

## Ein Verlust für die Freiheit

Dass ein Urteilsentwurf des amerikanischen Obersten Gerichtshofs an die Presse durchgestochen wird,<sup>1</sup> hat die Welt noch nicht gesehen. Und darüber hinaus hätte der Fall kaum spektakulärer, dramatischer und kontroverser sein können: wie alle Welt nun weiß, ist das Gericht drauf und dran, sein eigenes vielleicht berühmtestes Urteil zu überstimmen. Im Fall *Roe v Wade* entschied es 1973, dass die amerikanische Verfassung Frauen ein Recht auf Abtreibung einräumt, das der Staat in den ersten sechs Monaten der Schwangerschaft praktisch nicht einschränken darf. Das Urteil polarisiert wie kein anderes und gilt der einen Seite als Meilenstein der Frauenrechte und der anderen als Legalisierung des Mordes an unschuldigen Babys. Das Gericht argumentierte, dass die vom 14. Verfassungszusatz geschützte „Freiheit“ („*liberty*“) auch das Recht umfasst, eine Abtreibung vornehmen zu lassen. Dem stehe der Wert des Lebens nicht entgegen, denn es gebe in Medizin, Philosophie und Theologie keine Einigkeit darüber, wann das menschliche Leben beginne. Der Staat dürfe sich nicht eine bestimmte, kontroverse Theorie des Lebensbeginns zu eigen machen, um auf dieser Basis die Grundrechte schwangerer Frauen zu begrenzen. Verbieten könne ein Staat die Abtreibung erst zu dem Zeitpunkt, an dem der Fötus lebensfähig (*viable*) auch außerhalb des Mutterleibes sei. Dies war zum damaligen Zeitpunkt etwa ab der 28. Schwangerschaftswoche der Fall; heute liegt es aufgrund des medizinischen Fortschritts einige Wochen früher.

In Deutschland lief die Geschichte übrigens ganz anders. Während in Amerika die Verfassung herangezogen wurde, um die Abtreibung zu legalisieren, wurde in Deutschland das Grundgesetz bemüht, um sie zu verbieten. Das Bundesverfassungsgericht entschied 1975, dass die Fristenregelung, die die sozialliberale Koalition unter Kanzler Brandt eingeführt hatte, gegen den aus Sicht des Gerichts im Grundgesetz verankerten Lebensschutz verstieße. Das Gericht hat diese Rechtsprechung im Jahr 1993 etwas gelockert, so dass es im Ergebnis in Deutschland für Frauen möglich ist, straffrei abzutreiben. Aber die Mehrheit der deutschen Verfassungsjuristen hängt bis heute der Meinung an, dass der Staat zumindest im Prinzip verfassungsrechtlich verpflichtet ist, Abtreibungen zu verhindern.

Zurück zu den USA. *Roe* wurde mit einer Mehrheit von sieben zu zwei Richterstimmen beschlossen. Da die Verfassungsinterpretation des Supreme Court für den amerikanischen Gesetzgeber bindend ist – ähnlich wie in Deutschland die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts –, gab es nunmehr für Abtreibungsgegner keine Möglichkeit mehr, ihre politischen Positionen durchzusetzen: Jedes Gesetz, das Abtreibungen verbieten wollte, war verfassungswidrig. Sie begannen deshalb, eine neue Strategie zu verfolgen und arbeiteten daran, die Zusammensetzung des Supreme Court zu verändern. Dessen Richter werden vom Präsidenten unter Mitwirkung des Senats auf Lebenszeit ernannt. So wurde die Abtreibung zu einem Wahlkampfthema, in dem jeder Präsidentschaftskandidat der Demokraten Stein und Bein schwor, „pro-choice“-Richter zu ernennen, die das Recht auf Abtreibung verteidigen würden. Gleichzeitig versprach jeder Republikaner hoch und heilig, „pro-life“-Richter auszuwählen. So kam es, dass insbesondere die Präsidenten Reagan und Bush senior eine Reihe konservativer Richter ernannten, von denen erwartet wurde, dass sie *Roe* überstimmen würden. Zur allgemeinen Überraschung passierte dies nicht: In dem 1993 entschiedenen Fall *Planned Parenthood v Casey* scherten die neu ernannten Richter Kennedy, Souter und O'Connor aus und stimmten – unter gewissen Modifikationen – für die Beibehaltung des Rechts auf Abtreibung. In einer berühmten Passage des Urteils heißt es mit herrlichem amerikanischem

---

<sup>1</sup> <https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504>.

Freiheitspathos: „Im Zentrum der Freiheit steht das Recht, das eigene Verständnis der Existenz, des Sinns, des Universums, und des Mysteriums des menschlichen Lebens zu definieren. Vorstellungen zu diesen Themen können nicht die Attribute der Persönlichkeit definieren, wenn sie unter dem Zwang des Staates gebildet werden.“ Will heißen: Der Staat darf sich nicht anmaßen, seine Antworten auf die tiefsten Fragen menschlicher Existenz den Bürgern aufzuzwängen. Die Idee der Freiheit verlangt, dass in solchen Fragen, zu denen auch die nach dem Beginn menschlichen Lebens gehört, jede Frau ihren eigenen Weg gehen kann. Das heißt nicht, dass die Richter Abtreibung gutheißen: „Unsere Pflicht ist, die Freiheit aller zu definieren, nicht, unseren eigenen moralischen Kodex vorzuschreiben.“

Knapp 30 Jahre nach *Casey* ist es nun wieder so weit. Präsident Trump war es in seiner Amtszeit vergönnt, gleich drei neue Richter zu ernennen – darunter einen, der eigentlich seinem Vorgänger Obama zugefallen wäre, was der damals republikanisch kontrollierte Senat aber mit recht dreckigen Tricks verzögert hatte, bis Trump im Amt war. Das Ergebnis: Der Supreme Court ist weit nach rechts gerückt und es gibt eine solide Mehrheit von sechs konservativen gegenüber drei progressiven Richtern. Dies ist der Moment der Abtreibungsgegner, erneut zu versuchen, den von ihnen verhassten Präzedenzfall überstimmt zu bekommen. Konkret geht es um ein Abtreibungsverbot ab der 15. Woche im Bundesstaat Mississippi. Und dieses Mal, so scheint es, wird es klappen. Der 98-seitige Urteilsentwurf von Richter Alito, der wohl von insgesamt fünf Richtern getragen wird und damit mehrheitsfähig ist, begnügt sich nicht damit, den Fall eng am Sachverhalt zu entscheiden – zum Beispiel, indem die 15-Wochen-Frist für verfassungsgemäß erklärt wird, ohne das Grundrecht auf Abtreibung als solches in Frage zu stellen. Vielmehr scheint das Gericht entschlossen, das Recht auf Abtreibung vollständig aufzuheben.

Die Argumentation Alitos ist folgendermaßen. Der Schutz der individuellen Freiheit (*liberty*) des 14. Verfassungszusatzes bringe die Gefahr mit sich, dass Richter ihre persönlichen Vorlieben darüber, welche Freiheiten Amerikaner genießen sollten, in die Verfassung hineinläsen. Um diese Gefahr zu begrenzen, dürften daher nur solche Aspekte der Freiheit, die tief in der amerikanischen Geschichte und Tradition verankert seien (*deeply rooted in history and tradition*), Verfassungsrang erhalten. Da Geschichte und Tradition aber für ein Grundrecht auf Abtreibung wenig bis nichts hergäben, wäre es illegitim für das Gericht, ein solches Recht anzuerkennen. Zwar habe das Gericht in der Vergangenheit gewissen Freiheitsinteressen verfassungsrechtlichen Schutz verliehen; diese Fälle seien aber scharf von einem Recht auf Abtreibung abzugrenzen, weil dies die Zerstörung potenziellen Lebens mit sich bringe. Und schließlich spreche auch *stare decisis*, also das Prinzip, dass das Gericht von der eigenen Rechtsprechung nicht leichtfertig abweichen solle, nicht gegen die Abschaffung des Rechts auf Abtreibung. Hier wird Richter Alito nun ziemlich giftig: *Roe* und *Casey* seien „unerhört falsch“ entschieden, ihre Argumentation „außergewöhnlich schwach“ und „zutiefst schädlich“, „weit außerhalb“ der Grenzen vernünftiger Verfassungsinterpretation. Da die amerikanische Verfassung kein Grundrecht auf Abtreibung anerkenne, müsse das Gericht die alten Entscheidungen außer Kraft setzen und dem amerikanischen Volk die Autorität zurückgeben, auf demokratischem Weg über die Regelung oder das Verbot der Abtreibung zu befinden.

Bei dem geleakten Text handelt es sich nur um den ersten Entwurf, der sicherlich noch einige Änderungen durchlaufen wird. Es ist aber wahrscheinlich, dass sich das endgültige Urteil der Sache nach nicht allzu weit von dem nun öffentlich gewordenen Text entfernen wird. Dies würde in der Praxis bedeuten, dass die amerikanischen Bundesstaaten Abtreibung mit demokratischer Mehrheit regeln und auch verbieten könnten. Es ist auch denkbar, dass in Zukunft ein republikanisch dominierter Kongress die Abtreibung im ganzen Land verbieten könnte.

An der Oberfläche geht es bei der nun schon seit einem halben Jahrhundert schwelenden verfassungsrechtlichen Abtreibungskontroverse auch um die Frage, nach welchen Maßstäben die amerikanische Verfassung auszulegen ist. Eher progressiv orientierte Richter tendieren dazu, sich von Gerechtigkeitserwägungen leiten zu lassen: sie sind geneigt, einen bestimmten Freiheitsaspekt (wie zum Beispiel die Abtreibung) dann unter den verfassungsrechtlichen Schutz des 14. Verfassungszusatzes zu stellen, wenn dieser „implizit in dem Begriff geordneter Freiheit“ (*implicit in the concept of ordered liberty*) ist. Auf dieser Basis wurden zum Beispiel im Jahr 2002 – also im internationalen Vergleich recht spät - die Rechte Homosexueller, sexuelle Beziehungen einzugehen, anerkannt. Im Jahr 2015 kam dann das Recht auf die gleichgeschlechtliche Ehe dazu. Konservative Richter halten dies für richterlichen Aktivismus und für unzulässig: für sie kommt der verfassungsrechtliche Schutz eines Freiheitsinteresses wie oben angemerkt nur dann in Frage, wenn dieses „tief in der amerikanischen Geschichte und Tradition verankert“ sei.

Es ist sicherlich kein Zufall, dass diese unterschiedlichen Auffassungen über die Methoden der Verfassungsinterpretation tendenziell die Ergebnisse hervorbringen, die den jeweiligen Richtern auch politisch am besten passen: Progressive schauen in die Zukunft und möchten Ergebnisse, die ihren Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen, während Konservative sich eher an Geschichte und Tradition orientieren. Die politische Überzeugung der Richter kommt so durch die Hintertür der Methodik wieder in ihre Entscheidungen hinein. Aber richtigerweise ist eine Verfassung nicht dazu da, progressive oder konservative Anliegen zu fördern. Vielmehr geht es im liberalen Verfassungsstaat zentral um die Verteidigung der individuellen *Freiheit* gegen eine potenziell übergriffige Mehrheit. Liberale können glauben, dass homosexuelle Beziehungen Sünde sind – dann werden sie selbst keine solchen eingehen, aber gleichzeitig jedem anderen zugestehen, sich anders zu entscheiden. Sie können glauben, dass Abtreibung bedauerenswert, falsch oder gegen Gottes Willen ist; trotzdem werden sie das Recht jeder Frau verteidigen, sich für eine Abtreibung zu entscheiden. Der frühere amerikanische Präsident Clinton war dieser Ansicht und forderte, dass Abtreibungen „sicher, legal und selten“ sein sollten. Übrigens können Liberale auch glauben, dass sich jeder gegen Covid impfen lassen sollte – und gleichzeitig das Recht jedes Menschen verteidigen, dies nicht zu tun und deswegen auch nicht ausgegrenzt zu werden. Die liberale Verfassungsordnung hält die Freiheit des einzelnen hoch, und damit verbunden die Verantwortung für das eigene Leben. Jeder Mensch muss Entscheidungen für sich selbst treffen, diese vor sich selbst verantworten und mit den Konsequenzen – den guten wie den schlechten – leben und klarkommen. Nur so, durch ein aktives und in Selbstverantwortung gelebtes Leben kann er hoffen, Reife und Weisheit zu erlangen. Insofern ist ein Grundrecht auf Abtreibung nicht primär eine progressive, sondern vielmehr eine liberale Errungenschaft. Seine vermutlich bevorstehende Abschaffung in den Vereinigten Staaten ist ein Verlust für die Freiheit.

Kai Möller ist Professor of Law an der London School of Economics.