

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel
Direktor des Instituts für die gesamte Strafrechtswissenschaft
Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales
Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht

Schriftliche Fassung der Stellungnahme
in der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 10.2.2025

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs der Abgeordneten Wegge, Schauws et al. (BT-Drs. 20/13775)

sowie zum

Antrag „Versorgungslage von ungewollt Schwangeren verbessern“ der Abgeordneten Wegge, Schauws et al. (BT-Drs. 20/13776)

A. Zusammenfassung

1. Der Gesetzentwurf **widerspricht mehreren Leitsätzen der Entscheidung der letzten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 88, 203) und ist mit zentralen Maßstäben beider einschlägigen Entscheidungen des Ersten und Zweiten Senats des BVerfG – kurz: der verfassungsdogmatischen Gesamtstatik des vorgeburtlichen Grundrechtsschutzes – unvereinbar.**

2. Der Gesetzentwurf ist rechtspolitisch verfehlt.

a) Er ist kein Beitrag zur Lösung tatsächlicher Probleme. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wie dieses Gesetz die Bereitschaft von Ärzten erhöhen soll, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen.

- Der Entwurf verändert die Rechtslage für Ärzte nicht, da diese schon jetzt unter dem Schutz der Rechtsordnung beratene und indizierte Abbrüche vornehmen können.

- Der Entwurf wirkt in Bezug auf Ärzte sogar dysfunktional. Ärzte sollen die alleinige strafrechtliche Verantwortung dafür tragen, dass Schwangere die für sie geltenden Verpflichtungen erfüllen. Die damit einhergehenden Haftungsrisiken sind erheblich und führen zu einer Verschlechterung der Rechtsposition von Ärzten, was der Entscheidung, Abbrüche anzubieten, entgegenwirken könnte.
- Ungeachtet dessen bedarf es keiner Änderungen der Rechtslage, um ggfs. bestehende regionale Versorgungslücken zu schließen, da die Bundesländer nach § 13 Abs. 2 SchKG dazu verpflichtet sind, „ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen und den ungehinderten Zugang zu diesen“ sicherzustellen.

b) Die **Rechtspositionen Schwangerer werden vornehmlich symbolisch gestärkt**, wobei der Entwurf auch diesbezüglich **gefährliche Dysfunktionalitäten** begründen kann:

- Dabei läuft die vom Entwurf ausgehende Botschaft dem verfassungsrechtlich erforderlichen Schutz des ungeborenen Lebens in vielfältiger Weise zuwider, etwa indem § 218 StGB-E nicht mehr das Leben selbst schützen soll, sondern das Verfügungsrecht der Schwangeren über das ungeborene Leben, was mit dem verfassungsrechtlichen Würdeanspruch des Ungeborenen nicht vereinbar ist.
- Mit § 14 SchKG-E führt die Fassung auch zu einem gesundheits- und frauenpolitischen Fehlanreiz, da Schwangeren ein sanktionsfreier Weg zu gefährlichen Abbrüchen von Laien außerhalb des regulatorischen Rahmens eröffnet wird. Dieser Weg könnte eingeschlagen werden, wenn Ärzte das ihnen vom Entwurf allein übertragene strafrechtliche Risiko bei einem Abbruch deshalb scheuen, bei dem sie Zweifel haben, dass die Schwangere die ihr obliegenden prozeduralen Vorgaben tatsächlich erfüllt hat.
- Das geltende Recht ermöglicht eine vollständige Kostenübernahme für Bedürftige im Rahmen eines unaufwändigen Verfahrens ohne Vorleistungspflicht. Allen anderen gewährt die gesetzliche Krankenversicherung eine eingeschränkte Kostenübernahme. Insgesamt gibt es daher keine finanziellen Hürden für die Durchführung eines

Abbruches – erst recht keine Hürden von einer Größe, die den Bruch mit zentralen verfassungsrechtlichen Prämissen erforderlich macht.

- Die Abschaffung der 3-Tages-Frist widerspricht dem Zweck der Beratung und ist zur Ermöglichung eines rechtzeitigen Abbruchs nicht erforderlich.

3. Der Gesetzentwurf ist an vielen Stellen **handwerklich fehlerhaft** (siehe etwa das Verhältnis von § 218 Abs. 1 und 3 StGB-E). Die Begründung **schildert die Rechtslage falsch und oft einseitig**, etwa indem entgegen dem klaren Wortlaut des § 218a Abs. 1 StGB eine (tatsächlich nicht existierende) Kriminalisierung von Frauen und Ärzten insinuiert wird. Der Gesetzentwurf unterstellt dem Zweiten Senat des BVerfG eine als anstößig empfundene Aussage, die dieser nicht getroffen hat, und attestiert dem BVerfG insgesamt eine verfassungswidrige Rechtsprechung, die „schwängere Personen in ihrem Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit verletzt (sic!)“.

B. Im Einzelnen

I. Verfassungsrechtliche Bewertung

Der wesentliche Inhalt des Entwurfes steht in direktem Widerspruch zu nicht weniger als sieben Leitsätzen der Entscheidung des Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 88, 203 und ist darüber hinaus mit zentralen Maßstäben beider einschlägigen Entscheidungen des Ersten und Zweiten Senats des BVerfG unvereinbar.

1. Direkter Widerspruch zu Leitsätzen der Leitentscheidung

Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, das ungeborene menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht hat ihren Grund in Art. 1 Abs. 1 GG; ihr Gegenstand und Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt.¹ Menschenwürde kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu. Die Rechtsordnung muss die rechtlichen Voraussetzungen seiner Entfaltung im Sinne eines eigenen

¹ BVerfGE 88, 203 Leitsätze 2 und 3.

Lebensrechts des Ungeborenen gewährleisten. Rechtlicher Schutz gebührt dem Ungeborenen auch gegenüber seiner Mutter. Ein solcher Schutz ist nur möglich, wenn der Gesetzgeber auch den auf Verlangen der Schwangeren durchgeführten Abbruch grundsätzlich als Unrecht ansieht² und das Lebensrecht des Ungeborenen nicht für eine begrenzte Zeit der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten überantwortet.³ Die vom BVerfG betonten und berücksichtigten Grundrechte der Schwangeren – ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) – tragen nicht so weit, dass der Grundrechtsschutz des Ungeborenen auch nur für eine bestimmte Zeit generell aufgehoben wäre.⁴ Die Grundrechtspositionen der Frau führen allerdings dazu, dass es in Ausnahmefällen zulässig, in manchen dieser Fälle womöglich geboten ist, den Schutz des Ungeborenen gegenüber der Schwangeren zurückzunehmen. Dabei ist es zwar Sache des Gesetzgebers, solche Ausnahmetatbestände im Einzelnen nach dem Kriterium der Unzumutbarkeit zu bestimmen.⁵

Jedoch dürfen Schwangerschaftsabbrüche, die ohne Feststellung einer Indikation durchgeführt werden, nicht für gerechtfertigt (nicht rechtswidrig) erklärt werden. Es entspricht unverzichtbaren rechtsstaatlichen Grundsätzen, dass einem Ausnahmetatbestand rechtfertigende Wirkung nur dann zukommen kann, wenn das Vorliegen seiner Voraussetzungen unter staatlicher Verantwortung festgestellt werden muss.⁶ Daher lässt es das Grundgesetz nicht zu, für die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs, dessen Rechtmäßigkeit nicht festgestellt wird, einen Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zu gewähren.⁷ Und schließlich erfordert das Beratungskonzept Rahmenbedingungen, die positive Voraussetzungen für ein Handeln der Frau zugunsten des ungeborenen Lebens schaffen.⁸

² BVerfGE 88, 203 Leitsätze 2 und 3.

³ BVerfGE 88, 203 Leitsatz 4.

⁴ BVerfGE 88, 203 Leitsatz 7.

⁵ BVerfGE 88, 203 Leitsatz 7.

⁶ BVerfGE 88, 203 Leitsatz 15.

⁷ BVerfGE 88, 203 Leitsatz 16.

⁸ BVerfGE 88, 203 Leitsatz 12.

Zentrale Inhalte des Gesetzentwurfes sind mit den Leitsätzen und den tragenden Maßstäben der einschlägigen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen unvereinbar. Es kann keine Rede davon sein, dass „das bestehende Schutzkonzept zugunsten des ungeborenen Lebens weiterentwickelt“ und „mit dem Verfassungsrecht in Einklang gebracht werde“ (so aber Entwurf S. 1).

2. Unvereinbarkeit mit der verfassungsdogmatischen Gesamtstatik des vorgeburtlichen Lebensschutzes

Tatsächlich stellt der Entwurf eine kaum kaschierte Abkehr von zentralen Grundsätzen des geltenden Rechts und seiner verfassungsrechtlichen Grundlagen dar.

a) Widerspruch zu Leitsätzen

Zum einen spricht der Entwurf dem ungeborenen Leben ein vom Willen der Schwangeren selbstständiges, staatlich geschütztes Lebensrecht ab. Dies zeigt sich *erstens* an der Neugestaltung des § 218 StGB-E, der anders als bisher nicht mehr das Ungeborene schützt, sondern eine Art Verfügungsrecht der Schwangeren über die Schwangerschaft (näher unten II.), *zweitens* am vollständigen Verzicht auf Sanktionsandrohungen, so dass nur noch der Arzt/die Ärztin die Verantwortung für die Einhaltung der der Frau obliegenden prozedural-lebensschützenden Regeln obliegt. *Drittens* und vor allem wird der vom BVerfG geforderte Schutz der eigenständigen Grundrechtspositionen des Ungeborenen dadurch unterlaufen, dass der nur-beratene, aber nicht indizierte Abbruch explizit als „rechtmäßig“ bezeichnet wird – mit Wirkungen weit über das Strafrecht hinaus.

Dies ist vor allem mit den Maßstäben und der inneren Logik der Entscheidung – d.h. mit der grundrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Gesamtstatik des vorgeburtlichen Lebensschutzes – unvereinbar. Damit es eigenständige, staatlich geschützte Grundrechtspositionen des Ungeborenen geben kann, darf der Staat den Abbruch nicht per se rechtfertigen, sondern nur dann, wenn konfligierende Grundrechtspositionen der Schwangeren im Einzelfall überwiegen. Dies ist der Kern des vom

BVerfG grundrechtsdogmatisch hergeleiteten, einfachrechtlich schon vom Reichsgericht⁹ verwendeten, notstandsähnlichen Legitimationsmodells.

b) Grundlegender Widerspruch zu verfassungsrechtlicher Gesamtstatik des vorgeburtlichen Lebensschutzes

Auch der Gesetzentwurf bezieht sich auf dieses Legitimationsmodell, indem er explizit von der „Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft“ ausgeht, die einen Abbruch rechtfertigt (Entwurf S. 18). Im Widerspruch zu dieser Grundentscheidung geht der Entwurf jedoch davon aus, dass das Recht die Fortführung der Schwangerschaft *generell* als unzumutbar erachten soll, wenn die Schwangere in den ersten zwölf Wochen p.c. den Abbruch verlangt. Der Entwurf stellt folglich seit Langem anerkannte Fälle der Unzumutbarkeit (z.B. drohende Gefahr für Leben der Frau oder kriminologische Indikation) dem Verlangen nach Abbruch vollständig gleich („auch rechtmäßig“). Damit wird das auf der Unzumutbarkeit basierende Legitimationsmodell aufgegeben und – rechtskommunikativ-symbolisch problematisch – existenzielle Notlagen wie der drohende Tod der Schwangeren drastisch relativiert, indem der Gesetzentwurf diese rechtlich dem Abbruchverlangen gleichstellt.

Der Zweite Senat hat diese Gleichstellung – in Übereinstimmung mit dem Richter *Böckenförde* (der ein Sondervotum verfasst hat) – für verfassungswidrig erachtet. Dies nicht nur mit Blick auf Grundrechtsposition des Ungeborenen, sondern auch unter Berufung auf „unverzichtbaren rechtsstaatlichen Grundsätzen“, wonach „einem Ausnahmetatbestand rechtfertigende Wirkung nur dann zukommen kann, wenn das Vorliegen seiner Voraussetzungen *festgestellt* werden muss, sei es durch die Gerichte, sei es durch Dritte, denen der Staat kraft ihrer besonderen Pflichtenstellung vertrauen darf und deren Entscheidung nicht jeder staatlichen Überprüfung entzogen ist.“¹⁰ Wenn der Gesetzgeber darauf verzichtet, dass eine Schwangere gegenüber einem Arzt ihre persönliche, familiäre oder soziale Konfliktsituation schildert, „muss der Gesetzgeber insoweit darauf verzichten, den Abbruch der Schwangerschaft für gerechtfertigt zu erklären.“¹¹ Der Gesetzgeber hat dem mit der klugen

⁹ RGSt 61, 242 ff.

¹⁰ BVerfGE 88, 203, 274.

¹¹ BVerfGE 88, 203, 274.

Formulierung des § 218a Abs. 1 StGB Rechnung getragen, die den beratenen Abbruch nicht rechtfertigt, ihn aber auch nicht explizit als rechtswidrig bezeichnet. Damit hat der Gesetzgeber die Strafdrohung zurückgenommen und eine legalistisch-strafrechtliche Stigmatisierung vermieden, aber zugleich den Postulaten des Zweiten Senats Rechnung getragen.

Der geltende § 218a Abs. 1 StGB und die diesbezüglichen Urteilstpassagen des BVerfG sind also nicht „widersprüchlich“, wie es der Entwurf und verschiedene Stimmen in der Literatur behaupten, sondern in sich wohldurchdacht und grundrechts- wie strafrechtsdogmatisch stringent. Die neutrale Formulierung des § 218a Abs. 1 StGB führt nicht zu einer Stigmatisierung, erlaubt aber eine differenzierte rechtliche Bewertung in unterschiedlichen Rechtsmaterien und ist – vor allem – die verfassungsrechtlich notwendige Kehrseite dafür, dass Schwangere und Ärzte nicht in jene prekäre Situation gebracht werden, die das bis 1993 geltende Recht schuf: Danach musste die Schwangere dem Arzt Auskunft über die persönlichen, familiären oder sozialen Gründe ihrer individuellen Notlage geben, was für die Schwangere belastend sein konnte und daher vom geltenden Recht vermieden wird. Der Arzt hingegen sah sich dem Dilemma ausgesetzt, entweder den Angaben der Frau zu vertrauen oder kaum mögliche Nachforschungen anzustellen. Beides führte zu einer deutschlandweit unterschiedlichen Rechtsanwendung und kaum kalkulierbaren Strafbarkeitsrisiken, wie sie in den sog. „Memminger Abtreibungsprozessen“ drastisch sichtbar geworden sind. Wenn der Gesetzgeber aus diesen Gründen auf eine Überprüfung des Vorliegens einer individuellen Notlage verzichtet, kann er die Fortführung der Schwangerschaft nicht zugleich auf Grundlage einer generell unterstellten Konfliktlage für unzumutbar erachten und den Abbruch für rechtmäßig erklären. So betrachtet ist das Straf- und Verfassungsrecht nicht widersprüchlich, sondern systematisch stimmig und eröffnet den Weg zu der für Schwangere und Ärzte praxistauglichen und grundrechtsschonenden Beratungslösung.

c) Verstoß gegen das Untermaßverbot

Ausgangspunkt sämtlicher Überlegungen ist die ständige Rspr. des BVerfG, der zufolge den Staat eine Schutzpflicht trifft, „sich schützend und fördernd vor dieses (= das ungeborene, MK) Leben zu

stellen.¹² Teil dieses Schutzkonzepts kann auch die Verpflichtung sein, zur Sicherung des sich entwickelnden Lebens das Mittel des Strafrechts einzusetzen, wie das BVerfG schreibt.¹³ Dabei lässt es das Untermaßverbot nicht zu, auf das Strafrecht „frei“ zu verzichten: Der Gesetzgeber muss vielmehr hinreichend wirksame alternative Schutzkonzepte vorsehen.¹⁴ Für die Beurteilung der Frage, ob der Gesetzgeber seinem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag gerecht wird, ist eine Gesamtbetrachtung ausschlaggebend. Die Gesamtheit der Regelungen muss „insgesamt“ einen hinreichenden Schutz des ungeborenen Lebens entfalten.¹⁵ Betrachtet man die Regelung des Entwurfes insgesamt muss ein Verstoß gegen das Untermaßverbot konstatiert werden.

- Dies liegt vor allem an der bereits genannten Relativierung des Schutzes des vorgeburtlichen Lebens durch die symbolisch-rechtskommunikativ wirkmächtige Nivellierung der Unterschiede von Notlagenindikation einerseits und nur-beratenem Abbruch andererseits.
- Hinzutritt die ebenfalls symbolisch-rechtskommunikativ bedeutsame Herauslösung der Regelungen über den ärztlichen Schwangerschaftsabbruch aus dem Kontext der Delikte gegen das Leben im StGB und ihre Überführung in ein Nebenrecht: Diese Verschiebung ist aus rechtssystematischen bzw. legalistischen Gründen nicht erforderlich, sondern ist vor allem symbolisch gemeint: als Herabstufung ihrer Bedeutung und als sichtbare Trennung von Lebensschutz.
- Verbunden ist dies mit dem Umstand, dass der umgestaltete § 218 StGB-E nicht mehr das vorgeburtliche Leben schützt, sondern das Verfügungsrecht der Schwangeren über dieses, und das Schwangere generell von der Verantwortung für die Einhaltung der sie betreffenden Regelungen befreit und diese straf- und sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit bei den Ärzten konzentriert wird.
- Schließlich führt die beabsichtigte Streichung der 3-Tages-Wartefrist zu einer – den Lebensschutz schwächenden – Entwertung des Beratungsmodells. Hinzukommt, dass die Beratung nach dem Willen der Gesetzesverfasser nicht mehr – wie bisher – dem Schutz des Lebens dienen soll, sondern auch dem Selbstbestimmungsrecht. Wie eine solche – gleichsam teleologisch

¹² Ständige Rspr. seit BVerfGE 39, 1 Leitsatz 2; siehe ferner BVerfGE 88, 203, Leitsatz 1; 98, 265, 301 ff.

¹³ BVerfGE 39, 1 Leitsatz 4.

¹⁴ BVerfGE 88, 203, Leitsätze 3, 8, 11.

¹⁵ Vgl. nur BVerfGE 88, 203, 262 f. Siehe dazu u.a. *Eser JZ* 1994, 503 ff.

ziellose – Beratung, dem Lebensschutz dienen soll und kann, ist offen. Die Gesetzesverfasser haben sich mit den Voraussetzungen und Implikationen einer gelingenden Beratung offenkundig kaum befasst.

- Nicht vergessen werden darf, dass die Regierungsfractionen in der noch laufenden Legislaturperiode das Werbeverbot des § 219a StGB abgeschafft und stattdessen einen kleinen Teil des Normgehalts in das – teleologisch und systematisch unpassende – Heilmittelwerbegesetz überführt haben.¹⁶ Schon dieser Schritt hat zu einer symbolischen Entwertung des Lebensschutzes geführt und die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs der vom Untermaßverbot markierten Grenzlinie nähergebracht, die nun überschritten wird.

d) Fazit

Der Gesetzentwurf ist verfassungswidrig, weil er (a) dem Ungeborenen die eigenständige Grundrechtsposition und den daraus resultierenden Schutzanspruch vollständig entzieht und zwar (b) auf Grundlage eines verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich verankerten Unzumutbarkeits- bzw. notstandsähnlichen Rechtfertigungsmodells, dessen zentrale Voraussetzungen nicht mehr neutral geprüft werden. Damit verfehlt der Gesetzentwurf den Anspruch eines Rechtsstaates, den einzelnen Menschen mit seinen subjektiven Rechten zu schützen und diese nicht dem unregulierten Zugriff (konfliktbeteiligter) Dritten zu unterwerfen.¹⁷ Zudem (c) unterschreitet der Gesetzentwurf insgesamt das verfassungsrechtlich gebotene Untermaß.

3. Abgestufte pränatale Grundrechtsberechtigung?

Die Entwurfsverfasser rechtfertigen ihre weitreichenden Eingriffe in das einfache Recht und die Verfassungsrechtslage mit der Behauptung, der Entwurf gehe „wie das geltende Recht“ von einem

¹⁶ Vgl. auch *Kubiciel*, JZ 2022, 934 ff.

¹⁷ Vgl. zu dieser Dimension des Rechtsstaatsgebots *H.A. Wolff*, Stern/Sodann/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 15 Rn. 41 f.

„anwachsenden Lebensrecht“ des Ungeborenen aus (Entwurf, S. 18). Diese Argumentation ist unzutreffend und nicht tragfähig.

Sie schließt von den differenzierten strafrechtlichen Regelungen zurück auf den *verfassungsrechtlichen Status bzw. Schutzanspruch* des Ungeborenen, um *auf dieser, aus dem einfachen Recht in das Verfassungsrecht projizierten Grundlage* eine generelle Herabstufungen des Grundrechtsstatus und -schutzes des Embryos für zulässig zu erachten.¹⁸ Jedoch ist es bereits in methodischer Hinsicht nicht haltbar, den Gewährleistungsinhalt höherrangigen Verfassungsrechts nach Maßgabe kontingenter Inhalte des einfachen Rechts zu bestimmen,¹⁹ zumal dieses aus einem Komplex pragmatischer und prinzipieller Erwägungen besteht. So verzichtet § 218a Abs. 1 GG aus pragmatischen Gründen in den ersten zwölf Wochen auf eine Strafandrohung, weil die Frau in dieser sehr frühen Phase mit der Schwangerschaft oft allein (konfrontiert) ist und der in dieser Phase besonders notwendige Schutz des Ungeborenen nicht gegen, sondern mit der Frau erfolgen soll, also in der Beratung. Demgegenüber gestatten § 218a Abs. 2 und 3 StGB aus prinzipiellen (notstandsähnlichen) Gründen einen Abbruch. Der Grund für die Differenzierung strafrechtlicher Regelungen im geltenden § 218a StGB besteht also nicht in einer grundsätzlich unterschiedlichen Schutzwürdigkeit des Ungeborenen oder gar einer grundrechtlich unterschiedlichen Statusdifferenz. Schon allein deshalb, wäre es verfehlt, aus dieser einfachgesetzlichen Rechtslage weitreichende Rückschlüsse auf grundrechtliche Gewährleistungen zu ziehen.

Auch im Übrigen gibt es für die Annahme einer anwachsenden Grundrechtsberechtigung des Ungeborenen und einer daraus hergeleiteten Abstufung seines Schutzanspruches weder biologische noch normative Gründe. Leicht widerlegen lassen sich alle Argumente, mit denen eine biologisch-naturalistische Differenz zwischen dem ungeborenen Leben nach der Nidation und dem geborenen Leben zu begründen versucht wird.²⁰ Denn mit der Nidation ist ein eigenständiger lebendiger Organismus mit eigener Blutgruppe und individueller genetischer Struktur entstanden, der sein Wachstum und seine Nahrungsaufnahme selbst steuert und sich mit einer Ausdifferenzierung seiner Zellen und

¹⁸ Siehe *Schwarzenegger*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 3 Rn. 4.

¹⁹ Zutreffend *Augsberg*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 85.

²⁰ Ausführlich dazu und zum Folgenden *Bleckmann*, GS Tröndle, S. 679, 681 ff.

Körperteile selbst fortentwickelt. Er ist dabei von Anfang an genetisch identisch mit dem später geborenen Menschen. Dass der Mensch abhängig vom Stand seiner Entwicklung über unterschiedliche körperliche Eigenschaften und Fähigkeiten verfügt (und diese im Laufe des Lebens auch wieder verliert), ändert nichts an dem Umstand, dass er ein und derselbe Mensch ist und bleibt.²¹ Daher verliert der oder die Einzelne weder den biologischen noch den normativen Status des Menschen, wenn er oder sie infolge von Alter oder Krankheit einzelne Fähigkeiten oder Eigenschaften wieder verliert. Wer demgegenüber den verfassungsrechtlichen Status eines Menschen an den Entwicklungsgrad oder individuelle Fähigkeiten koppelt, nimmt nicht nur Ungeborenen das Lebensrecht, sondern auch Schwerstbehinderten, Kranken oder Dementen. Diese naheliegende Konsequenz „zwingt (...) zur Besinnung auf die teleologischen und historischen Aspekte der in Art. 2 Abs. 2 GG enthaltenen Garantie.“²²

Darüber hinaus ist die Annahme, es gebe einen „kategorialen Unterschied zwischen dem Lebensrecht geborener Personen und dem Schutz ungeborenen Lebens“²³ und ein „anwachsendes“ Lebensrecht „parallel zum Wachstum“,²⁴ problematisch, weil sie nicht nur „Rechtssubjekte unterschiedlicher Kategorie“²⁵ schafft, sondern sogar Menschen ganz aus dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG und des Art. 1 Abs. 1 GG exkludiert. Demgegenüber ist es mit Blick auf diese Vulnerabilität des Menschen – namentlich des Ungeborenen – in praktischer und teleologischer Hinsicht richtig, dass das BVerfG den Schutzbereich der einschlägigen Grundrechte weit gefasst und nicht an biologische Entwicklungsgrade geknüpft hat. Denn nur dann kommt dem Menschen unabhängig von seiner Entwicklung und seinen Fähigkeiten ein grundsätzlicher Schutzanspruch gegenüber existenziellen Eingriffen des Staates und von Privaten zu. Wer hingegen den Grundrechtsschutz des Menschen an Fähigkeiten koppelt oder bestimmten Gruppen von Menschen auf Grund ihres Entwicklungsgrades den Schutzanspruch per se versagt, tut dies mit Wirkung gegenüber *allen* staatlichen Eingriffen und Zugriffen *jedes* Dritten – nicht nur der Schwangeren. Nicht nur in systematischer, sondern auch in teleologischer Hinsicht ist

²¹ Treffend *Pöltner*, Was macht den Menschen zum Menschen, 1991, S. 18, hier zitiert nach *Bleckmann*, GS Tröndle, S. 679, 686.

²² So zu Recht *Huber*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 2, 2006, § 49 Rn. 7.

²³ Dazu und zum Folgenden *Dreier*, ZRP 2002, 377, 378.

²⁴ In diese Richtung *Dreier*, JZ 2007, 261, 268.

²⁵ Vor diesem Fehlschluss warnend *Bleckmann*, ZRP 2003, 96, 98.

die Annahme, es gebe ein „bißchen Grundrechtsschutz“ daher verfehlt: Als Grundlage von Abwehr- und Schutzansprüchen muss eine Grundrechtseigenschaft ganz vorliegen. Eine Anwartschaft auf vollen Grundrechtsschutz ist denklogisch unmöglich, sie zu postulieren verschleierte nur, dass der Grundrechtsschutz tatsächlich entzogen wird.²⁶

Dass der Staat den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz eines Grundrechtsberechtigten in differenzierter rechtlicher und tatsächlicher Form entfaltet und vor allem das Strafrecht in abgestufter Weise einsetzt, liegt also nicht an einer kategorial oder graduell unterschiedlichen Schutzberechtigung des Lebens, sondern teils an pragmatischen Erwägungen (§ 218a Abs. 1 StGB), teils an einer unterschiedlich starken Berücksichtigung kollidierender Grundrechte in besonderen Konfliktlage (§ 218a Abs. 2, Abs. 3 StGB). Die körperliche Verbindung des Ungeborenen mit der Schwangeren begründet die Notwendigkeit solche differenzierter Schutzkonzepte, ist aber kein Grund, den Grundrechtsstatus des Ungeborenen in Abrede zu stellen oder gar zu nivellieren und damit den Konflikt, um dessen Regulierung seit langem in der Gesellschaft, in der Politik und vor dem Verfassungsgericht gerungen wird, definitorisch aufzuheben.

C. Rechtspolitische Gesamtbewertung

1. Ausgangspunkt des Entwurfes: Ungenaue Darstellung der geltenden Rechtslage und des Diskussionsstandes

a) Keine „Kriminalisierung“ von Schwangeren und Ärzten

Dem Gesetzentwurf liegt eine fehlerhafte Auffassung vom bzw. Darstellung des geltenden Rechts zugrunde. Dies zeigt sich vor allem daran, dass mehrfach von einer „Kriminalisierung *des* Schwangerschaftsabbruchs“ (Entwurf S. 6, 17, 18, 20, 28) die Rede ist, aus der sodann eine „Stigmatisierung“ Schwangerer und/oder Ärzte (Entwurf S. 17, 23) geschlossen wird. Ferner heißt es, dass „die Teilnahme an der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen nach dem Beratungsmodell (...) für das

²⁶ Huber, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 2, 2006, § 49 Rn. 8.

medizinische Personal eine Mitwirkung an einem gesetzlich rechtswidrigen Verfahren.“²⁷ All dies ist unzutreffend bzw. stellt eine grobe Verzeichnung der Rechtslage dar.

Der beratene bzw. indizierte Schwangerschaftsabbruch, von dem der Entwurf handelt, wird bereits de lege lata nicht kriminalisiert, sondern von § 218a StGB *entkriminalisiert*. § 218a bewirkt, dass jene Fälle, die der Gesetzentwurf adressiert (beratene oder indizierte Abbrüche durch Ärzte) nicht strafbar sind: In den Fällen des § 218a Abs. 1 StGB findet der Tatbestand des § 218 StGB keine Anwendung, was – rechtstechnisch betrachtet – die stärkste Form der „Entkriminalisierung“ darstellt; in den Fällen der § 218a Abs. 2 und Abs. 3 wird der tatbestandmäßige Schwangerschaftsabbruch als nicht rechtmäßig eingestuft. Insofern ändert der Gesetzentwurf nichts, da es hier nichts gibt, was noch zu entkriminalisieren wäre. Die Rede von „Entkriminalisierung“ ist folglich juristisch unzutreffend.

Auch empirische Daten zeigen, dass von einer Kriminalisierung von Schwangeren und Ärzten keine Rede sein kann. Die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) weist für das letzte statistisch erfasste Jahr 2022 insgesamt 90 polizeilich registrierte Verdachtsfälle wegen § 218 StGB aus. Auffällig dabei ist, dass davon 72 Fälle männliche Beschuldigte betrafen; die Aufklärungsquote lag bei über 90%. Die Vorjahre weisen vergleichbare Werte aus. Eine Auswertung der Strafverfolgungsstatistik der letzten fünfzehn statistisch erfassten Jahre (2006-2021) schärft den Blick: Im gesamten Zeitraum wurden nur 148 Personen nach § 218 StGB abgeurteilt, wobei die Zahl pro Jahr sich in der Regel zwischen 7 und 9 Personen bewegt.²⁸ Hierbei ist zu beachten, dass der Begriff „Aburteilung“ nicht nur Verurteilungen erfasst, sondern auch Freisprüche und Verfahrenseinstellungen. Abgeurteilt wurden fast ausnahmslos Männer, seit 2010 wurde nur eine einzige Schwangere (in einem besonders gelagerten Fall) verurteilt.²⁹ Dies zeigt eindrucksvoll, dass (schwangere) Frauen fast nie § 218 StGB in Konflikt geraten.

Auch für Ärzte schafft das Recht keine Strafbarkeitsrisiken, sondern garantiert Regelungen, die sie offenbar ohne weiteres erfüllen können. So ergab eine Auswertung der Datenbank juris für die Jahre 1995 bis 2023 lediglich eine Verurteilung eines Arztes wegen Fällen, in denen die Frist von drei Tagen

²⁷ Entwurf S. 3.

²⁸ Dabei bilden 12 Aburteilungen (2009, 2010, 2014, 2017, 2021) die obere Grenze, 4 (2008) bzw. 5 (2018) die untere Grenze.

²⁹ Zitiert nach einer Auskunft des BMJ an ein Mitglied des Deutschen Bundestages vom 29. März 2023. – Der Verurteilung lag ein Sonderfall einer im 8. Monat schwangeren, in einer Flüchtlingsunterkunft lebenden Frau zugrunde.

gem. § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB noch nicht abgelaufen war,³⁰ während 16 Urteile von Strafkammern an Landgerichten bzw. Entscheidungen von Strafsenaten des Bundesgerichtshofs Fälle des nicht-einverständlichen Schwangerschaftsabbruchs bzw. des Zusammentreffens von Tötungs- und Körperverletzungsdelikten mit dem § 218 StGB – kurz: Gewalttaten von Männern – betrafen.

b) Keine Stigmatisierung von Schwangeren oder Ärzten durch strafrechtliche Regelungen

— Von den geltenden Regelungen des StGB geht keine Stigmatisierung Schwangerer und Ärzte aus, da der geltende § 218a StGB die Anwendbarkeit des Strafrechts für beratene Abbrüche und indizierte Abbrüche für nicht rechtmäßig erklärt. Der in der Strafrechtswissenschaft geführte dogmatische Streit darüber, ob der nicht-indizierte Abbruch nach Abs. 1 als „straflos, aber rechtswidrig“ zu bewerten ist oder als „nicht tatbestandsmäßig und daher auch nicht strafrechtswidrig“, hat keine Bedeutung für Frauen und Ärzte:

- Beide Personengruppen kommen bei einem regelkonformen Abbruch mit dem Strafrecht weder faktisch noch normativ in Berührung.
- Aus der mit Bedacht gewählten neutralen Formulierung des § 218a Abs. 1 StGB („Tatbestand ist nicht verwirklicht“) lässt sich kein positives oder negatives Verdikt hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ableiten. Ob eine Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, bemisst sich daher nach außerstrafrechtlichen Normen, so dass eine differenzierte Bewertung innerhalb der verschiedenen Rechtsmaterien mit ihren jeweiligen Systemlogiken und Zweckrichtungen möglich bleibt.³¹
- Infolgedessen geht von §§ 218, § 218a Abs. 1 StGB gerade keine Stigmatisierung aus; eine solche ist weder bezweckt noch lässt sie sich aus dem Wortlaut der Norm herauslesen.

In Bezug auf Ärzte, die beratene oder indizierte Abbrüche vornehmen, kann erst recht keine Rede davon sein, dass sie das Recht stigmatisiere oder ihnen vorhalte, sie beteiligten sich an

³⁰ LG Augsburg ZfL 2006, 28.

³¹ Eine solche Tatbestandsbegrenzung ist im StGB keine Seltenheit. Sie findet sich explizit etwa im Geldwäscheparagraphen (§ 261 Abs. 1 S. 2, 3 StGB), aber letztlich auch in jeder anderen negativen Begrenzung von Straftatbeständen, etwa die Straflosigkeit der fahrlässigen Sachbeschädigung.

„rechtswidrigen Taten“. Vielmehr hat das BVerfG in seiner Leitentscheidung explizit klargestellt, dass es das Recht der Schwangeren „ermöglicht“, für einen beratenen und nicht-indizierten Abbruch einen Arzt in Anspruch zu nehmen³². Für Ärzte müsse das Recht sicherstellen, dass gegen das Handeln des Arztes Nothilfe zugunsten des Ungeborenen nicht geleistet werden kann und der Abbruch „im Rahmen eines wirksamen privatrechtlichen Vertrags“ durchgeführt werden kann.³³ Das Schutzkonzept erfordere es, dass der Leistungsaustausch zwischen Arzt und Frau als Rechtsverhältnis ausgestaltet wird, mithin die Leistungen mit Rechtsgrund gewährt werden.³⁴ In einer späteren Entscheidung hat das BVerfG den Ehrenschatz des Arztes noch insoweit präzisiert, dass es einem Arzt „ohne negative Folgen“ möglich sein müsse, darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können.³⁵

c) Einseitige Darstellung der rechtswissenschaftlichen Diskussionslage

aa) Der Entwurf (S. 18) spricht von einer „vielstimmigen Kritik“ am geltenden Recht und unterschlägt dabei die Vielzahl jener Stimmen, die das geltende Recht verteidigt haben und dies auch heute tun.

Schon aus den Plenarprotokollen des Jahres 1995 wird deutlich, wie breit die parlamentarische Unterstützung des heute geltenden Rechts bei seiner Verabschiedung war. „Endlich“, so eine Abgeordnete der FDP, „ist eine Einigung gefunden in einem Streit, der seit Jahren Gräben aufgerissen und sowohl Politiker als auch Bürger emotionalisiert hat.“ Die Regelung sei geeignet, die rechtliche Diskussion rund um den § 218 zu einem „guten Ende“ zu führen, betonte eine Abgeordnete der SPD; auch die „öffentliche Reaktion“ falle „überwiegend positiv“ aus.³⁶ Kritik an dem Kompromiss übten zwar Abgeordnete der Fraktion Bündnis90/Die Grünen, konzidierten aber die verfassungsrechtlichen Vorgaben und machten daher Einwände gegenüber Randfragen wie den Wortlaut des § 219 StGB

³² BVerfGE 88, 203, 268.

³³ BVerfGE 88, 203, 278.

³⁴ BVerfGE 88, 203, 295.

³⁵ BVerfGE v. 24.5.2006, Rn. 36.

³⁶ So die Abgeordnete *Niehuis* (SPD), Stenographischer Bericht, 13. Wahlperiode, 47. Sitzung, Bonn, Donnerstag, den 29. Juni 1995, S. 3767 f.

geltend.³⁷ Ein Mitglied der FDP-Fraktion resümierte: „Ich hoffe, daß das, was heute verabschiedet werden soll, (...) endlich Rechtsfrieden schafft, insbesondere im Interesse der betroffenen Frauen, auch der Beratungsstellen, ja der ganzen Gesellschaft.“³⁸

Selbst Wissenschaftlerinnen, die sich in den frühen 1990er Jahren für eine weitgehende Liberalisierung des Schwangerschaftsabbruchsrechts stark gemacht hatten, bezeichneten das geltende Recht noch vor nicht allzu langer Zeit als akzeptablen, grosso modo liberalen Kompromiss.³⁹ Bei einer im Jahr 2017 durchgeführten Befragung unter Strafrechtswissenschaftlern und Strafrechtswissenschaftlerinnen, welche Straftatbestände entbehrlich seien, wurden zwar nicht weniger als 195 verschiedene Straftatbestände zumindest einmal als entbehrlich bezeichnet, § 218 StGB aber kein einziges Mal genannt.⁴⁰ Offenbar teilen sehr viele Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler die Einschätzung, dass das geltende Recht „eine tragfähige und von weiten Teilen der Bevölkerung mitgetragene rechtspolitische Lösung“ gefunden habe: „Auf diesem Feld Rechtsfrieden geschafft zu haben, ist eine Leistung, die nicht zu unterschätzen ist.“⁴¹ Die aktuellen Regelungen werde „weitgehend akzeptiert und beachtet“.⁴² In der aktuellen Diskussion wird das geltende Recht von vielen verteidigt.⁴³

bb) Auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen des geltenden Rechts werden von der herrschenden Meinung in der Lit. geteilt. Die herrschende Meinung geht mit dem BVerfG davon aus, dass dem ungeborenen Leben der gleiche Achtungsanspruch – Schutz des Lebens und Schutz der Würde – zukommt wie dem geborenen Leben.⁴⁴ Es widerspreche „dem in der Menschenwürde liegenden

³⁷ Die Abgeordnete *Müller* (Bündnis90/Grüne), Stenographischer Bericht, 13. Wahlperiode, 47. Sitzung, Bonn, Donnerstag, den 29. Juni 1995, S. 3769 f., bemängelte vor allem, dass § 219 StGB nicht explizit von einer „ergebnisoffenen Beratung“ spricht, was allerdings in § 5 Abs. 1 S. 1 SchKG ausdrücklich hervorgehoben wird.

³⁸ *Lanfermann* (FDP), Stenographischer Bericht, 13. Wahlperiode, 47. Sitzung, Bonn, Donnerstag, den 29. Juni 1995, S. 3759.

³⁹ Siehe *Frommel*, KriV 2009, 181, 186, der zufolge mit dieser Zwischenlösung jeder „leben“ könne. Siehe auch *dies.*, KJ 1996, 362: „liberales Abtreibungsrecht“.

⁴⁰ *Hoven*, ZStW 129 (2017), 334, 338 f.

⁴¹ *Kröger*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., Vor §§ 218 ff. Rn. 41; ebenso *Lindemann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl., Vor §§ 218 ff. Rn. 56. In der Sache ebenso *Belling*, MedR 1995, 184; *Frommel*, KritV 2009, 181; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor § 218 ff. Rn. 8; siehe bereits *Gropp*, GA 1994, 147, 157.

⁴² *Lackner/Kühl/Heger*, Vor § 218 Rn. 26a. Siehe auch die Darstellung von *Matt/Renzikowski/Safferling*, 2. Aufl. 2020, StGB § 218a Rn. 8 ff., die keine Kritik am geltenden Recht äußert.

⁴³ *SK-StGB/Berghäuser*, Vor §§ 218 ff. Rn. 39; *Duttge*, MedR 2023, 787 ff.; *Hillgruber*, ZfME 2023, 221 ff.; *Kubiciel*, medstra 2022, 1 ff.; *Rostalski*, medstra 2024, 2 ff.; *Scharf/Rosenberg*, medstra 2023, 205 ff.

⁴⁴ Dazu und zum Folgenden *Gärditz*, Gedächtnisschrift Tröndle, S. 729, 746 f.

elementaren Gleichheitsanspruch“, einzelnen Trägern – etwa dem ungeborenen Leben oder Wachkomapatienten – nur einen eingeschränkten Achtungsanspruch zuzubilligen.⁴⁵ Die ganz herrschende Meinung erkennt insbesondere an, dass das ungeborene Leben ab dem Zeitpunkt der Nidation in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG fällt.⁴⁶ Ein erheblicher Teil hält sogar eine Vorverlagerung des Lebensschutzes auf den früheren Zeitpunkt der Befruchtung für geboten.⁴⁷ Das „Ob“ des Schutzes, heißt es, stünde nicht mehr in Frage.⁴⁸ Eine andere Auslegung sei schon deshalb unbefriedigend, weil das ungeborene Leben dadurch nicht nur gegenüber Eingriffen von privater Seite schutzlos gestellt, sondern ihm auch dem Staat gegenüber der Grundrechtsschutz versagt würde.⁴⁹ Weithin geteilt wird in der Lit. ferner die Position des BVerfG, dass der Embryo auch dem Würdeschutz des Art. 1 Abs. 1 GG teilhaftig wird.⁵⁰ Dabei wird auch seine Rechtssubjektivität anerkannt und im Einklang mit der Rspr. des BVerfG betont, dass der Embryo ab der Nidation als eigenständiger Grundrechtsträger anzuerkennen sei.⁵¹

Dafür lassen sich drei Argumente nennen. Erstens führe schon die Verschmelzung von Ei- und Samenzelle zu einer „identitätsstiftenden Festlegung des genetischen Programms und kraft der damit angelegten Entwicklungsperspektive menschliches Leben mit Würdeanspruch.“⁵² Zwar bringe erst die Verbindung mit dem Mutterleib durch Einnistung in den Uterus das genetisch gesteuerte Entwicklungsprogramm zur Entfaltung. Jedoch sei die Nidation als notwendiger Schritt jedenfalls bei der natürlichen Zeugung „integrales Element der Entwicklungsperspektive“. Zweitens entspreche die Erstreckung auf den Embryo „dem Selbstverständnis des Menschen von den Ursprüngen des eigenen Ichs“. Drittes mache die Zuerkennung des Würdeanspruches „heikle, an bestimmte Entwicklungsstufen anknüpfende Differenzierungen“ bei der Frage nach einem „Ob“ des Würdeschutzes entbehrlich.⁵³

⁴⁵ Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen, Art. 1 Abs. 1 Rn. 65. Insoweit zustimmend Sachs/Rixen, Art. 2 Rn. 143.

⁴⁶ Siehe nur Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 2 Abs. 2 Rn. 29; Sachs/Höfling, Art. 1 Rn. 61; Erb, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 32 Rn. 86.

⁴⁷ Dazu Stepanek-Bühringer, in: Huber/Voßkuhle, 8. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 425.

⁴⁸ Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rn. 44.

⁴⁹ So schon Herzog, JR 1969, 441, 442; Rudolphi, ZStW 83 (1971), 105, 113.

⁵⁰ BeckOK GG/Hillgruber, Art. 1 Rn. 14a.1; v. Münch/Kunig/Kunig/Kotzur, Art. 1 Rn. 28; Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG, 7. Aufl. Art. 1 Rn. 19, ebenso nunmehr

⁵¹ Huber, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 2, 2006, § 49 Rn. 11.

⁵² Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen, Art. 1 Abs. 1 Rn. 65. Insoweit zustimmend Sachs/Rixen, Art. 2 Rn. 143.

⁵³ Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen, Art. 1 Abs. 1 Rn. 65.

Höfling ergänzt diese Argumentation mit einer systematisch-teleologischen Erwägung: Da das Menschsein die einzige Bedingung des Würdeschutzes ist, sei mit der Feststellung, dass der Embryo ein Mensch ist, auch über dessen Würdeschutz positiv entschieden. Und da der Mensch Schutzobjekt des Art. 1 Abs. 1 GG sei, müsse auch das ungeborene Leben Träger dieses seine Existenz konstituierenden Grundrechts sein: Dies liege „in der Konsequenz eines dominant subjektiven Verständnisses aller Grundrechte.“⁵⁴

— cc) Nur, wenn man die Vielschichtigkeit der Diskussionslage ausblendet und die Quellen einseitig auswertet, kann davon die Rede sein, dass sich die „rechtliche Bewertung des Schwangerschaftsabbruchs innerstaatlich erheblich verändert hat“ (so aber Entwurf, S. 19). Tatsächlich ist es umgekehrt: An der rechtswissenschaftlichen Diskussionslage hat sich *nichts Substanzielles* geändert, da die Kritiker des geltenden Rechts im Wesentlichen dieselben normativen Argumente geltend machen wie vor 30 Jahren. Am Rande sei bemerkt, dass dem BVerfG Positionen und Widersprüche attestiert werden, die sich in der Entscheidung des Zweiten Senats gar nicht finden (siehe etwa den impliziten und unbelegten Vorwurf in Entwurf S. 19: „die frühere Annahme des Bundesverfassungsgerichts widerlegen, Frauen entschieden leichtfertig über die Fortsetzung einer Schwangerschaft“; vgl. demgegenüber BVerfGE 88, 203, 272: „verantwortlich handelnde Frau“).

2. Zielsetzungen des Gesetzentwurfes

a) Entkriminalisierung, Entstigmatisierung, Liberalisierung?

Soweit der Gesetzentwurf eine Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs als Ziel nennt bzw. andeutet (Entwurf S. 6, 20, 25 und öfters), geht er – wie gesehen – ins Leere, da dieser in den hier relevanten Fällen bereits de lege lata nicht kriminalisiert wird (siehe oben 1 a). Ebenfalls bereits erreicht ist, aus den oben dargelegten Gründen, auch das Ziel des Entwurfes, eine Stigmatisierung von Ärzten bzw. Frauen zu beseitigen (Entwurf. S. 17). Erstere findet sich an keiner Stelle des Rechts, letztere nicht in den Regelungen des StGB, die der Entwurf ändert.

⁵⁴ Sachs/Höfling, Art. 1 Rn. 62.

Unklar ist schließlich, was mit dem unscharfen Begriff „Liberalisierung“ (Entwurf, S. 20, 25) gemeint ist, passt dieser doch nicht auf die Fallkonstellation des Schwangerschaftsabbruchs. Liberalisierung meint nämlich eine *freiheitserweiternde* Rücknahme staatlicher Regulierung. Diese Definition bezieht sich auf das zweipolige Verhältnis von Person und Staat, da nur in Fällen, in denen die Rücknahme staatlicher Regulierung die Rechtsphäre der Person erweitert, ohne andere in ihrer Freiheit zu beschränken, von einer Liberalisierung im Sinne einer Erweiterung der Freiheit gesprochen werden kann (bspw. Suizidassistentz, Cannabisbesitz). Im Fall des Schwangerschaftsabbruchs betrifft die Regulierung aber in tatsächlicher und (verfassungs-)rechtlicher Hinsicht ein dreipoliges Verhältnis zwischen Staat, Schwangeren und werdendem Leben. Von einer Liberalisierung kann daher allenfalls (und auch nur in einem politischen Sinne) gesprochen werden, wenn die Freiheitserweiterung auf der einen Seite fokussiert und die Folgen auf der anderen Seite ausgeblendet werden. Dies wäre jedoch eine einseitige und daher verfassungsrechtlich verfehltete Perspektive.

b) Beseitigung von Widersprüchen im geltenden Recht, Einklang mit Verfassungsrecht?

Der Entwurf insinuiert, dass das geltende, verfassungsrechtlich vorgeprägte Recht widersprüchlich sei, was (wie oben gezeigt) nicht zutrifft. Wenn davon die Rede ist, dass das geltende Recht mit dem Verfassungsrecht „in Einklang gebracht“ werden müsse (Entwurf, S. 17), oder gar gesagt wird, dass „der aktuelle Rechtszustand“ Frauen in ihrem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit „verletzt“ (Entwurf, S. 23), unterstellt man dem Zweiten Senat des BVerfG auf äußerst dünner Grundlage, er habe mit seiner ausführlichen und dogmatisch anspruchsvollen Entscheidung verfassungswidriges Verfassungsgerichtsrecht geschaffen.

c) Ungenaue Darstellung des Völkerrechts und der Bedeutung internationalen Soft-Laws

Der Entwurf spricht in terminologisch und sachlich unrichtiger Weise von „internationalem Recht“ und „Vorgaben des internationalen Rechts“, denen das deutsche Recht angeblich „widerspricht“ (Entwurf, S. 20). An anderer Stelle wird vorsichtiger formuliert und auf den „unterschiedlichen Grad der

Verbindlichkeit“ (Entwurf, S. 20) hingewiesen bzw. zutreffend von Empfehlungen (Entwurf, S. 23, 25), also unverbindlichem Soft-Law, gesprochen.

Völkerrechtlich ist Deutschland nicht zu einer Änderung der §§ 218 ff. StGB verpflichtet. Denn völkerrechtliche Verpflichtungen erwachsen allein aus Völkervertragsrecht und völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht, d.h. aus der zwischenstaatlichen Staatenpraxis. Es gibt weder völkerrechtliche Verträge noch einschlägige Regeln des Völkergewohnheitsrechts, die sich zu den vom Gesetzentwurf behandelten Fragen verhalten. Insbesondere die vom Entwurf S. 23 genannten Art. 16 Abs. 1 lit. e) UN-Frauenrechtskonvention und Art. 23 Abs. 1 lit. b) UN-Behindertenkonvention regeln diese Fragen nicht. So lautet Art. 16 Abs. 1 lit. e) CEDAW: „The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights“.

Die von Beratungsgremien und Ausschüssen abgegebenen Empfehlungen schaffen weder völkerrechtliche „Standards“ (Entwurf, S. 20) noch gar völkerrechtliche Umsetzungsverpflichtungen für die Bundesrepublik. Es handelt sich vielmehr um Soft Law ohne Bindungswirkung. Hinzukommt, dass diese Ausschüsse und Gremien einen Auftrag haben, der Inhalt und Ausrichtung der Empfehlungen teleologisch-institutionell determiniert (und damit zugleich in ihrem Aussagegehalt limitiert): Wenn ein Ausschuss oder ein Gremium allein oder vorrangig nach Hürden sucht, die der vollen Entfaltung von Frauenrechten im Wege stehen, kann zwar auch eine 3-Tages-Wartefrist in den Fokus der Kritik geraten. Aus dem Blick geraten dabei aber die Grundrechtspositionen des Ungeborenen und damit jene Erwägungen, die den genannten Regelungen des deutschen Rechts ihren Sinn verleihen.

Selbst wenn man die Auffassung teilt, dass solche Empfehlungen internationale Standards beschreiben, sind dies nur Standards, welche *eine* Seite des Schwangerschaftskonflikt betreffen. Gemäß dem – dem Völkerrecht ohnehin vorgehenden – Verfassungsrecht kommt der anderen Konfliktseite (den Grundrechten des Ungeborenen) aber eine zumindest gleichgewichtige Bedeutung zu. Mit welchen detaillierten Regelungen das deutsche Verfassungsrecht und das einfache Recht diesem Konflikt Rechnung tragen, ist völkerrechtlich nicht determiniert. Bloße Empfehlungen hinsichtlich der Rechte

einer Seite, sind mit den Rechten der anderen Seite ins Verhältnis zu setzen. Das ist Aufgabe des deutschen Gesetzgebers; er kann und darf sich seiner verfassungsrechtlichen Verantwortung, beiden Grundrechtspositionen Rechnung zu tragen, nicht durch Verweis auf Verlautbarungen von Expertengremien und Ausschüssen entziehen.

d) Beseitigung angeblicher Hürden

— Der Gesetzentwurf strebt nach eigenem Bekunden auch einige praktische Ziele an.

- So möchte er „Zugangsbarrieren“ in Form einer vollständigen Kostenerstattung des Abbruchs durch die gesetzliche Krankenversicherung ermöglichen. Solche Barrieren bestehen jedoch nicht. Das geltende Recht ermöglicht eine vollständige Kostenübernahme für Bedürftige im Rahmen eines unaufwändigen Verfahrens ohne Vorleistungspflicht. Allen anderen gewährt die gesetzliche Krankenversicherung eine eingeschränkte Kostenübernahme. Insgesamt gibt es daher keine finanziellen Hürden für die Durchführung eines Abbruchs. Falls die Bedürftigkeitsgrenze zu hoch angesiedelt sein sollte, könnte diese im Verwaltungsvollzug angehoben werden. Eine gesetzliche Änderung, die mit zentralen Prämissen des BVerfG konfligiert, ist daher nicht erforderlich.
- Die Abschaffung der 3-Tages-Frist widerspricht dem Zweck der Beratung und ist zur Ermöglichung eines rechtzeitigen Abbruchs nicht erforderlich. Es ist nicht erkennbar, dass diese Frist den Zugang zu einem Abbruch erschwert. Der Bericht der „Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ hält vielmehr fest: „Für Deutschland liegen aktuell keine empirischen Daten vor, die sich mit (sic!) den Auswirkungen der dreitägigen sog. Bedenkzeit vor einem Schwangerschaftsabbruch auf bspw. das psychosoziale Belastungserleben, die Bedeutung für die Entscheidungssicherheit oder mögliche Verzögerungen im Ablauf beziehen (sic!).“⁵⁵
- Schließt glaubt der Entwurf, dass er dadurch einen Beitrag zur Vergrößerung des medizinischen Angebots leistet, dass er Ärzte „entstigmatisiert“. Wie oben gezeigt,

⁵⁵ Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, S. 159.

stigmatisiert das Recht Ärzte jedoch in keiner Weise. Im Übrigen kann die Versorgungslage auch dadurch verbessert werden, dass jene Länder, in denen Versorgungslücken bestehen sollten, an ihre von § 13 Abs. 2 SchKG normierte Pflicht festgehalten werden, ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherzustellen.

3. Zusammenfassung

Grundlage des Entwurfes ist eine verfehlte Kritik des geltenden Rechts aufgrund einer Fehlinterpretation seines Inhalts und die darauf gegründete Verwendung unzutreffender und unscharfer Begriffe („Kriminalisierung“, „Stigmatisierung“, „Liberalisierung“). Hinzutritt eine Ausblendung zentraler Aussagen und Erwägungen des BVerfG, eine einseitige Darstellung des Diskussionsstandes in der Literatur sowie eine Überbewertung von nicht-bindenden Aussagen einzelner internationaler Spezialgremien. Für die im Übrigen genannten Ziele bedarf es keiner derart weitreichenden Änderung des StGB und SchKG, das geltende Recht ist diesbezüglich ausreichend.

D. Einzelaspekte des Gesetzentwurfes

1. Zur vorgeschlagenen Fassung des § 218 StGB-E

Die neue Vorschrift „Schwangerschaftsabbruch gegen oder ohne den Willen der Schwangeren“ (§ 218 StGB-E) ist ein Paradigmenwechsel: War seit rund 100 Jahren anerkannt, dass der Schwangerschaftsabbruch einen „Eingriff in die Leibesfrucht“ als „eigenständiges Rechtsgut“ darstellt⁵⁶, so hat § 218 StGB-E ein kategorial anderes und verfassungsrechtlich zweifelhaftes Schutzgut: das Verfügungsrecht der Schwangeren über das ungeborene Leben. Strafbar ist der Abbruch nämlich nur noch, wenn er gegen oder ohne den Willen der Schwangeren erfolgt. Im Handeln gegen den Willen der Schwangeren liegt folglich der Unrechtskern, nicht im Abbruch. An diesem eindeutigen Textbefund, der seine

⁵⁶ Vgl. bereits RGSt 61, 242, 246. Aus der Gegenwart nur SK-StGB-Berghäuser, Bd. IV, 10. Aufl. 2024, Vor § 218 ff. Rn. 62; LK-Lindemann, StGB, 13. Aufl. 2023, § 218 Rn. 4.

Bestätigung im systematischen Zusammenspiel mit §§ 12, 14 SchKG-E findet, kann auch die Gesetzesbegründung nichts ändern.⁵⁷ Eine derartige Verdinglichung des Embryos stellt – gemessen an der Objektformel – eine Verkennung des Würdeanspruchs des nasciturus dar und verletzt schon für sich seine Würde.⁵⁸

Hinzutreten zwei - wenn man so will: immanente - Probleme, die auch die Verfasser des Entwurfes nicht wollen können:

- **§ 218 Abs. 1 und Abs. 2 StGB-E sind eklatant widersprüchlich.** Während Abs. 1 den Abbruch der Schwangerschaft, also die Tötung der Leibesfrucht⁵⁹ als Grundtatbestand erfasst, sieht Abs. 2 einen Qualifikationstatbestand für im Vorfeld der Tötung der Leibesfrucht liegende Handlungen (Gefährdung bzw. Schädigung des Fetus bzw. Embryos) *als Verbrechenstatbestand* vor. Einen Gefährdungstatbestand mit einer deutlich schwerwiegenderen Rechtsfolge für ein Handeln im Vorfeld des Erfolgsdeliktes zu schaffen, ist jedoch sinnwidrig und mit dem – auch verfassungsrechtlich fundierten – Schuldgrundsatz kaum vereinbar, da auf diese Weise Handlungen mit geringerem Unrecht strenger bestraft werden müssten als die vom Grundtatbestand vorausgesetzte Erfolgsherbeiführung. Daraus folgt: Selbst wenn man die Ziele des Gesetzentwurfes teilt, sollte dieser Widerspruch beseitigt werden, da die Fassung des § 218 StGB-E sonst schon allein deshalb in Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz geriete.
- Zudem kann die Fassung des § 218 StGB-E zu einer – für Schwangere gefährlichen! – Fehlsteuerung führen. Da der § 218 StGB-E nur noch Handlungen gegen oder ohne den Willen erfasst, **eröffnet die Vorschrift Schwangeren einen straffreien Weg zu einem nicht-ärztlichen Abbruch ohne Beratung oder Indikation.** Bislang hatte man ihnen diesen Weg zu illegal-informellen Angeboten – auch zum eigenen Schutz – versperrt und stattdessen straffreie Wege zum ärztlichen Abbruch eröffnet. Falls Schwangere einen Abbruch wünschen, den ein Arzt

⁵⁷ Diese behauptet, „Schutzgut (sic!) der Vorschrift sind (sic!) das ungeborene Leben sowie das Leben, reproduktive Gesundheit und Selbstbestimmung Schwangerer“, s. Entwurf S. 29.

⁵⁸ Treffend *Augsberg*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 83.

⁵⁹ Statt aller SK-StGB-Berghäuser, Bd. IV, 10. Aufl. 2024, 218 Rn. 12; LK-Lindemann, StGB, 13. Aufl. 2023, § 218 Rn. 9.

legal nicht vornehmen kann, könnten sie nun auf Personen zutreten, die den Abbruch unabhängig von eigenen Strafbarkeitsrisiken vorzunehmen bereit sind.

2. Neues Regelbeispiel in § 240 Abs. 4 StGB-E

§ 240 StGB Abs. 4 enthält ein Regelbeispiel, das die Nötigung einer Schwangeren zum Schwangerschaftsabbruch betrifft und mit dessen Implementierung der Gesetzgeber einer Forderung des BVerfG nachgekommen ist.⁶⁰ Ziel dieser Regelung ist es, die Schwangere vor psychischem Druck aus ihrem privaten Umfeld zu schützen, um ihr „einen Raum eigener, nicht durch Druck von außen determinierter Verantwortlichkeit [zu] sichern.“⁶¹ Anlass dafür boten Berichte über den erheblichen Druck auf Frauen, die vom Kindsvater oder den eigenen Eltern nicht gewollte Schwangerschaft zu beenden. Die vom Gesetzentwurf angestrebte Erweiterung auf den umgekehrten Fall, dass eine Schwangere durch Nötigungsmittel zum Unterlassen des Abbruchs gebracht werden, ist aus hiesiger Sicht nicht begründbar: Eine entsprechende Tat ist schon jetzt nach § 240 Abs. 1 StGB strafbar; dabei ist nicht erkennbar, worin die Unrechtssteigerung des Regelbeispiels, die eine erhöhte Strafe rechtfertigen soll, liegen könnte: Die vom Gesetzgeber genannten Rechtsgüter der Frau sind schon vom Grundtatbestand umfasst, der die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit schützt. Eine Strafe, die nicht auf einer plausibel begründbaren Unrechtsdifferenz gegenüber dem Grundtatbestand beruht, gerät in Konflikt mit dem verfassungsrechtlich fundierten Schuldgrundsatz. Praktisch problematisch ist die Regelung deshalb, weil sie in Grenzbereichen des Handelns von Ärzten und Beratern negative Rückwirkung auf die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB haben kann, die als Strafbarkeitsfilter funktioniert und eine Überkriminalisierung verhindert.⁶²

⁶⁰ BVerfGE 88, 203, 296 ff.

⁶¹ Näher BVerfGE 88, 203, 298.

⁶² Näher dazu *Duttge*, Kurzgutachten im Auftrag der DGGG zu Art. 3 Ziff. 5. des Gesetzesentwurfs BT-Drs. 20/13775 (vorgeschlagene Änderung des § 240 StGB), S. 4 ff.

3. Abschaffung der 3-Tages-Frist

Das BVerfG sieht die dreitägige Wartefrist als integralen Bestandteil des Schutzkonzeptes.⁶³ Teleologisch betrachtet, unterstützt die Frist die Funktion der Beratung, die wiederum für die Verfassungskonformität der Straffreistellung nach § 218a Abs. 1 StGB eine *conditio sine qua non* ist. Der Entwurf meint, ohne Belege, dass diese dreitägige Frist „in manchen Fällen“ dazu führe, dass der Zugang zu einem Schwangerschaftsabbruch „verwehrt“ sei (Entwurf, S. 17). Wie die Gesetzesverfasser zu dieser Annahme kommen, ist völlig offen. Der Bericht der „Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ hält vielmehr fest: „Für Deutschland liegen aktuell keine empirischen Daten vor, die sich mit den Auswirkungen der dreitägigen sog. Bedenkzeit vor einem Schwangerschaftsabbruch auf bspw. das psychosoziale Belastungserleben, die Bedeutung für die Entscheidungssicherheit oder mögliche Verzögerungen im Ablauf beziehen (sic!).“⁶⁴

4. Unklare Zielsetzung der Beratung

Auch eine ergebnisoffene Beratung nach dem SchKG bedarf einer teleologisch eindeutigen Orientierung: Nur dann kann die Beratung jene Funktion erfüllen, die ihr nach der Logik des BVerfG zukommt: das ungeborene Leben *mit* der Frau zu schützen und im Gegenzug einen Verzicht auf Sanktionsandrohung gegen die Frau zu ermöglichen. Die geltende Fassung des § 5 SchKG trägt diesem Umstand in ausgewogener Weise Rechnung. Danach ist die Beratung ergebnisoffen zu führen. Sie geht von der Verantwortung der Frau aus. Die Beratung soll ermutigen und Verständnis wecken, nicht belehren oder bevormunden. Die Schwangerschaftskonfliktberatung dient dem Schutz des ungeborenen Lebens und erhält dadurch einen inneren Orientierungspunkt, der zugleich den Anforderungen des BVerfG Rechnung trägt. Die vorgeschlagene Änderung führt dazu, dass diese Orientierung verloren geht. Sie ist im Übrigen auch nicht notwendig, da sich die Schwangere ihres reproduktiven Selbstbestimmungsrechts bewusst ist, da genau dieses Bewusstsein sie in eine Beratung führt, die den nicht-indizierten Abbruch ermöglicht

⁶³ Siehe BVerfGE 88, 203, 210.

⁶⁴ Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, S. 159.

E. Abschließende Empfehlungen

- 1.** Der Gesetzentwurf bedarf aus verfassungsrechtlichen, rechtspolitischen und legalistischen Gründen einer grundlegenden Überarbeitung.
- 2.** Allen bisherigen Reformen des Schwangerschaftsabbruchs ging eine gründliche parlamentarische Beratung in Ausschüssen und Sonderausschüssen des Deutschen Bundestages voran. Diese haben nicht nur eine gründliche sachliche Befassung ermöglicht, sondern vor allem auch die Einbeziehung aller relevanten rechtswissenschaftlichen, rechtspolitischen, ethischen und medizinsoziologischen Perspektiven. Das Ergebnis war ein von allen großen politischen Lagern geschlossener Kompromiss, der den Konflikt nicht einseitig aufgelöst hat. Dieser Tradition sollte sich der Gesetzgeber weiterhin verpflichtet fühlen. Daher sei ange-regt, alle gegenwärtig relevanten Fragen des Schutzes des Lebens (an *beiden* Rändern, d.h. inkl. der Problematik des assistierten Suizids) in der kommenden Legislaturperiode in einer Enquetekommission zu bearbeiten.