betrachtet, ist für das Strafrecht einerseits formal richtig, andererseits aber auch tendenziöse Interpretation. Bereits die systematische Stellung der §§ 218 ff. StGB in dem Abschnitt über die Tötungsdelikte belegt sei jeher, dass es auch hier um Menschen geht. Alle Tötungsdelikte des StGB beziehen sich auf den Menschen. Wenn es nun außer einem Grundtatbestand der Tötung, in dem ausdrücklich von Menschen die Rede ist, noch spezielle Strafvorschriften gibt, die sich sachlich mit der vorgeburtlichen Phase des Menschseins befassen, dann kann man daraus nicht auf eine unterschiedliche Qualifizierung als „Menschen“ und „Nicht-Menschen“ schließen, sondern lediglich auf unterschiedliche zeitliche Anwendungsbereiche.¹⁰

3. Rechtsprechung des BVerfG

Als Kronzeugen für seine Auffassung von der „kategorialen Differenz“ zwischen geborenen Menschen und „ungeborenem Leben“ zitiert *Dreier* das BVerfG: „Der Gesetzgeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die gleichen Maßnahmen strafrechtlicher Art zum Schutze des ungeborenen Lebens zu ergreifen, wie er sie zur Sicherung des geborenen Lebens für zweckdienlich und geboten hält.“¹¹ Diese Aussage würde die Annahme einer „kategorialen Differenz“, wie sie *Dreier* vertritt, nur dann stützen, wenn sie auch vom BVerfG entsprechend begründet wäre. Weder in der zitierten Entscheidung, noch zu einem späteren Zeitpunkt hat das BVerfG jedoch die vor- und nachgeburtliche Lebensphase des Menschen unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Kategorien zugeordnet. Es hat vielmehr stets die Gleichwertigkeit beider Lebensphasen unterstrichen und die Art. 1 und 2 Abs. 2 S. 1 GG für einschlägig erklärt.¹² Dem Gericht ging es ersichtlich um die Frage, mit welchem Instrumentarium ein möglichst wirksamer Schutz erreicht werden könne. Es nimmt daher auch in dem genannten Zitat Bezug auf den Gesichtspunkt der „Zweckdienlichkeit“. Der grundrechtliche Status oder die „Kategorie“, in die das ungeborene Leben im Gegensatz zum geborenen Leben einzuordnen sei, hat damit nichts zu tun.

4. Geburt entscheidend?

Worin nun die „kategoriale Differenz“ zwischen „ge-

borenen Menschen“ und dem „ungeborenen Leben“ besteht, sagt *Dreier* letztlich nicht. Er bleibt bei der bloßen Behauptung stehen, die „fundamentale Zäsur der Geburt“ werde verkannt.¹³

Zum Zeitpunkt der Geburt hat der Mensch allerdings bereits eine ca. neunmonatige Entwicklung im Mutterleib hinter sich. Er fällt nicht plötzlich fertig vom Himmel, sondern ist schon vorher „da“, wenn auch im Mutterleib verborgen. Die Aussage *Dreiers*: „Damit [i.e.: mit der Geburt] tritt er unter uns, wird einer von uns: als selbständige Person ...“¹⁴ geht an der Wirklichkeit vorbei. Der Säugling tritt nirgendwohin, sondern muss noch lange Zeit getragen werden und braucht umfassende Betreuung und Hilfe, um seine Anlagen entfalten und allmählich zu einer „selbständigen Person“ werden zu können.

Das bloße Getrenntsein vom Mutterleib reicht nicht, um von einer „selbständigen Person“ sprechen zu können. Falls *Dreier* auf die physische Trennung von Mutter und Kind abheben sollte, ist dem entgegenzuhalten, dass auch dies einen „kategorialen Unterschied“ nicht hinreichend begründen kann. Man denke nur an die Manipulierbarkeit des Geburtstermins. Ob das ungeborene Kind frühzeitig durch einen ärztlichen Eingriff in der 36. Schwangerschaftswoche „geholt“ wird oder die Trennung von der Mutter erst zu einem späteren Zeitpunkt auf natürliche Weise geschieht, beeinflusst sein Wesen bzw. sein „Mensch-Sein“ nicht.

5. „Lebensweltliche Handlungsmuster“

Nach *Dreier* ist die „Zäsur“ der Geburt „kulturell tief verankert und bringt sich in vielen lebensweltlichen und sozialen Handlungs- und Interpretationsmustern zum Ausdruck“.¹⁵ Auf die Nennung dieser Handlungs- und Interpretationsmuster verzichtet er. Die von ihm angegebenen Fundstellen bieten wenig aussagekräftige Beispiele: Schwangere würden im allgemeinen, bei Verkehrsunfällen oder in der Statistik nicht doppelt gezählt.¹⁶

Die Geburt ist natürlich ein einschneidendes Ereignis im Leben eines jeden Menschen.¹⁷ Es kann aber keine Rede davon sein, dass der Entwicklungszeitraum vor der Geburt ohne nennenswerte soziale Bedeutung wäre. Das ungeborene Kind ist zwar im Alltagsleben nicht so „präsent“ wie ein geborener Mensch, „zählt“

⁸ So die Stellungnahme u. a. der Bundesregierung im zweiten Verfahren zum Abtreibungsstrafrecht vor dem Bundesverfassungsgericht. Vgl. BVerfGE 88, 203 (244).

⁹ *Dreier* (Fn. 1), 378.

¹⁰ Vgl. *Beckmann*, ZRP 87, 82. Zutreffend die Formulierung bei *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, Vor § 211 Rz 3: „... Begrenzung der Anwendbarkeit der §§ 211 ff. auf die Tötung geborener Menschen“.

¹¹ Vgl. *Dreier* (Fn. 1), 378; BVerfGE 39, 1 (45).

¹² Vgl. BVerfGE 39, 1 (36 ff.); 88, 203 (251 ff.).

¹³ *Dreier* (Fn. 1), 379.

¹⁴ A.a.O.

¹⁵ *Dreier* (Fn. 1), S. 379.

¹⁶ Vgl. *Hoerster*, Ethik des Embryonenschutzes, Stuttgart 2002, S. 43 f.; *Lübbe*, KritV 76 (1993), S. 314.

¹⁷ Polemisch schließt sich *Dreier* der Aussage *Richard Schröders* an, dass, „wer dem Unterschied zwischen dem geborenen und dem ungeborenen Leben keine Bedeutung zumesse, entweder verblendet oder dumm sei“ (Fn. 1, S. 379). Es gibt wohl niemanden, der dem Unterschied zwischen geborenem und ungeborenem Leben „keine“ Bedeutung zumessen würde. Streitig ist nur, ob es richtig ist, gerade in Bezug auf das *Lebensrecht* einen Unterschied zu machen.

aber für die unmittelbar Beteiligten und für die Rechtsordnung sehr wohl. Auf schwangere Frauen wird z. B. allgemein mehr Rücksicht genommen, gerade auch mit dem Ziel, das Leben des ungeborenen Kindes nicht zu gefährden. Viele Frauen unterlassen auch von sich aus während der Schwangerschaft Verhaltensweisen, die dem Ungeborenen gesundheitlich schaden (Rauchen, Alkoholkonsum). Auf fast allen Beipackzetteln für Medikamente finden sich besondere Hinweise für Schwangere, die nicht ihre eigene Gesundheit, sondern die ihres Kindes betreffen. Und schließlich hat auch der Gesetzgeber durch das Mutterschutzgesetz ein Zeichen gesetzt, dass ihm das Wohl des Ungeborenen und seiner Mutter nicht gleichgültig ist.¹⁸

Die von *Dreier* insinuierte Vorstellung, dass vor und nach der Durchtrennung der Nabelschnur Lebewesen unterschiedlicher Kategorie existierten („kategoriale Differenz“), geht offenkundig fehl. Warum bekennt er nicht Farbe und sagt, welcher Kategorie von Lebewesen denn das ungeborene Kind (ob nun im 2. oder 8. Schwangerschaftsmonat) angehören soll? Es wäre interessant zu erfahren, aufgrund welcher wissenschaftlicher Erkenntnisse dem ungeborenen Kind der Charakter des Menschseins abgesprochen werden könnte.

II. Stufen des Lebensschutzes in der Rechtsordnung und ihre Bedeutung

Im zweiten Teil seines Aufsatzes geht *Dreier* auf die unterschiedlichen zeitlichen Phasen des vorgeburtlichen Rechtsschutzes ein, die sich aus den Bestimmungen der §§ 218 ff. StGB ergeben. Während in der pränidativen Phase kein Strafrechtsschutz bestehe (§ 218 Abs. 1 S. 2 StGB), steige die Schutzintensität bis zur Geburt an (Beratungsregelung bis zur 12. Schwangerschaftswoche, danach Rücknahme des Strafrechtsschutzes nur im Fall der medizinischen Indikation). Der phasenweise aufgehobene bzw. äußerst schwache Strafrechtsschutz sei mit einer Position, die vollen Lebens- und Würdeschutz ab Verschmelzung von Ei- und Samenzelle postuliere, nicht vereinbar.¹⁹

1. Inkonsequenz der These vom strikten Lebensschutz?

Dreier greift damit zunächst die Inkonsequenz derer an, die von einem verfassungsrechtlich gebotenen Lebensschutz für ungeborene Kinder von Anfang an

ausgehen, aber an den geltenden Strafrechtsbestimmungen zum Schwangerschaftsabbruch nichts aussetzen haben. Mit dieser Kritik hat *Dreier* weitgehend Recht. Die Inkonsequenz zahlreicher Politiker und Juristen, die einerseits einen verfassungsrechtlichen „vollen“ oder „strikten“ Lebensschutz für den Embryo bejahen, aber im einfachen Recht keine Konsequenzen daraus ziehen, ist jedoch kein Beweis für die Richtigkeit des von *Dreier* propagierten „gestuften Lebensschutzes“.

Das gilt um so mehr, als *Dreier* selbst inkonsequent ist und auch für die frühesten Entwicklungsphasen des menschlichen Lebens die verbrauchende Embryonenforschung keineswegs unbeschränkt zulassen will. Wenn menschliche Embryonen keine Menschen und die Forschung an ihnen keine „Menschenversuche“ sind²⁰, dann kommen Menschenwürde und Lebensrecht als Schutznormen nicht in Betracht. Was sollte aber dann der schrankenlosen Ausübung der Forschungsfreiheit auf verfassungsrechtlicher Ebene entgegenstehen?

2. Aussagekraft der strafrechtlichen Fristen

Zur Begründung seines Konzepts eines abgestuften vorgeburtlichen Lebensschutzes verweist *Dreier* auf die im Abtreibungsstrafrecht vorhandenen Phasen unterschiedlicher Schutzintensität. Seine Analyse der geltenden Rechtslage nach dem StGB ist insoweit zutreffend. Die Vorschriften der §§ 218 ff. StGB kennen eine anwachsende Intensität des Lebensschutzes von der Zeugung bis zur Geburt.

Von diesen gesetzlichen Gegebenheiten (dem rechtlichen „Sein“) auf die Begründetheit seines Lebensschutzkonzepts (dem rechtlichen „Sollen“) zu schließen, wäre aber verfehlt. Gesetze sind nicht deshalb richtig, weil sie so sind, wie sie sind. Ob sich der von Art. 1 bzw. 2 Abs. 2 S. 1 GG geforderte Menschenwürde- und Lebensschutz im einfachen Recht hinreichend realisiert hat oder hinter dem gebotenen Schutz zurückbleibt, müsste zunächst begründet werden. Dazu bringt *Dreier* nichts vor.

Betrachtet man die unterschiedlichen Phasen des Schutzes nach dem StGB, finden sich auch keine Anhaltspunkte, die eine Differenzierung beim Lebensrecht rechtfertigen würden.

a) *Nidation*. Die Straflosigkeit von Handlungen, deren Wirkung vor Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt (§ 218 Abs. 1 S. 2 StGB²¹), beruht nicht auf der Berücksichtigung einer biologisch-anthropologischen Zäsur in der vorgeburtlichen Entwicklung. Sie wurde im Zuge der Abtreibungsreform in den 70er Jahren aus pragmatischen Gründen eingeführt, um die Verwendung

¹⁸ Vgl. § 3 Abs. 1 Mutterschutzgesetz v. 24. Januar 1952, in der F. d. Bek. v. 17.1.1997 (BGBl I S. 22, ber. S. 293): „Werdende Mütter dürfen nicht beschäftigt werden, soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist“ (Hervorh. d. d. Verf.).

¹⁹ Vgl. *Dreier*, a.a.O., 379.

²⁰ So *Dreier*, a.a.O., 383.

²¹ Entspricht § 219 d StGB a. F.

von Nidationshemmern zur Geburtenkontrolle zu ermöglichen.²²

Nur zum Teil wurde damals die „Individuation“ - vor allem in Kreisen katholischer Theologen - als maßgebliches Kriterium für die Entstehung eines neuen menschlichen Individuums angesehen.²³ Dieses Kriterium gelangte durch die vier Strafrechtssonderrusschussberichte des Jahres 1974²⁴ in die Gesetzesmaterialien und fand als Stichwort auch Eingang in die erste Fristenlösungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.²⁵

Als Anknüpfungspunkt für eine „Zäsurwirkung“ der Nidation²⁶ könnte der Umstand dienen, dass vor dem Abschluss der Einnistung des Embryos in die Gebärmutter Schleimhaut eine Mehrlingsbildung noch nicht ausgeschlossen ist. Aus Versuchen mit Tierembryonen ist bekannt, dass jede einzelne Zelle eines frühen Embryos²⁷ nach Trennung von den anderen Zellen die Fähigkeit besitzt, sich selbstständig weiterentwickeln zu können („totipotente“ Zellen).²⁸ So können auf natürlichem wie auch auf künstlichem Wege (insoweit jedoch strafbar gem. § 6 Abs. 1 ESchG) eineiige Zwillinge oder höhergradige Mehrlinge entstehen. Die grundsätzliche Teilungsfähigkeit besteht aber auch noch bis zum Abschluss der Einnistung, da sich die Keimscheibe des Embryos in ganz seltenen Fällen noch teilen kann.²⁹ Ist diese Teilung nicht vollständig, dann entstehen so genannte „siamesische Zwillinge“. Kann also bis zum Abschluss der Einnistung von „individuellem“ Leben gesprochen werden (Individuation), obwohl dieses Wesen noch „teilbar“ ist?

Die natürliche Teilungsfähigkeit bzw. künstliche Teilbarkeit steht aber nicht in Widerspruch zur Individualität des ungeteilten Embryos.³⁰ Der Begriff des

„Individuums“ kommt aus der griechischen Naturphilosophie und bezeichnet den „kleinstmöglichen Teil einer Substanz, bei deren analytischer Zertrennung der Charakter dieser Substanz verloren ginge ...“.³¹ Individualität in diesem Sinne steht also einem Teilungs-Begriff gegenüber, der zur Substanzerstörung führt. Bei lebenden Organismen gibt es aber zwei gegensätzliche Arten der Teilung: die Zerstörung des Organismus durch Beschädigung der Ganzheit und die Teilung im Sinne einer ungeschlechtlichen Vermehrung. Letztere korrespondiert mit einem Individualitäts-Begriff, der eine biologische Teilung durchaus zulässt. Alle Organismen, bei denen eine Vermehrung durch Teilung vorkommt, waren auch vor der Teilung einzelne Exemplare ihrer Spezies („Individuen“). Deshalb kann auch dem menschlichen Embryo im Frühstadium der Charakter eines „Individuums“ nicht abgesprochen werden.³²

Die embryologische Faktenlage bietet letztlich keinen Ansatzpunkt dafür, die Nidation als einen qualitativen Sprung in der vorgeburtlichen Entwicklung zu betrachten.³³ Sie ist biologisch ein allmählicher Vorgang, der bereits am 5. bis 6. Entwicklungstag beginnt und sich über mehrere Tage hin erstreckt. Vor und nach dieser Phase ist eine kontinuierliche humanspezifische Entwicklung in einem dynamischen, sich selbst organisierenden System gegeben, das irreversibel auf die Ausprägung der Endgestalt zustrebt.³⁴ Auch die Verfechter des geltenden Abtreibungsstrafrechts haben vor dem BVerfG erklärt, dass „die Entwicklung menschlichen Lebens ein Kontinuum“ sei, „das mit der Kernverschmelzung von Ei und Samenzelle beginne ... Weder die Nidation noch die Geburt erscheinen bei dieser Betrachtungsweise als Einschnitte“.³⁵

b) 12-Wochen-Frist. Hinsichtlich der 12-Wochen-Frist (§ 218 a Abs. 1 Nr. 3 StGB) ist keine embryonale „Wachstumsstufe“ erkennbar, die Anlass für einen „wachsenden Lebensschutz“ im Sinne Dreiers sein könnte. Weder bei der erstmaligen Einführung einer solchen Befristung im Rahmen der so genannten „Fristenlösung“ von 1974³⁶ noch zu einem späteren Zeitpunkt wurde die für diesen Zeitraum vorgesehene Straffreiheit damit begründet, dass es in der 12. Entwicklungswoche des ungeborenen Kindes einen „qualitativen Sprung“ gebe.

c) 22-Wochen-Frist. Soweit Dreier als weitere „Stu-

²² Vgl. BT-Drs. 7/375, S. 6; 7/1981 (neu), S. 1; Michael Gante, § 218 in der Diskussion, 1991, S. 362 ff.

²³ Vgl. Gante (Fn. 22), S. 311 ff.

²⁴ BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 5; 7/1982, S. 5; 7/1983, S. 5; 7/1984 (neu), S. 4.

²⁵ BVerfGE 39, 1 (37).

²⁶ Sie wird in neueren Stellungnahmen wieder aufgegriffen, vgl. Heun, JZ 2002, 522; Schroth, JZ 2002, 175.

²⁷ Ewa bis zum 8-Zellen-Stadium, vgl. Beier, Toti- oder pluri-potente Zellen als Objekte der Forschung, in: Dudenhausen/Schwinger (Hrsg.): Reproduktionsmedizin: Möglichkeiten und Grenzen, Frankfurt a.M. 2000, S. 71 ff.; Keller/Günther/Kaiser, Kommentar zum ESchG, 1992, Einl. A II Rz. 34, § 8 Rz. 12.

²⁸ Vgl. Beier (Fn. 28). Dies wird in § 8 ESchG bei der Definition des Embryos berücksichtigt.

²⁹ Vgl. Thomas W. Sadler, Medizinische Embryologie, 9. Aufl. 1998, S. 120 ff.; Keith L. Moore, Embryologie, 2. Aufl. 1985, S. 153; Bodden-Heidrich/Cremer/Decker/Hepp/Jäger/Rager/Wickler, Beginn und Entwicklung des Menschen: Biologisch-medizinische Grundlagen und ärztlich-klinische Aspekte, in: Günter Rager (Hrsg.): Beginn, Persönlichkeit und Würde des Menschen, 2. Aufl. 1998, S. 80, 88; Clemens Breuer, Person von Anfang an?, 1995, S. 112.

³⁰ Vgl. Wuermeling, in: von Voss/Hoffacker (Hrsg.), Chancen für das ungeborene Leben, 1988, S. 202; Breuer (Fn. 29), S. 117 ff.; Bodden-Heidrich u.a. (Fn. 29), S. 94.

³¹ Wuermeling, a.a.O.

³² Soweit der Begriff der Individualität nicht auf den ursprünglichen Wortsinn („in-dividuum“), sondern auf die geistig-rationalen Ebene bezogen wird, ergeben sich aus der biologischen Teilbarkeit keine zwingenden Folgerungen.

³³ So auch Keller/Günther/Kaiser (Fn. 27), § 8 Rz. 7.

³⁴ Vgl. Bodden-Heidrich u.a. (Fn. 29), S. 93.;

³⁵ Vgl. BVerfGE 88, 203 (244).

³⁶ Fünftes Strafrechtsreformgesetz vom 18.06.74, BGBl. I S. 1297.

fe“ des Lebensschutzes die 22-Wochen-Frist des § 218 a Abs. 4 StGB bemüht³⁷, ist wiederum kein Gesichtspunkt erkennbar, der mit der „Qualität“ oder dem „Wachstum“ des Embryos zusammenhängen könnte. Es handelt sich um einen persönlichen Straffreistellungsgrund für die Frau.³⁸ Der Arzt handelt bei der Abtreibung rechtswidrig und macht sich strafbar. Ob diese Privilegierung der Frau berechtigt ist oder nicht, muss hier nicht diskutiert werden. Sie hat jedenfalls mit der Rechtsqualität und dem Lebensrecht des Embryos als solchem nichts zu tun. Das gleiche gilt auch für die Befristung der früheren eugenischen bzw. embryopathischen Indikation (§ 218 a Abs. 3 StGB a.F.). Diese orientierte sich nicht am „Wachstum des Embryos“, sondern an den technischen Möglichkeiten der pränatalen Diagnostik zum Nachweis von vorgeburtlichen Gendefekten.

d) *Berücksichtigung des Embryonenschutzgesetzes.* Bezeichnenderweise bezieht *Dreier* das Embryonenschutzgesetz bei seinen „Stufen“-Überlegungen nicht mit ein. Das ESchG dokumentiert eine Schutzkonzeption, die dem Konzept von *Dreier* diametral entgegensteht: hoher Schutz trotz geringen Wachstums. Das ESchG ist damit ein weiterer Beweis dafür, dass es dem Gesetzgeber bei seinen Schutzvorschriften gerade nicht auf das Wachstum des Embryos ankommt, sondern andere Motive ausschlaggebend sind. *Dreier* versucht gar nicht erst, das ESchG in sein angeblich aus dem „geltenden Recht“ abgeleitetes Konzept zu integrieren. Bei seiner Erwiderung auf Einwände löst er dieses Problem auf elegante, aber wenig überzeugende Weise: man könne das ESchG ja liberalisieren!³⁹

Hinzu kommt, dass der Deutsche Bundestag erst jüngst durch die Verabschiedung des Stammzellgesetzes (StZG) die Motive für den Erlass des Embryonenschutzgesetzes, nämlich den Schutz der Menschenwürde und des Lebens, bekräftigt und auch zur Grundlage des Umgangs mit embryonalen Stammzellen gemacht hat.⁴⁰ Aus der staatlichen Verpflichtung, „die Menschenwürde und das Recht auf Leben zu achten und zu schützen“ wird u.a. das Ziel abgeleitet, „zu vermeiden, dass von Deutschland aus eine Gewinnung embryonaler Stammzellen oder eine Erzeugung von Embryonen zur Gewinnung embryonaler Stammzellen veranlasst wird“ (§ 1 StZG). Beides würde den „Verbrauch“, also die Tötung menschlicher Embryonen voraussetzen.

Es ist schon gewagt, aus größtenteils willkürlichen, mit der embryologischen Entwicklung nicht in Einklang zu bringenden Fristen ein „gestuftes Lebensschutzkonzept“ herleiten zu wollen. Wenn dieses

Unternehmen dann auch noch als „immanente Rekonstruktion des geltenden Rechts“⁴¹ ausgegeben wird, obwohl ein Teil des geltenden Rechts dieser Auffassung eindeutig entgegensteht, dann ist der Boden einer seriösen Darstellung verlassen.

Aus dem geltenden Recht lässt sich gegenwärtig nur ablesen, dass Embryonen in vitro und Embryonen in utero unterschiedlich behandelt werden. Dies mag nachvollziehbare Gründe haben oder auch nicht.⁴² Ein möglicher Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz als solcher besagt nicht, in welche Richtung dieser „Wertungswiderspruch“ aufgelöst werden müsste. Weshalb das niedrigere Schutzniveau - statt des höheren - verwirklicht werden soll, bedarf der Begründung. *Dreier* begründet aber nichts, sondern verweist dort, wo seine These erkennbar unstimmig wird, schlicht auf die Möglichkeit der Gesetzesänderung.

3. „Bestätigung durch das BVerfG“

Dreier scheint sich bewusst zu sein, dass seine Darlegungen aus sich heraus nicht zu überzeugen vermögen. Er beruft sich daher mehrfach auf das Bundesverfassungsgericht. Seine Konzeption begreife sich als Rekonstruktion des „für verfassungsgemäß befundenen Rechts“.⁴³ Das von ihm herangezogene Normgefüge habe „das BVerfG für verfassungskonform befunden“, er bewege sich „gleichsam auf geprüfter Verfassungsgrundlage“.⁴⁴

Diese Autoritätsargumentation bleibt jedoch ohne Wirkung, weil *Dreier* gleichzeitig die einschlägigen Entscheidungen des BVerfG als „in sich hoffnungslos inkonsequent“⁴⁵ brandmarkt. Ein solch schwer wiegender Vorwurf entwertet genau die Gerichtsentscheidungen, die *Dreier* als Bestätigung der eigenen Position ausgibt. Ist eine Argumentation aber „hoffnungslos inkonsequent“ und damit widersprüchlich, dann taugt sie nicht als Beweis.⁴⁶

⁴¹ *Dreier* (Fn. 1), 381. Ferner „rationale Rekonstruktion“, a.a.O., 378.

⁴² Zur bedenkenswerten Differenzierung in Bezug auf den Schwangerschaftsabbruch einerseits und Embryoselektion/Embryonenforschung andererseits vgl. *Mildenberger*, MedR 2002, 293 ff.

⁴³ *Dreier* (Fn. 1), 381. Ähnlich auch die Formulierung bei *Schlink* (Fn. 1), S. 13: „In systematischer Rekonstruktion der Unterscheidungen, die das Bundesverfassungsgericht trifft, ...“.

⁴⁴ *Dreier*, a.a.O., 382.

⁴⁵ A.a.O.

⁴⁶ Die Vertreter der Gegenposition können sich mindestens so gut auf das BVerfG berufen wie *Dreier*. Zahlreiche Aussagen des Verfassungsgerichts stehen seinem Stufenkonzept entgegen. Besonders deutlich: Das „verfassungsrechtlich gebotene Maß des Schutzes ist unabhängig vom Alter der Schwangerschaft. Das Grundgesetz enthält für das ungeborene Leben keine vom Ablauf bestimmter Fristen abhängige, dem Entwicklungsprozess der Schwangerschaft folgende Abstufungen des Lebensrechts und seines Schutzes“ (BVerfGE 88, 203 (254)).

³⁷ Vgl. *Dreier* (Fn. 1), 380 f.; ähnlich *Schlink* (Fn. 1), S. 15.

³⁸ Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 218 a Rz 34; *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 218 a Rz 69.

³⁹ Vgl. *Dreier* (Fn. 1), 382.

⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 14/8394, S. 7.

4. Schweigt die Verfassung zum Lebensrecht Ungeborener?

Dreier entledigt sich der Notwendigkeit einer genuin verfassungsrechtlichen Argumentation mit der Behauptung, in Bezug auf das ungeborene Leben schweige die Verfassung.⁴⁷ Auch hier ist Widerspruch anzumelden. Natürlich finden sich im Grundgesetz keine konkreten Aussagen zur Embryonenforschung. Die heute anstehende Diskussion über den Schutz menschlicher Embryonen, die zum begehrten Forschungsobjekt geworden sind, konnten die Mütter und Väter des Grundgesetzes nicht errahnen. Insofern schweigt die Verfassung tatsächlich. Sie schweigt aber auch zum Thema „informationelle Selbstbestimmung“ oder anderen „modernen“ Rechtsproblemen, die keine wörtliche Erwähnung im Grundgesetz fanden. Es kommt also auf eine Interpretation der Verfassungsnormen an. Einschlägig sind Art. 1 und 2 GG: Die Würde „des Menschen“ ist unantastbar und „jeder“ - was soviel heißt wie „jeder Mensch“ - hat ein Recht auf Leben.

Stellen wir uns auf den Standpunkt, es herrsche Einigkeit, dass der neugeborene Säugling ein Mensch ist (so auch *Dreier*). Mit welchem Argument will man begründen, dass er 1 Stunde oder 1 Minute vor der Geburt kein Mensch gewesen sei? Wenn wir es also auch vor der Geburt mit Menschen zu tun haben, ist in Bezug auf die weiteren Entwicklungsphasen davor zu fragen, ob an diesem oder jenem Punkt der entscheidende Schritt zum Menschen gemacht wird. Wo und wie entsteht im Laufe der vorgeburtlichen Entwicklung aus einem nicht-menschlichen Gebilde oder Wesen ein Mensch? Hier ist nicht der Ort, diesen Fragen im einzelnen nachzugehen.⁴⁸ Man sollte aber die Verfassung an diesem zentralen Punkt ernster nehmen als es *Dreier* tut und der Frage nachgehen, was denn sinnvollerweise „Mensch“ bzw. „Jeder“ im Sinne des GG heißen kann.

5. „Zunehmendes“ und „abnehmendes“ Lebensrecht

Als „vielleicht gewichtigsten Einwand“ erwähnt *Dreier* schließlich die „bedrohlichen Perspektiven“, die sich mit seinem Konzept am Ende des Lebens auf tun könnten. Müsse nicht die Relativierung des frühembryonalen Lebens zu einer parallelen Abstufung am Ende des Lebens führen?⁴⁹

Dreier sucht diese Bedenken mit der Bemerkung zu zerstreuen, die von ihm vertretene Position nehme „das strikte Lebensrecht geborener Personen als feste

und unverrückbare Grundlage“. Warum diese Grundlage fest und unverrückbar sein soll, erläutert er inhaltlich nicht, hat aber ein formal bestechendes Argument parat: er gehe „nicht den Weg, ein allgemeines und für alle Phasen des Lebens geltendes Kriterium (etwa: Selbstbestimmung, Autonomie, Lebensinteresse) herauszuarbeiten, dessen Fehlen in den Anfangs- wie in den Endphasen humanen Lebens konstatiert werden könnte.“ Damit immunisiert *Dreier* seine Argumentation gegen Einwände, die in Bezug auf die genannten Kriterien vorgebracht werden können. Andererseits setzt er sich hierdurch dem Vorwurf aus, sein „Stufenkonzept“ willkürlich auf die vorgeburtliche Lebensphase des Menschen zu beschränken. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb eine Rechtsposition, die sich vor der Geburt an „wachsendem Leben“ orientiert, nicht auch nach der Geburt wachsen oder abnehmen können sollte, obwohl hier Wachstums- und Degenerationsprozesse offenkundig sind.

III. Fazit

Das „Konzept eines gradualisierten vorgeburtlichen Lebensschutzes“, wird von *Dreier* an keiner Stelle inhaltlich begründet, sondern dem geltenden Recht mehr oder weniger geschickt untergeschoben. Er bewegt sich dabei allein auf der Ebene des einfachen Gesetzes, dessen unterschiedliche Schutzintensität sich gerade nicht am Wachstum des Embryos im Mutterleib orientiert.

Würde und Lebensrecht des geborenen Menschen sind nicht an seinem „Wachstum“ zu messen. Auch andere Kriterien haben sich - zumindest bis heute - nicht durchgesetzt. Einzige Voraussetzung für die Teilhabe am Schutz der Menschenwürde und des Rechts auf Leben ist es, Mensch zu sein. Es ist ein Gebot der Logik, dies auch für die vorgeburtliche Lebensphase des Menschen anzuerkennen, wenn nicht dargelegt werden kann, dass die Veränderungen, die durch die Geburt eintreten, eine fundamentale qualitative Zäsur mit sich bringen. Das gleiche gilt für alle weiteren biologischen Veränderungen im Kontinuum der menschlichen Entwicklung von der Zeugung bis zum Tod.

Inwieweit die geltenden Gesetze diesen Überlegungen Rechnung tragen, steht auf einem anderen Blatt. Oft genug handelt der Gesetzgeber nicht rational, sondern zweckorientiert. Diese Kluft zwischen grundrechtlichem Anspruch und legislativer Ausgestaltung sollte nicht verdeckt und vordergründig gerechtfertigt werden. Sie sollte Stein des Anstoßes und Anreiz zum Nach- und Umdenken bleiben.

[aus: ZRP 2003, S. 97 ff.]

⁴⁷ *Dreier* (Fn. 1), 382.

⁴⁸ Zu einigen der möglichen Anknüpfungspunkte vgl. *Beckmann*, Abtreibung in der Diskussion, 4. Aufl. 1998, S. 13 ff.; *ders.*, ZRP 1987, S. 82 ff.; *Breuer* (Fn. 29), S. 101 ff., 128 ff.; *Baumgartner/Honnefelder/Wickler/ Wildfeuer*, Menschenwürdeschutz und Lebensschutz: Philosophische Aspekte, in: *Rager* (Fn. 29), S. 161 ff.

⁴⁹ *Dreier* (Fn. 1), 382 f.