

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Leah Baerens

Reformbedarf des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 12.4.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	5
II. Der Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 StGB <i>de lege lata</i>	5
1. <i>Genese des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB</i>	6
2. <i>Regelungsinhalt der §§ 218 ff. StGB</i>	7
3. <i>Der Tatbestandsausschluss gem. § 218a Abs. 1 StGB</i>	8
4. <i>Bedeutung des § 218 StGB in der Strafrechtspflege</i>	9
III. Untersuchungsmaßstab	10
IV. Verfassungsmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB	10
1. <i>Unverhältnismäßiger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht?</i>	10
a) <i>Prüfungsmaßstab</i>	11
b) <i>Legitimer Zweck</i>	11
aa) <i>Der Beginn menschlichen Lebens</i>	11
bb) <i>Reichweite des Schutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG</i>	11
cc) <i>Folgen für § 218 StGB</i>	13
c) <i>Geeignetheit</i>	13
aa) <i>Auswirkung auf die Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche</i>	13
bb) <i>Stärkung des allgemeinen Rechtsbewusstseins</i>	14
d) <i>Erforderlichkeit</i>	15
e) <i>Angemessenheit</i>	16
aa) <i>Begründungsbedürftigkeit der Austragungspflicht</i>	17
bb) <i>Angemessenheit des pauschalen Rechtswidrigkeitsverdikts</i>	18
2. <i>Spätabbrüche nach § 218a Abs. 2 StGB bei Feststellung einer Behinderung</i>	19
V. Zusammenfassung des Reformbedarfs und Reformmöglichkeiten	21
1. <i>Genuin strafrechtliches Interesse an einer Reform</i>	21
2. <i>Kluger Kompromiss oder „lose-lose Situation“?</i>	22
3. <i>§ 218 StGB <i>de lege ferenda</i></i>	22
VI. Fazit und Ausblick	23

I. Einleitung

Nach der Abschaffung des *Werbeverbots für Schwangerschaftsabbrüche* gem. § 219a StGB¹ hätte man denken können, damit sei der Diskurs um die strafrechtlichen Reformen im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs – die §§ 218 ff. StGB – für ein Erstes zum Erliegen gekommen. Jedoch zeichnet sich ab, dass dies womöglich erst der Auftakt eines umfassenden Reformprozesses gewesen sein könnte. Bereits im Koalitionsvertrag 2021 vereinbarten die Regierungsparteien unter dem Stichwort der *reproduktiven Selbstbestimmung*, das Selbstbestimmungsrecht von Frauen stärken zu wollen und hielten fest, dass die Möglichkeit zu kostenfreien Schwangerschaftsabbrüchen zu einer verlässlichen Gesundheitsversorgung dazu gehöre.² Erst kürzlich wurde die Besetzung der ebenfalls im Koalitionsvertrag angekündigten *Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin* bekannt, welche unter anderem „die Regulierungen für den Schwangerschaftsabbruch außerhalb des Strafgesetzbuches“³ prüfen wird. Es darf somit gespannt erwartet werden, was sich in den kommenden Monaten im Hinblick auf eine mögliche Reform des strafrechtlichen Umgangs mit Schwangerschaftsabbrüchen gem. §§ 218 ff. StGB ergeben wird.

Die strafrechtlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch sind Teil des Medizinstrafrechts. Als solche betreffen sie die Grundfrage nach dem Beginn und der Schutzwürdigkeit menschlichen Lebens. Das (Straf-)Recht muss mit der profunden Ungewissheit über den moralisch sowie philosophisch-ethisch höchst umstrittenen Status des Ungeborenen umgehen.⁴ Hierbei stellt sich die Frage, inwiefern der Staat mit der Anwendung des Strafrechts für eine solche Materie allgemein verbindliche Regelungen treffen kann.⁵ Wie die rechtliche Lösung eines ethischen Konflikts beschaffen sein darf oder sogar muss, hängt eng damit zusammen, welchen Stellenwert man dem ungeborenen Leben (und dem Selbstbestimmungsrecht) einräumt. Dabei spielen religiöse, politische und weltanschauliche Vorprägungen eine entscheidende Rolle. Auch sind nicht nur straf- und verfassungsrechtliche Erwägungen von Bedeutung. Das Schwangerschaftsabbruchsrecht ist eine Querschnittsmaterie aus rechtspolitischen, familienpolitischen, sozialpolitischen und bevölkerungspolitischen Erwägungen.⁶ Eine Untersuchung des Phänomens *Schwangerschaftsabbruch* aus all diesen Perspektiven, kann in dieser Arbeit nicht umfassend geleistet werden. Diese Arbeit ist daher auf den Reformbedarf des § 218 StGB hinsichtlich der Strafbarkeit des mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommenen Abbruchs begrenzt und soll zeigen, dass die strafrechtlichen Regelungen nicht nur im Interesse des Selbstbestimmungsrechts, sondern auch im Interesse des Lebensschutzes reformbedürftig sind.

II. Der Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 StGB *de lege lata*

Im Folgenden sollen zunächst die Genese sowie der Regelungsinhalt des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB *de lege lata* dargestellt werden. Nur vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte und der besonderen Rolle, der das *BVerfG* dabei zukam, lässt sich die heutige Fassung der §§ 218 ff. StGB verstehen.

¹ BGBl. I 2022, S. 1082.

² Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, online abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 8.4.2023), S. 116.

³ Ebd.

⁴ Hoerster, *Ethik des Embryonenschutzes*, 2002, S. 8; Merkel, in: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl. (2007), S. 152.

⁵ Ebd.

⁶ Rudolphi, *ZStW* 1971, 105 (107).

1. Genese des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB

Der erste große Reformprozess, der zu den heutigen Regelungen geführt hat, begann – angestoßen vom *Stern*-Artikel „Wir haben abgetrieben!“⁷ – in den 1970er Jahren und hatte zum Ziel, Frauen in unzumutbaren Konfliktlagen den Schwangerschaftsabbruch durch eine Ärztin oder ein Arzt zu ermöglichen.⁸ Denn trotz des grundsätzlich strikten Abtreibungsverbots ging man in Deutschland von einer großen Dunkelziffer an illegalen Abtreibungen aus, die sich in der sehr geringen Anzahl an Verurteilungen nicht widerspiegelten, sodass Rechtsordnung und soziale Wirklichkeit eklatant auseinanderklafften.⁹ Da Ärztinnen und Ärzte aufgrund der Strafandrohung nicht – oder nur gegen ein sehr hohes Honorar – bereit waren, Abtreibungen durchzuführen, wurden die Abbrüche unter teils lebensgefährlichen Umständen von der Schwangeren selbst oder von sogenannten Kurpfuschern durchgeführt, wobei auch hier durch die fehlende medizinische Ausbildung massive Gefahren für die Gesundheit und das Leben der Schwangeren drohten.¹⁰ Dieser Missstand war vor allem auch sozialer Art, da das Verbot insbesondere sozial schwache Frauen traf, die es sich nicht leisten konnten, den Abbruch gegen ein hohes Entgelt im Ausland durchzuführen.¹¹ Bei der Frage, wie mit diesem Missstand umgegangen werden sollte, begegneten sich – und begegnen sich auch heute noch – zwei diametrale Schutzinteressen, das Lebensschutzinteresse des Ungeborenen sowie das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren. Das Dilemma des Schwangerschaftsabbruchs rührt daher, dass ein klassischer Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz nicht möglich ist. Dem einen Geltung zu verschaffen, heißt immer, dies vollständig auf Kosten des anderen zu tun. Die besondere Situation, die auch aus der untrennbaren Verbindung zwischen der Schwangeren und dem Ungeborenen resultiert, wird vom *BVerfG* als „Zweiheit in Einheit“ beschrieben.¹² Mit dem fünften Gesetz zur Strafreform (5. StrRG) vom 18.6.1974¹³ entschied man sich für eine Fristenlösung, die die Straffreiheit bis zur zwölften Woche vorsah. Diese Fristenlösung wurde 1975 vom *BVerfG* in seinem ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch für verfassungswidrig erklärt.¹⁴ Der Schutz des ungeborenen Lebens genieße für die gesamte Dauer der Schwangerschaft Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren und könne auch nicht für eine bestimmte Frist in Frage gestellt werden.¹⁵ Eine Fristenlösung, die für die ersten zwölf Wochen das Leben der *Leibesfrucht* zur Disposition der Schwangeren stelle, sei somit nicht mit der Schutzpflicht des Staates für das ungeborene Leben aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar.¹⁶ Der Gesetzgeber setzte die Vorgaben des *BVerfG* mit dem 15. Strafrechtsänderungsgesetz vom 18.5.1976¹⁷ um, indem er zu einer Indikationsregelung zurückkehrte, die eine medizinische, embryopathische, kriminologische und eine allgemeine Notlagenindikation vorsah.

Der zweite Reformprozess vollzog sich in den frühen 1990er Jahren. Im Zuge der Wiedervereinigung sollten nach Art. 31 Abs. 4 des Einigungsvertrags die Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch vereinheitlicht werden. Man einigte sich auf einen Entwurf, der vor allem auf ein Beratungskonzept setzte und diese als letztes Mittel durch das Strafrecht absicherte.¹⁸ Dem lag die empirische Erkenntnis zugrunde, dass um das ungeborene Leben effektiv

⁷ Am 6. Juni 1971 erschien im *Stern* die Titelgeschichte „Wir haben abgetrieben!“ in der 374 (unter anderem auch prominente) Frauen von ihrer – damals noch strafbaren – Abtreibung berichteten, online abrufbar unter: <https://www.hdg.de/lemo/bestand/objekt/druckgut-stern-wir-haben-abgetrieben.html> (zuletzt abgerufen am 2.4.2023).

⁸ *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. §§ 218-219b Rn. 3.

⁹ *Rudolphi*, ZStW 1971, 105 (105).

¹⁰ *Rudolphi*, ZStW 1971, 105 (106).

¹¹ *Rudolphi*, ZStW 1971, 105 (105).

¹² BVerfGE 88, 203 (253).

¹³ BGBl. I 1974, S. 1297.

¹⁴ BVerfGE 39, 1 (Ls. 6, 51).

¹⁵ BVerfGE 39, 1 (43).

¹⁶ BVerfGE 39, 1 (51).

¹⁷ BGBl. I 1976, S. 1213 f.

¹⁸ *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 218-219b Rn. 6.

zu schützen, nicht die Pönalisierung allein ausreiche.¹⁹ Vielmehr müssten zudem präventive Maßnahmen ergriffen werden wie die Einflussnahme auf die Bewusstseinsbildung der Schwangeren sowie sozialpolitische und fürsorgliche Maßnahmen.²⁰ Mit dem Schwangeren- und Familienhilfegesetz (SFHG) vom 27.7.1992²¹ wurde die grundsätzliche Pönalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in § 218 StGB beibehalten, jedoch wurden Schwangerschaftsabbrüche, die nach erfolgter Beratung von einem Arzt vor der zwölften Woche durchgeführt wurden, als „nicht rechtswidrig“ von der Strafbarkeit ausgenommen.²² Auch diese Reform wurde in Teilen, insbesondere die Neuregelung des § 218a Abs. 1 StGB i.d.F. des SFHG, vom *BVerfG* im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch für verfassungswidrig erklärt.²³ Die Erklärung des beratenen Schwangerschaftsabbruchs als „nicht rechtswidrig“ sei mit der Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG unvereinbar.²⁴ Zwar bestätigte das *BVerfG* die grundsätzliche Zulässigkeit eines auf Beratung setzenden Konzepts, jedoch könne dieses – solange die Letztverantwortung über den Abbruch bei der Schwangeren verbleibe – nicht rechtfertigend wirken.²⁵ Zudem genüge die Beratung nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.²⁶ Sie müsse an erster Stelle auf die Fortsetzung der Schwangerschaft gerichtet sein.²⁷ Mit dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995²⁸ trat die aktuelle Fassung der §§ 218 ff. StGB in Kraft, welche die Vorgaben des *BVerfG* umsetzte.

2. Regelungsinhalt der §§ 218 ff. StGB

Nach § 218 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer eine Schwangerschaft abbricht. Damit wird zunächst ein grundsätzliches Schwangerschaftsabbruchsverbot sowohl für die Schwangere als auch für die den Abbruch durchführende Person statuiert. Ausnahmen dieses Verbots finden sich in § 218a StGB. Zu unterscheiden ist zwischen dem beratenen Abbruch in § 218a Abs. 1 StGB und den Indikationsregelungen in § 218a Abs. 2 und 3 StGB. Nach § 218a Abs. 1 StGB ist der Tatbestand nicht verwirklicht, wenn der Abbruch auf Verlangen der Schwangeren von einem Arzt durchgeführt wird und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind. Die Schwangere muss zudem eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 S. 2 StGB über eine erfolgte Beratung vorlegen. Nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB unterfallen Schwangerschaftsabbrüche, die nach den dort genannten Kriterien vorgenommen werden, zwar dem Tatbestand des § 218 StGB, sie sind jedoch gerechtfertigt (Indikationsmodell). Als Rechtfertigung kommt eine kriminologische Indikation bis zur zwölften Woche in Betracht (Abs. 3) sowie eine medizinische Indikation auch über diesen Zeitraum hinaus (Abs. 2). Wird der Abbruch vor der 22. Schwangerschaftswoche und nach Beratung von einer Ärztin oder einem Arzt durchgeführt oder hat sich die Schwangere zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden, dann entfällt die Strafbarkeit der Schwangeren, im zweiten Fall fakultativ (vgl. § 218 Abs. 4 StGB). Flankierende Regelungen finden sich in den §§ 218b ff. StGB und im Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG). Das Schutzgut des § 218 StGB ist das ungeborene Leben,²⁹ welches nach § 218 Abs. 1 StGB mit der Nidation, das heißt mit der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter

¹⁹ *Denninger/Hassemer*, KritV 1993, 78 (80).

²⁰ Ebd.; *Eser*, NJW 1993, 2913 (2914 f.).

²¹ BGBl. I 1992, S. 1398 ff.

²² BGBl. I 1992, S. 1402; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 218-219b Rn. 6.

²³ BVerfGE 88, 203 (208).

²⁴ BVerfGE 88, 203 (Ls. 15, 270).

²⁵ Ebd.

²⁶ BVerfGE 88, 203 (208).

²⁷ BVerfGE 88, 203 (Ls. 11, 270).

²⁸ BGBl. I 1995, S. 1050.

²⁹ *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), Vorb. §§218-219b Rn. 2; *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, Band IV, 4. Aufl. (2021), Vorb. § 218 Rn. 38; *Rogall*, in: SK-StGB, Band IV, 9. Aufl. (2017), Vorb. §§ 218 ff. Rn. 57.

(vgl. § 218 Abs. 1 S. 2), beginnt. Medikamente, die die Einnistung des Eis in der Gebärmutter verhindern, wie die Pille danach, fallen folglich nicht unter § 218 StGB.

3. Der Tatbestandsausschluss gem. § 218a Abs. 1 StGB

Die dogmatische Einordnung des Tatbestandsausschlusses gem. § 218a Abs. 1 StGB ist sowohl für die Bewertung der Schlüssigkeit als auch für die Frage nach der Eingriffsintensität in die betroffenen Grundrechte relevant. Nach dem Wortlaut von § 218a Abs. 1 StGB ist der Tatbestand des § 218 StGB unter den dort genannten Voraussetzungen „nicht verwirklicht“. Insofern unterscheidet sich Absatz 1 bereits sprachlich von den weiteren Absätzen, die davon sprechen, dass der Schwangerschaftsabbruch „nicht rechtswidrig“ ist. Der Wortlaut legt also bereits nahe, dass es sich bei § 218a Abs. 1 StGB dogmatisch um etwas anderes handelt als bei § 218a Abs. 2 und 3 StGB. Unstrittig ist in Bezug auf die Konstruktion des § 218a StGB lediglich, dass der *beratene* Abbruch bis zur zwölften Woche für alle Beteiligten straffrei, das heißt „aus dem strafrechtlich vertypen Unrecht“ herausgenommen und daher „im Bereich des Strafrechts nicht als Unrecht zu behandeln“³⁰ ist. Welche Folgen dies jedoch für die übrige Rechtsordnung und für das zu schützende Rechtsgut hat, geht daraus nicht hervor.³¹ Alle weiteren Deutungen zur Rechtsnatur oder den Rechtsfolgen sind umstritten und nur jeweils „mit schwer lösbaren Widersprüchen erkaufte.“³² Nach dem *BVerfG*, dessen Vorgaben der Formulierung des Gesetzgebers zugrunde liegen,³³ soll zwar der Tatbestand ausgeschlossen sein, der Abbruch nach § 218a Abs. 1 StGB aber dennoch als Unrecht verboten werden.³⁴ Diese Konstruktion sei notwendig, da eine Strafdrohung die Wirksamkeit des Beratungsschutzkonzepts beeinträchtigen würde und der Abbruch folglich straffrei sein müsse.³⁵ Bei einer Straffreiheit durch Rechtfertigung würde aufgrund der „Durchschlagskraft“, die eine strafrechtliche Rechtfertigung für die gesamte Rechtsordnung hat, das Verhalten allerdings im allgemeinen Rechtsbewusstsein als erlaubt angesehen werden. Dies könne aber nur für die Fälle in Betracht kommen, in denen die Interessen der Schwangeren wesentlich überwiegen, also das Kriterium der Unzumutbarkeit erfüllt ist und dies staatlicherseits festgestellt wurde. Bei § 218a Abs. 1 StGB wird die Letztverantwortung über den Schwangerschaftsabbruch der Schwangeren überlassen und da bei der „Selbstindikation“ die Voraussetzungen der Unzumutbarkeit nicht überprüft werden können, ist der Schwangeren bei einem Abbruch nach § 218a Abs. 1 StGB die Rechtfertigung versagt. Um die Straffreiheit dennoch zu erreichen, müsse das Verhalten aus dem Tatbestand ausgenommen werden. Damit der verfassungsrechtliche Rang des Schutzes des ungeborenen Lebens im allgemeinen Rechtsbewusstsein erhalten bleibt, müsse dann das Unrecht des Abbruchs anderweitig durch die Rechtsordnung zum Ausdruck gebracht werden. Der Tatbestandsausschluss in § 218a Abs. 1 StGB habe somit das Entfallen der *Strafrechtswidrigkeit* zur Folge, nicht aber das Entfallen der *Rechtswidrigkeit* im Übrigen. Die Konsequenzen dieses Konstrukts zieht aber auch das *BVerfG* nicht. Die meisten Folgen der *Rechtswidrigkeit* müssen danach nämlich auch außerhalb des Strafrechts entfallen, da sonst die Wirksamkeit der Beratungskonzepts beeinträchtigt werden würde.³⁶ Behandlungsverträge über den Schwangerschaftsabbruch werden trotz der §§ 134, 138 BGB anerkannt³⁷ und die Lohnfortzahlung nach einem Abbruch wird in § 3 Abs. 2 S. 2 EntFG abgesichert. Weiterhin verpflichtet § 13 Abs. 2 SchKG die Länder dazu, ein ausreichendes

³⁰ BT-Drs. 13/1850, S. 25.

³¹ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 13.

³² Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 12.

³³ BT-Drs. 13/1850, S. 25.

³⁴ BVerfGE 88, 203 (255).

³⁵ Zu den folgenden Ausführungen siehe BVerfGE 88, 203 (265 ff.).

³⁶ BVerfGE 88, 203 (279); Kritisch hierzu Gropp, GA 1994, 147 (158).

³⁷ BVerfGE 88, 203 (295); Bei der Auslegung von Generalklauseln sollen gerechtfertigte und nichtgerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche gleichbehandelt werden, wenn es das Schutzkonzept erfordert, vgl. BVerfGE 88, 203 (280).

Angebot an Einrichtungen zur Vornahme des Abbruchs sicherzustellen, womit sich der Staat eigentlich an rechtswidrigem Handeln beteiligt. Auch Nothilfe nach § 32 StGB soll nicht in Betracht kommen.³⁸ Für einen die Nothilfelage begründenden rechtswidrigen Angriff kommt es aber nicht allein auf eine strafrechtliche Beurteilung an, sondern diese kann sich aus der gesamten Rechtsordnung ergeben.³⁹

Merkel hält daher die Konzeption des § 218a Abs. 1 StGB hinsichtlich der systematischen Schlüssigkeit und Konsistenz mit grundlegenden strafrechtlichen Prinzipien für „gänzlich misslungen“⁴⁰. Nach *Eser/Weißer* bleibt unter Ansehung dieser Ausnahmen offen, woraus sich die geforderte rechtliche Missbilligung noch ergeben soll.⁴¹ Allein im Sozialversicherungsrecht wird der Schwangerschaftsabbruch als Unrecht behandelt, sodass die Schwangere keinen Anspruch auf Übernahme der Kosten hat.⁴² *Fischer* spricht in Anbetracht des Ausschlusses der Unrechtsfolgen von einem *de facto* Rechtfertigungsgrund.⁴³ Im Bestreben, eine stimmige dogmatische Einordnung des § 218a Abs. 1 StGB zu erreichen, werden weitere mögliche Einordnungen diskutiert.⁴⁴ Jedoch ist die Gesetzesbegründung eindeutig, sodass andere Konstruktionen zwar zu weniger Friktionen führen würden, aber mit dem vom Gesetzgeber intendierten Zweck von § 218a Abs. 1 StGB nicht mehr zu vereinbaren wären.⁴⁵ Folglich ist § 218a Abs. 1 StGB als Tatbestandsausschluss anzusehen, welcher auf Rechtsfolgenseite nur die Strafbarkeit (die strafrechtliche Missbilligung), nicht aber die (sonstige) Rechtswidrigkeit, entfallen lässt.

4. Bedeutung des § 218 StGB in der Strafrechtspflege

Die Anzahl der polizeilich registrierten Fälle im Zusammenhang mit den §§ 218 ff. StGB lag in den letzten Jahren im Mittel bei 94,2 erfassten Fällen pro Jahr.⁴⁶ Dabei kam es im Jahr 2021 zu 13 Verurteilungen.⁴⁷ Die praktische Bedeutung der strafrechtlichen Sanktion ist vor dem Hintergrund der ca. 100.804 Schwangerschaftsabbrüche, die im Mittel in diesem Zeitraum vorgenommen wurden (dabei ca. 95,8 % über die Beratungsregelung), verschwindend gering.⁴⁸ Die Möglichkeit des beratenen Abbruchs führt in der Praxis somit dazu, dass in den allermeisten Fällen der straflose Abbruch einer ungewollten Schwangerschaft möglich ist. Dies ändert dennoch nichts an der unvermindert großen Bedeutung, die das Thema des Schwangerschaftsabbruchs für die betroffenen Frauen und den gesellschaftlichen Diskurs weiterhin hat.⁴⁹

³⁸ BT-Drs. 13/1850, S. 25; BVerfGE 88, 203 (279).

³⁹ Zum Schwangerschaftsabbruch *Eser*, JZ 1994, 503 (506); *Fischer*, StGB, § 218a Rn. 4; *Otto*, Jura 1996, 135 (138); Während sich die Gesetzesbegründung so liest, als sei man davon ausgegangen, die Herausnahme aus dem strafrechtlich vertypen Unrecht würde auch die Rechtswidrigkeit der Tat entfallen lassen (BT-Drs. 13/1850, S. 25), wird der Ausschluss der Nothilfe gem. § 32 StGB inzwischen damit begründet, dass die Nothilfebehandlung nicht geboten sei, vgl. *Satzger*, JuS 1997, 800 (802 f.).

⁴⁰ *Merkel*, in: NK-StGB, Band II, 5. Aufl. (2017), § 218a Rn. 52. Von einem „Etikettenschwindel“ spricht *Dreier*, JZ 2007, 261 (268) und *Satzger*, Jura 2008, 424 (430), von einem „Eiertanz“.

⁴¹ *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 15.

⁴² Eine Ausnahme besteht für den Fall der wirtschaftlichen Bedürftigkeit, vgl. BVerfGE 88, 203 (Ls. 16), § 19 SchKG. *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 15 f., sprechen von der „rechtspolitisch delikate[n] Frage einer Korruption des Sozialrechts als Missbilligungsinstrument“.

⁴³ *Fischer*, StGB, § 218a Rn. 5.

⁴⁴ Zum Tatbestandsausschluss sui generis: *Rogall*, in: SK-StGB, § 218a Rn. 4; Zum rechtsfreien Raum: *Kaufmann*, in: FS Maurach, 1972, S. 327 ff.; Explizit gegen einen „rechtsfreien Raum“ siehe BVerfGE 39, 1 (44).

⁴⁵ *Rogall*, in: SK-StGB, § 218a Rn. 4.

⁴⁶ Vergleich der Polizeilichen Kriminalstatistiken der Jahre 2012-2022, online abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html (zuletzt abgerufen am 9.4.2023).

⁴⁷ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2021, S. 34.

⁴⁸ Vergleich der Anzahl der gemeldeten Schwangerschaftsabbrüche der Jahre 2012-2022, online abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/03-schwangerschaftsabbr-rechtliche-begrue-ndung-schwangerschaftsdauer_zvab2012.html (zuletzt abgerufen am 9.4.2023).

⁴⁹ *Cornell/Trenczek*, Strafrecht und Soziale Arbeit, 2019, Rn. 154.

III. Untersuchungsmaßstab

Bei der Überprüfung von Strafgesetzen auf ihren Reformbedarf stellt sich zunächst die Frage, nach welchen Kriterien Strafgesetze zu beurteilen sind. Als Grundrechtseingriff unterliegen sie jedenfalls dem verfassungsrechtlichen Maßstab der Verhältnismäßigkeit. Mit der Intention, eine wissenschaftliche Gesetzgebungskritik zu entwickeln, die über bloße „angewandte Verfassungsrechtswissenschaft“ hinausgeht, wurden immer wieder Vorschläge für „strafrechtsinterne“ Kriterien zur Begrenzung des Strafrechts vorgebracht.⁵⁰ Hierzu zählen unter anderem die Rechtsgutslehre sowie das ultima ratio-Prinzip. Bislang sind diese jedoch wenig konturenscharf oder erschöpfen sich in der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit.⁵¹ Da (Ent-)Kriminalisierungsentscheidungen auf eine Abwägung zwischen Grundrechten hinauslaufen, die von der Überzeugungskraft der jeweiligen Begründung abhängt, wird diese in den seltensten Fällen eindeutige Ergebnisse im Sinne einer eindeutigen Entscheidung für oder gegen die Kriminalisierung ergeben.⁵² Da die Verfassung aber die einzige *verbindliche* Grenze für die Gesetzgebung markiert, ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit für die Beurteilung eines Strafgesetzes unerlässlich.⁵³ Daher soll § 218 StGB im Folgenden zunächst unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmäßigkeit betrachtet werden (IV.) und im Anschluss daran überprüft werden, ob sich aus weiteren genuin strafrechtlichen oder kriminalpolitischen Erwägungen ein Reformbedarf ergibt (V.).

IV. Verfassungsmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB

Die Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch in den §§ 218 ff. StGB sind unter verschiedenen Gesichtspunkten verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Dabei geht es zum einen um die unzureichende Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren und zum anderen um einen möglichen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG durch die Möglichkeit eines Abbruchs bei Feststellung einer Behinderung im späteren Verlauf der Schwangerschaft.

1. Unverhältnismäßiger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht?

§ 218 StGB pönalisiert – soweit er sich auf die Tathandlung der Schwangeren bezieht – den Schwangerschaftsabbruch als ein vom Selbstbestimmungsrecht umfasstes Verhalten und stellt damit einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in dieses dar. Das Selbstbestimmungsrecht ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und sichert, dass der Mensch nach eigenen Maßstäben über sich verfügen kann und nicht in Lebensformen gedrängt wird, die in unauflösbarem Widerspruch zum eigenen Selbstverständnis stehen.⁵⁴ Die Schwangerschaft gehört dabei zur Intimsphäre der Frau.⁵⁵ Darüber hinaus ist das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Schwangeren betroffen.⁵⁶ Um den konkreten Eingriff zu bestimmen, muss berücksichtigt werden, dass die §§ 218 ff. StGB ein zusammenhängendes Schutzkonzept darstellen. Zwar pönalisiert § 218 StGB für sich genommen jeden Schwangerschaftsabbruch und wäre damit ein gravierender Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht, jedoch werden in

⁵⁰ Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35 (35, 38).

⁵¹ Ablehnung der Rechtsgutslehre bei BVerfGE 120, 224 (241 ff.); Zum ultima ratio-Prinzip: Greco, in: Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 23; Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35 (35).

⁵² Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35 (38).

⁵³ Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35 (37).

⁵⁴ BVerfG, NJW 2020, 905 (907).

⁵⁵ BVerfGE 39, 1 (42).

⁵⁶ BVerfGE 88, 203 (Ls. 5, 254).

§ 218a StGB Ausnahmen von der Strafbarkeit geregelt. Nach den Absätzen 2 und 3 sind die dort indizierten Schwangerschaftsabbrüche gerechtfertigt, das heißt von Rechts wegen als erlaubt anzusehen.⁵⁷ Nach Absatz 1 ist der Abbruch jedoch nicht gerechtfertigt, sondern lediglich straffrei. Damit bleibt für diese Fälle ein Unwerturteil über das vom Selbstbestimmungsrecht erfasste Verhalten bestehen, da ihnen keine auf die sonstige Rechtsordnung durchschlagende Rechtfertigungswirkung zukommt. Zwar ist es der Schwangeren damit bis zur zwölften Woche möglich, die Schwangerschaft abzuberechnen, jedoch wird sie durch das Unwerturteil stigmatisiert. Zudem ist es ihr dadurch in der Regel nicht möglich, die Kosten für die Vornahme erstattet zu bekommen.

a) Prüfungsmaßstab

Aufgrund des Menschenwürdebezugs ist der Eingriff einem strikten Verhältnismäßigkeitsmaßstab unterworfen.⁵⁸ Danach müssen die §§ 218 ff. StGB einen legitimen Zweck verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁵⁹ Bei der Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu, der nur insofern der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt, als dass er unter Berücksichtigung der Eigenart des Sachbereichs, der Zuverlässigkeit einer Prognosebildung und der Bedeutung der Rechtsgüter vertretbar ist.⁶⁰

b) Legitimer Zweck

Die §§ 218 ff. StGB dienen dem Schutz des ungeborenen Lebens und der Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für dasselbe aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.⁶¹ Um die Reichweite des Schutzes zu bestimmen, muss zunächst die Grundfrage beantwortet werden, wann überhaupt von menschlichem Leben gesprochen werden kann und ab wann dem ungeborenen Leben der Schutz von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zukommt.

aa) Der Beginn menschlichen Lebens

Die Frage nach dem Beginn des menschlichen Lebens ist im Ausgangspunkt eine biologische Frage. Danach beginnt menschliches Leben bereits mit der Befruchtung der Eizelle, da ab diesem Zeitpunkt eine kontinuierliche biologische Entwicklung in Gang gesetzt wird.⁶² Davon zu unterscheiden ist die Frage nach dem Beginn des Lebens im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Das *BVerfG* ist in den Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch davon ausgegangen, dass das menschliche Leben im normativen Sinne jedenfalls mit der Nidation beginne.⁶³ Von diesem Zeitpunkt an handle es sich um individuelles, nicht mehr teilbares Leben, welches sich „nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt“.⁶⁴

bb) Reichweite des Schutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Wo menschliches Leben existiert, kommt dieser Menschenwürde zu und damit auch der Schutz von

⁵⁷ Sternberg-Lieb, in: MüKo-StGB, Band I, 4. Aufl. (2020), Vorb. §§ 32 ff. Rn. 4.

⁵⁸ Vgl. *BVerfG*, NJW 2020, 905 (908).

⁵⁹ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band I, 99. Aufl. (2022), Art. 20 Rn. 112.

⁶⁰ BVerfGE 88, 203 (262).

⁶¹ Die Schutzpflicht hat „ihren Grund“ in Art. 1 Abs. 1 GG, aber nicht jeder Schwangerschaftsabbruch ist zugleich eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG, vgl. BVerfGE 88, 203 (251), ansonsten wäre keine Abwägung mit dem Selbstbestimmungsrecht möglich.

⁶² Rixen, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 2 Rn. 143.

⁶³ BVerfGE 39, 1 (251); Kritisch hierzu Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat, 2. Aufl. (1995), S. 166, der Schutz könne nicht geringer sein, nur weil noch nicht feststehe, ob sich ein Individuum oder mehrere Individuen entwickeln werden.

⁶⁴ BVerfGE 88, 203 (252).

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.⁶⁵ Mit „jeder“ in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist nach der Auslegung des *BVerfG* „jedes Leben besitzende menschliche Individuum“⁶⁶ gemeint. Dies wird sowohl mit dem Sinn und Zweck des Lebensschutzes begründet, welcher unvollständig wäre, wenn er sich nur auf „fertiges Leben“ beziehen würde als auch mit der Entstehungsgeschichte aus welcher hervorgehe, dass Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch „keimendes Leben“ einschließen sollte.⁶⁷ Einer solchen Auslegung wird entgegengehalten, dass sie zwar auf Grundlage des Wortlauts möglich, aber nicht zwingend ist.⁶⁸ So ließe sich aus den Beratungen im Parlamentarischen Rat, auf die sich das *BVerfG* bezieht, gerade keine Aussage dazu entnehmen, ob das ungeborene Leben umfasst sei, sondern es sei ebenso möglich, dass diese Entscheidung dem Gesetzgeber überlassen bleiben sollte.⁶⁹ Sowohl historisch als auch im allgemeinen Sprachgebrauch sei es nicht verankert, dass *jeder Mensch* auch *jeder Ungeborene* meinen soll.⁷⁰ Der Auslegung des *BVerfG* wird jedoch überwiegend zugestimmt,⁷¹ denn bereits mit der Nidation lägen alle das Menschsein konkretisierenden Kriterien vor.⁷² Damit sei das ungeborene Leben gleich schützenswert und könne keiner unterschiedlichen Bewertung unterworfen werden.⁷³

Teilweise wird aber dennoch von einem gestuften Lebensschutz ausgegangen.⁷⁴ In verschiedenen Bereichen des Rechts könne man erkennen, dass ein kategorialer Unterschied zwischen geborenem und ungeborenem Leben bestehe und dass der rechtliche Schutz ungeborenen Lebens parallel zum Wachstum graduell zunehme.⁷⁵ Der kategoriale Unterschied liege zum Beispiel auch § 1 BGB und diversen Wertungen des Strafrechts zugrunde.⁷⁶ Dies erkenne man nach *Dreier* unter anderem daran, dass die Geburt als Zäsur nicht nur kulturell tief verankert sei, sondern ebenfalls an dem Strafmaßunterschied zwischen § 218 StGB und den §§ 211, 212 StGB.⁷⁷ Die Überlegungen zum gestuften Lebensschutz lägen ersichtlich auch § 218a StGB zugrunde.⁷⁸ So könne man widerspruchsfrei begründen, dass bis zur zwölften Woche die Entscheidung über den Abbruch nach einer erfolgten Beratung der Letztverantwortung der Schwangeren überlassen wird und ab der zwölften Woche höhere Anforderungen gelten, nach denen nur noch die medizinische Indikation einen straffreien und gerechtfertigten Abbruch begründen kann. Wenn der Lebensschutz graduell zunimmt, kann zu Beginn der Schwangerschaft das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren den Lebensschutz des Ungeborenen überwiegen, während im späteren Verlauf nur noch in Ausnahmefällen ein Abbruch gerechtfertigt sein kann. Für einen graduell ansteigenden Lebensschutz spricht zusätzlich das sozialpsychologische Moment, dass auch bei der Betrachtung der konkret-individuellen Entwicklung des Ungeborenen aus Sicht der Mutter, die Werthaftigkeit im Laufe der Schwangerschaft mit der zunehmenden Bindung steigt.⁷⁹ Ein solcher gestufter Lebensschutz wird vom *BVerfG* explizit abgelehnt.⁸⁰ Gegen diesen spricht insbesondere die Überlegung, dass das GG als Gegenentwurf zum nationalsozialistischen Regime konzipiert

⁶⁵ BVerfGE 88, 203 (252); *Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 145a, stellt in diesem Zusammenhang die Überlegung auf, ob Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG das menschliche Leben oder das Leben des Menschen schützt.

⁶⁶ BVerfGE 39, 1 (37).

⁶⁷ BVerfGE 39, 1 (37 ff.).

⁶⁸ *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. Rn. 14 ff.

⁶⁹ *Rupp-v. Brünneck/Simon*, abw. Meinung in BVerfGE 39, 1 (75 ff.); *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. Rn. 14.

⁷⁰ Zur ausführlichen historischen Entwicklung des Abtreibungsverbots vgl. *Jerouschek*, Lebensschutz und Lebensbeginn, 2. Aufl. (2002).

⁷¹ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1, Rn. 24; *Lang*, in: BeckOK-GG, 54. Ed. (Stand: 15.2.2023), Art. 2 Rn. 16; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 2 Rn. 101.

⁷² Hierzu gehören das Spezies-, Potentialitäts- und Kontinuitätskriterium, vgl. *Lang*, in: BeckOK-GG, Art. 2 Rn. 168.

⁷³ BVerfGE 39, 1 (59).

⁷⁴ *Dreier*, ZRP 2002, 377 ff.; *ders.* JZ 2007, 261 (267).

⁷⁵ *Dreier*, ZRP 2002, 377 (378).

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ *Dreier*, ZRP 2002, 377 (378 ff.) weist darauf hin, dass heiße nicht, dass sich das Schutzniveau zwingend unterscheiden müsse. Die Warnung vor einem naturalistischen Fehlschluss auch bei *Denninger/Hassemer*, KritV 1993, 78 (83).

⁷⁸ *Hörnle*, ARSP 2003, 318 (337); *Gropp/Wörner* in: MüKo-StGB, Band IV, Vorb. § 218 Rn. 48.

⁷⁹ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, 2003, S. 283.

⁸⁰ BVerfGE 88, 203 (254).

wurde und damit ausdrücklich jede Bewertung menschlichen Lebens (und damit auch ungeborenen Lebens) ausgeschlossen sein sollte.⁸¹ Im Einklang damit ist davon auszugehen, dass sich der gleichwertige Schutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch auf das ungeborene Leben erstreckt.

cc) Folgen für § 218 StGB

Das Lebensrecht in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wird nicht vorbehaltlos gewährleistet. Auch in das Lebensrecht eines geborenen Menschen kann aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden.⁸² Das *BVerfG* spricht im ersten Schwangerschaftsabbruchsurteil davon, dass der Gesetzgeber nicht dieselben Maßnahmen zum Schutz des geborenen und ungeborenen Lebens treffen müsse.⁸³ Eine solche Ungleichbehandlung ist grundsätzlich möglich, wenn dafür ein sachlicher Grund besteht.⁸⁴ Hierfür hat das *BVerfG* das Kriterium der Unzumutbarkeit entwickelt.⁸⁵

c) Geeignetheit

Der Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren müsste zum Schutz des ungeborenen Lebens und damit zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht geeignet sein. Dies ist der Fall, wenn durch die Regelungen der Zweck zumindest gefördert wird.⁸⁶ Die verfassungsgerichtliche Prüfung kann die Prognose des Gesetzgebers nicht ersetzen, sondern nur kontrollieren, ob das vom Gesetzgeber gewählte Mittel nicht schlechthin untauglich ist, um das verfolgte Ziel zu erreichen.⁸⁷ Das Schutzkonzept der §§ 218 ff. StGB setzt in den ersten zwölf Wochen auf eine Beratungspflicht, durch welche die Schwangere für die Austragung des Kindes gewonnen werden soll. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass gerade in dieser Zeit der Schutz nur *mit* der Schwangeren möglich ist.⁸⁸ Zudem dienen die §§ 218 ff. StGB nach dem Verständnis des *BVerfG* dem Lebensschutz, indem sie durch das grundsätzlich Verbot des Schwangerschaftsabbruchs eine normative Orientierungsfunktion erfüllen und damit den verfassungsrechtlichen Rang des Schutzguts im allgemeinen Rechtsbewusstsein erhalten (positive Generalprävention).⁸⁹

aa) Auswirkung auf die Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche

Gegen die grundsätzliche Eignung des Strafrechts zur Verhinderung von Schwangerschaftsabbrüchen spricht in tatsächlicher Hinsicht, dass bereits den Reformen zum Schwangerschaftsabbruchsrecht in den 1970er und 1990er Jahren die Erkenntnis zugrunde lag, dass die empfundene Not der Schwangeren in der Regel so groß ist, dass diese den Abbruch, gegebenenfalls unter Gefährdung des eigenen Lebens, trotz Strafdrohung durchführt. So hat auch das *BVerfG* festgestellt, dass weitergreifende Formen des strafrechtlichen Schutzes es nicht zu verhindern vermocht haben, dass Schwangerschaftsabbrüche eine „Massenerscheinung“ gewesen und geblieben sind.⁹⁰ Zwar ist das Strafrecht das *schärfste Schwert des Staates*, jedoch ist die Intensität eines Eingriffs nicht unbedingt gleichzusetzen mit der Effektivität.⁹¹ Aufgrund der dem Gesetzgeber vom *BVerfG* aufgetragenen Beobachtungspflicht,⁹²

⁸¹ BVerfGE 39, 1 (36 f.); *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, 2015, S. 78.

⁸² Siehe beispielsweise § 63 Abs. 2 S. 2 PolG NRW (sog. finaler Rettungsschuss).

⁸³ BVerfGE 39, 1 (45).

⁸⁴ *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 122.

⁸⁵ BVerfGE 39, 1 (48 f.).

⁸⁶ *BVerfG*, NJW 1972, 1509 (1511); *BVerfG*, NJW 1971, 1255 (1256); *Rux*, in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 194.1.

⁸⁷ *BVerfG*, NJW 1969, 1619 (1621); *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. (2015), Art. 20 Rn. 182.

⁸⁸ Zustimmung zur Geeignetheit der Beratungslösung BVerfGE 88, 203 (264).

⁸⁹ BVerfGE 88, 203 (253, 255, 272).

⁹⁰ BVerfGE 88, 203 (265).

⁹¹ Nur weil ein Straftatbestand beispielsweise eine besonders hohe Strafe androht, wirkt sich dies nicht zwingend auf eine Reduktion des strafbaren Verhaltens aus, vgl. *Kury*, Soziale Probleme 2013, 11 (34).

⁹² BVerfGE 88, 203 (269).

die mit dem SFHÄndG⁹³ 1995 in den §§ 15 ff. SchKG umgesetzt wurde, erhebt das Statistische Bundesamt seit 1996 Daten zu den nach §§ 218 ff. StGB durchgeführten Schwangerschaftsabbrüchen. 1996 wurden noch 130.899 Schwangerschaftsabbrüche gemeldet,⁹⁴ während es 2022 nur noch 103.927 Schwangerschaftsabbrüche waren.⁹⁵ Daraus könnte man schließen, dass die Beratungsregelung für einen Rückgang der Schwangerschaftsabbrüche gesorgt hat. Jedoch sind allein die Zahlen der Schwangerschaftsabbrüche für die Wirkung der Regelung nicht aussagekräftig. Bei einer Beurteilung sind unterschiedliche mögliche Einflussfaktoren zu berücksichtigen wie die Verbreitung von Verhütungsmitteln und nidationshindernden Mitteln, beispielsweise der Pille danach. Um die tatsächliche Auswirkung der strafrechtlichen Regelung zum Schwangerschaftsabbruch auf das Rechtsbewusstsein und entsprechend auch auf den Lebensschutz des Ungeborenen zu beurteilen, bräuchte es genauere Untersuchungen. Ohne diese lassen sich keine empirischen Rückschlüsse auf die Effektivität des Beratungsschutzkonzeptes ziehen, die als Basis einer rechtlichen Beurteilung herangezogen werden können.

bb) Stärkung des allgemeinen Rechtsbewusstseins

Nach der Vorstellung des *BVerfG* sind die strafrechtlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch dazu geeignet, im einzelnen Fall eine Schutzwirkung zu entfalten sowie durch die Stärkung des Bewusstseins von Recht und Unrecht sicherzustellen, dass ein rechtsgutsverletzendes Verhalten nicht in Betracht gezogen wird.⁹⁶ Diese Position ist schon unter dem Gesichtspunkt der umstrittenen Wirkung von Strafgesetzen zum Zweck der positiven Generalprävention erheblichen Bedenken ausgesetzt.⁹⁷ Selbst wenn man aber Strafgesetzen eine generalpräventive Wirkung zuspricht, bestehen dennoch Zweifel daran, ob die §§ 218 ff. StGB eine solche Wirkung überhaupt zu entfalten vermögen. Dafür müsste nämlich die Wertung der §§ 218 ff. StGB für den Adressaten verständlich sein und nicht im Widerspruch zu anderen Normen stehen. Nach *Berghäuser* trete die (unterstellte) positiv generalpräventive Wirkung durch einen kommunikativen Lernprozess ein, der Verständnis in die rechtlichen Wert- und Unwertvorstellungen ermöglichen solle.⁹⁸ Ist die rechtliche Wertung aber nicht verständlich oder widersprüchlich, dann werde keine klare Wertigkeit vermittelt, sodass das Rechtsbewusstsein auch nicht in diesem Sinne geprägt werden könne.⁹⁹ Ob § 218a Abs. 1 StGB danach geeignet ist, das Rechtsbewusstsein im Sinne des Lebensschutzes zu fördern, ist schon deshalb fraglich, weil kaum erwartet werden kann, dass die dogmatische Konstruktion des § 218a Abs. 1 StGB überhaupt von der nicht-juristisch vorgeprägten Bevölkerung verstanden wird, wenn bereits im rechtswissenschaftlichen Schrifttum Uneinigkeit über die Auslegung besteht.¹⁰⁰ Zweifel bestehen auch daran, dass die §§ 218 ff. StGB eine widerspruchsfreie Vorstellung vom Lebensrecht des Ungeborenen vermitteln. Geht man von der Gleichwertigkeit von geborenem und ungeborenem Leben aus und vergegenwärtigt sich das Strafmaß der §§ 211, 212 StGB, dann stünde § 218 StGB, welcher ein Strafmaß von bis zu drei Jahren vorsieht, hierzu im Widerspruch. Das verringerte Strafmaß wird mit einem verminderten Verhaltensunrecht der

⁹³ BGBl. I 1995, S. 1050.

⁹⁴ 66 je 10.000 Frauen im gebärfähigen Alter, vgl. Statistisches Bundesamt, Schwangerschaftsabbrüche, Fachserie 12 Reihe 3, 2021, S. 30, 37.

⁹⁵ 62 je 10.000 Frauen im gebärfähigen Alter, vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 120 vom 27. März 2023, online abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/03/PD23_120_233.html (zuletzt abgerufen am 5.4.2023).

⁹⁶ BVerfGE 88, 203 (253).

⁹⁷ Unter anderem *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 51, der aus seinen Untersuchungsergebnissen folgert, dass „der Strafrechtseinfluss auf die gesellschaftliche Moral weit überschätzt wird“.

⁹⁸ Zum Wirkmechanismus unterstellter generalpräventiver Wirkung ausführlich *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 212 ff.

⁹⁹ *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 242; Auch das *BVerfG* spricht davon, dass widersprüchliche rechtliche Bewertungen das Rechtsbewusstsein verunsichern müssten, vgl. BVerfGE 88, 203 (278).

¹⁰⁰ *Sacksofsky*, ZöR 2022, 747 (752); Eine empirische Untersuchung von 2002 ergab, dass keine der befragten Frauen die Rechtswidrigkeitsklausel bei spontanen Assoziationen zu § 218 StGB nannte und auch bei der Lektüre des Gesetzestextes konnte bei nur einer Probandin eine Kenntnisnahme der Konstruktion erreicht werden. Bei Vorhalt gaben diese an, die Konstruktion erscheine „verwirrend, schwer zu verstehen und vor allem darauf gerichtet, abtreibende Frauen einer gesellschaftlichen Verurteilung auszusetzen.“, *Heitzmann*, Rechtsbewusstsein in der Demokratie, 2002, S. 215.

Schwangeren begründet, welches sich durch die symbiotische Verbindung der Schwangeren zu dem Ungeborenen – der Zweiheit in Einheit – ergebe.¹⁰¹ Dies kann aber nur für den mit Einwilligung der Schwangeren durchgeführten Abbruch gelten.¹⁰² Damit lässt sich nicht erklären, warum der gegen den Willen der Schwangeren von einem Dritten durchgeführte Abbruch, der keine Minderung des personalen Handlungsunwerts anführen kann, nicht wie ein Totschlag behandelt wird.¹⁰³ Im Gegensatz zu der verringerten Strafe eines Schwangerschaftsabbruchs, müsste die Tötung des wehrlosen und damit besonders schutzbedürftigen Ungeborenen regelmäßig strafscharfend wirken.¹⁰⁴ Ein sachlicher Grund für die Differenzierung zwischen geborenem und ungeborenem Leben liegt somit nicht vor.¹⁰⁵ Die Stufungen im vorgeburtlichen Lebensschutz werden zwar als gesetzliche Vorwegabwägung begründet,¹⁰⁶ jedoch führen diese in aller Regel dazu, dass die Interessen der Schwangeren überwiegen.¹⁰⁷ Auch wenn man annimmt, dass die vom *BVerfG* und vom Gesetzgeber getroffenen Abwägungsentscheidungen unter Rücksichtnahme auf die besondere Situation der Schwangeren vorgenommen wurden, müssen die verschiedenen Widersprüche in der Abwägung¹⁰⁸ aber gerade das Rechtsbewusstsein des Bürgers irritieren und somit ungeeignet sein, Verständnis für die getroffene Wertentscheidung zu ermöglichen.

Es lässt sich nicht mit abschließender Sicherheit sagen, wie sich ein strafrechtliches Verbot auf das allgemeine Rechtsbewusstsein der Bevölkerung auswirkt und ob sich davon eine positiv generalpräventive Wirkung versprochen werden kann. Mit Blick auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers muss diesem zugestanden werden, dass es nicht von vorneherein ausgeschlossen ist, dass sich das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs verbunden mit dem Beratungskonzept senkend auf die Abtreibungszahlen auswirkt und das Rechtswidrigkeitsverdikt das Verhalten und die Normbildung der Bevölkerung tatsächlich beeinflusst.

d) Erforderlichkeit

Das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs müsste zudem erforderlich sein, um das ungeborene Leben zu schützen. Dies ist der Fall, wenn es kein milderes, aber gleich geeignetes Mittel gibt.¹⁰⁹ Auch im Rahmen der Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu. Beim Einsatz des Strafrechts als schärfstes Schwert des Staates ist jedoch besondere Zurückhaltung geboten.¹¹⁰ Als *ultima ratio* kommt es dann in Betracht, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“¹¹¹ Nach dem *BVerfG* sei das Strafrecht regelmäßig der Ort für das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs.¹¹² Der Gesetzgeber könne im äußersten Fall sogar verpflichtet sein, das Strafrecht zum Schutz

¹⁰¹ Satzger, Jura 2008, 424 (427).

¹⁰² Ebd.

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ Berghäuser, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 293.

¹⁰⁵ Berghäuser, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 305, zieht hieraus den Schluss, dass die Einbeziehung des „sonstigen Dritten“ die symbiotische Verbindung als Scheinzweck entlarve und zeige, dass das Gesetz nicht von einem verminderten Handlungs- sondern Erfolgsunrecht ausgehe.

¹⁰⁶ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 22.

¹⁰⁷ Beispielsweise erfordert § 218a Abs. 2 StGB zwar eine „schwerwiegende“ drohende Beeinträchtigung des (seelischen) Gesundheitszustands, hierfür kann aber bereits „jede subjektiv gravierende „Not“ wegen der Schwangerschaft oder des zu erwartenden Kindes“ ausreichen, so dass lediglich „normale Belastungen“ nicht genügen, vgl. Merkel, in: NK-StGB, § 218a Rn. 94.

¹⁰⁸ Ausführlich zu den verschiedenen Widersprüchen Berghäuser, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 667 ff.

¹⁰⁹ *BVerfG*, NJW 1972, 1509 (1511); Rux, in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 196.

¹¹⁰ *BVerfGE* 39, 1 (47).

¹¹¹ *BVerfGE* 88, 203 (258); Ob sich daraus besondere Anforderungen an die Prüfung der Erforderlichkeit ergeben, ist fraglich, da diese bereits die Frage nach dem mildesten, gleich geeigneten Mittel beantwortet. Gibt es also ein außerstrafrechtliches, gleich geeignetes Mittel, dann ist auch unabhängig von der Bezeichnung als *ultima ratio* der Rückgriff auf das Strafrecht nicht erforderlich.

¹¹² Ebd.

des ungeborenen Lebens einzusetzen.¹¹³ Daraus ergebe sich keine „absolute Pflicht“ zu strafen, sondern lediglich eine „relative Pflicht“, die aus der Unzulänglichkeit aller anderen Maßnahmen erwachse.¹¹⁴ Allein aus der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates, lässt sich jedoch nicht ableiten, mit welchen Mitteln der Gesetzgeber diese im einfachen Recht umzusetzen hat. Dem Gesetzgeber stehen neben dem Strafrecht auch noch Regulierungsmöglichkeiten in anderen Rechtsbereichen wie etwa dem Polizei- und Ordnungsrecht zu sowie die Wahl zwischen verschiedenen Handlungsformen, von Empfehlungen oder Beratungen bis hin zu hoheitlichem Zwang.¹¹⁵ Hier treten die Unstimmigkeiten hervor, die daraus entstehen, dass das *BVerfG* die §§ 218 ff. StGB aus der Perspektive des Untermaßverbots betrachtet und nicht aus der des Übermaßverbots. Nach der Auffassung des *BVerfG* lasse es das Untermaßverbot nicht zu, frei auf den Einsatz des Strafrechts zu verzichten und Schwangerschaftsabbrüche über gerechtfertigte Fallgruppen hinaus als erlaubt anzusehen.¹¹⁶ Hinzu kommt, dass aus dem Entfallen der Strafandrohung bei der Bevölkerung der Eindruck entstehen müsse, das Verhalten sei rechtlich erlaubt und somit auch sozialetisch nicht mehr zu missbilligen.¹¹⁷ Sofern allerdings ausreichende Schutzmaßnahmen anderer Art bestehen, könne es genügen, das Verbot für nicht gerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche „auf andere Weise in der Rechtsordnung unterhalb der Verfassung klar zum Ausdruck zu bringen.“¹¹⁸ Die §§ 218 ff. StGB stellen aber in erster Linie Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht dar. Diesen Eingriff muss der Gesetzgeber rechtfertigen und nicht umgekehrt, rechtfertigen, dass er *nicht* durch das Strafrecht eingreift.¹¹⁹ Dies würde die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil verkehren.¹²⁰ Der Gesetzgeber muss also darlegen, dass es keine milderen, gleich geeigneten Mittel gibt. Mildere Mittel könnten zum Beispiel die Zurverfügungstellung kostenloser Verhütungsmittel, die Verbesserung der sozialen und ökonomischen Situation von Müttern und Familien generell sowie die grundsätzliche Sicherstellung einer familienfreundlicheren Gesellschaft sein. Teilweise könnte man auch argumentieren, einige dieser Maßnahmen seien geeigneter, da sie das Entstehen von ungewollten Schwangerschaften bereits im Vorhinein verhindern. Zudem könnten Frauen, die sich nicht für einen Schwangerschaftsabbruch aufgrund einer intrinsischen Ablehnung der Mutterrolle entscheiden, sondern die sich aufgrund ökonomischer Umstände oder der fehlenden sozialen sowie gesellschaftlichen Unterstützung nicht in der Lage fühlen, die Verantwortung für ein Kind zu übernehmen, von solchen Maßnahmen besonders profitieren und sich für die Austragung entscheiden. Dies wiegt besonders schwer vor dem Hintergrund, dass die generelle Eignung der strafrechtlichen Regelung bereits zweifelhaft ist. Daher bestehen im Ergebnis erhebliche Bedenken gegenüber der Erforderlichkeit. Auch unter Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers müsste dieser überzeugende Gründe dafür anführen, dass die strafrechtliche Regelung tatsächlich erforderlich ist.

e) Angemessenheit

Die §§ 218 ff. StGB müssten angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn die Intensität des Eingriffs nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.¹²¹ Bei kollidierendem Verfassungsrecht sind die Grundrechte im Rahmen der praktischen Konkordanz in einen optimalen Ausgleich zu bringen.¹²² Ein Ausgleich zwischen den Interessen

¹¹³ BVerfGE 39, 1 (46 f.).

¹¹⁴ BVerfGE 39, 1 (47).

¹¹⁵ *Isensee*, in: GS Tröndle, 2019, S. 252 f.

¹¹⁶ BVerfGE 88, 203 (257 f.).

¹¹⁷ BVerfGE 39, 1 (58).

¹¹⁸ BVerfGE 88, 203 (258).

¹¹⁹ Nach dem Grundsatz *in dubio pro libertate*, muss nicht „wer gegen, sondern wer für ein staatliches Verbot einer bestimmten Handlung plädiert, [...] in der Lage sein, intersubjektiv überzeugende Gründe anzuführen.“, *Hoerster*, Ethik des Embryonen Schutzes, S. 9.

¹²⁰ *Isensee*, in: GS Tröndle, S. 255.

¹²¹ *Rux*, in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 197.

¹²² *BVerfG*, NJW 2009, 2190 (2191); *BVerfG*, NJW 1991, 1471 (1472).

ist aber aufgrund der „Zweiheit in Einheit“¹²³ erheblichen Schwierigkeiten ausgesetzt. Der Eingriff in das Lebensrecht des Ungeborenen ist besonders intensiv, da jeder Eingriff eine Beendigung des Lebens bedeutet. Bei der Intensität des Eingriffs in die Grundrechte der Schwangeren ist zu beachten, dass nicht nur eine bloße Unterlassung von der Schwangeren verlangt wird. Vielmehr muss sie über mehrere Monate extreme Veränderungen ihres Körpers, psychische Belastungen und Gefahren für Leben und Gesundheit eingehen. Weiterhin muss sie nach der Geburt die herausfordernde Rolle der Mutter übernehmen, die mit einer völligen Veränderung ihres bisherigen Lebens einher geht. Das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in § 218 StGB beschränkt sich somit nicht nur auf das Unterlassen des Abbruchs, sondern verpflichtet die Schwangere gleichzeitig, das Ungeborene auszutragen.

aa) Begründungsbedürftigkeit der Austragungspflicht

Nach dem *BVerfG* gilt während der gesamten Schwangerschaft ein Vorrang des Lebensschutzes des Ungeborenen.¹²⁴ Dieser könne auch nicht nur für eine bestimmte Zeit in Frage gestellt werden.¹²⁵ Deshalb müsse der Gesetzgeber den Schwangerschaftsabbruch für den gesamten Zeitraum der Schwangerschaft verbieten und der Schwangeren die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegen, das Kind auszutragen.¹²⁶ Nur in Ausnahmefällen sei es zulässig und unter Umständen sogar geboten, der Schwangeren die Rechtspflicht nicht aufzuerlegen.¹²⁷ An die Schwangere richtet sich somit nicht nur ein Abtreibungsverbot, sondern auch eine positive Austragungspflicht.¹²⁸ Die Begründung dieser Austragungspflicht wirft Probleme auf. Die Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG begründet Pflichten für den Staat, aber keine Pflichten unmittelbar für die Bürgerinnen und Bürger.¹²⁹ Die staatliche Schutzpflicht für das Leben besteht gegenüber jedem. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass jeder verpflichtet ist oder der Staat jeden überhaupt nur verpflichten könnte, seinen Körper zur Rettung anderer zur Verfügung zu stellen.¹³⁰ Die Frage ist also, woraus sich die Pflicht der Schwangeren, das Ungeborene auszutragen, ergeben soll. Zum Teil wird die Austragungspflicht der Schwangeren mit der „natürlichen Verbundenheit“ der Schwangeren und dem ungeborenen Leben begründet.¹³¹ Dies beschreibe aber im Ausgangspunkt nur, woraus der normative Konflikt folgt.¹³² Zum anderen wird zur Herleitung der Pflicht eine Garantenstellung aus Ingerenz angeführt.¹³³ Durch den Geschlechtsverkehr als zurechenbares Vorverhalten werde die Schwangere zur „Überwacher“-Garantin und sei der Pflicht unterworfen, wesentliche Verschlechterungen zu verhindern.¹³⁴ Dem wird entgegengehalten, dass zur Begründung einer Sonderverantwortung aus Ingerenz pflichtwidriges Vorverhalten erforderlich sei.¹³⁵ Ein solches sei beim Geschlechtsverkehr als erlaubtem Risiko aber in der Regel nicht festzustellen. Für die Begründung einer Austragungspflicht im späteren Verlauf der Schwangerschaft könnte man dann möglicherweise auf eine bewusste Übernahmeentscheidung der Schwangeren abstellen.¹³⁶ Das *BVerfG* bleibt

¹²³ BVerfGE 88, 203 (253).

¹²⁴ BVerfGE 39, 1 (43).

¹²⁵ Ebd.

¹²⁶ BVerfGE 88, 203 (253).

¹²⁷ BVerfGE 88, 203 (Ls. 7, 255).

¹²⁸ Teilweise wird aufgrund dieser Austragungspflicht angenommen, bei § 218 StGB handle es sich um ein Unterlassungsdelikt. Dafür *Bernsmann*, JuS 1994, 9 (13); etwa in die Richtung auch *Geilen*, ZStW 1991, 829 (846 ff.); *Lennartz*, MedR 1993, 179 (180); *Renesse*, ZRP 1991, 321 (322). Explizit gegen eine solche Umdeutung: *BVerfGE* 88, 203 (256); *Fischer*, StGB § 218 Rn. 7; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 218 Rn. 3; *Merkel*, in: NK-StGB, § 218 Rn. 91; *Rogall*, in: SK-StGB, § 218 Rn. 20.

¹²⁹ *Isensee*, in: GS Tröndle, S. 254.

¹³⁰ *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. Rn. 17.

¹³¹ Die besondere Verantwortung ergebe sich schon aus der Natur der Sache, vgl. *BVerfGE* 39, 1 (43); Kritisch unter anderem *Bernsmann*, JuS 1994, 9 (12); *Renesse*, ZRP 1991, 321 (322).

¹³² *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. StGB Rn. 18.

¹³³ *Merkel*, in: NK-StGB, § 218 Rn. 97.

¹³⁴ Die Risikoquelle sei der Körper der Schwangeren, vgl. *Merkel*, in: NK-StGB, § 218 Rn. 97.

¹³⁵ *Fischer*, StGB, § 13 Rn. 51; *Stein*, in: SK-StGB, Band 1, 9. Aufl. (2017), § 13 Rn. 50; Anders *Freund*, in: MüKo-StGB, Band I, § 13 Rn. 121; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 13 Rn. 13; *Merkel*, in: NK-StGB, § 218 Rn. 97.

¹³⁶ *Bernsmann*, JuS 1994, 9 (13) mit Verweis auf die abendländisch-christliche Tradition und *Mahrenholz/Sommer*, abw. Meinung in *BVerfGE* 88, 203 (338 ff.).

einer Antwort schuldig, woraus sich die Austragungspflicht ergeben soll.¹³⁷ Diese ist aber aufgrund des intensiven Eingriffs besonders begründungsbedürftig. Die vom *BVerfG* postulierte Austragungspflicht sorgt vor allem für eine feministische Kritik an den §§ 218 ff. StGB. Ihr liege eine Vorstellung von der Rolle der Frau in der Gesellschaft und der Funktion der Sexualität zugrunde, welche aufgrund der fortschreitenden Gleichstellung der Geschlechter heute noch weniger Geltung beanspruchen könne als vor über 30 Jahren.¹³⁸

bb) Angemessenheit des pauschalen Rechtswidrigkeitsverdikts

Die §§ 218 ff. StGB könnten auch insofern unangemessen sein, als dass durch § 218a Abs. 1 StGB alle beratenen Schwangerschaftsabbrüche als rechtswidrig eingestuft werden und somit auch solche Schwangerschaftsabbrüche, bei denen nach dem *BVerfG* das Kriterium der Unzumutbarkeit vorliegt, das heißt, die Belastungen für die Schwangere so groß sind, dass der Staat nicht von ihr verlangen kann, dem Lebensrecht des Ungeborenen Vorrang einzuräumen.¹³⁹ Diese grundsätzliche Versagung der Rechtfertigung wird damit begründet, dass es „mit der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes unvereinbar [ist], wenn die an dem Konflikt existenziell beteiligten Frauen selbst mit rechtlicher Erheblichkeit feststellten, ob eine Lage gegeben ist, bei der das Austragen des Kindes unzumutbar ist“.¹⁴⁰ Ohne dass die Voraussetzungen (staatlicherseits) festgestellt werden, könne keine Rechtfertigung in Betracht kommen.¹⁴¹ Eine Drittfeststellung würde aber die Wirksamkeit der Beratungslösung beeinträchtigen.¹⁴² Dies führt zu einer unangemessenen Belastung der Schwangeren. Dadurch ist ihr, selbst wenn ihre Interessen überwiegen, die Rechtfertigung des Abbruchs und damit die Billigung durch die Rechtsordnung und die Möglichkeit staatliche Unterstützung zu erlangen, versagt. Obwohl sie sich nach der Interessenabwägung des *BVerfG* grundrechtskonform verhält, weil auch die soziale Not eine Unzumutbarkeit auslösen kann, kann sie sich, wenn sie sich für einen Abbruch entscheidet, nur rechtswidrig verhalten. *Mahrenholz* und *Sommer* bemerken hierzu: „Die Frau zahlt mit der Versagung der Rechtfertigung gleichsam den Preis für das neue Schutzkonzept.“¹⁴³ *Böckenförde* geht zwar im Ergebnis auch davon aus, dass der Schwangeren die förmliche Rechtfertigung versagt werden müsse, die durch ein Indikationsverfahren ermöglicht würde, dass es jedoch kein Erfordernis des Rechtsstaats sein könne, der Schwangeren die materielle Rechtfertigung unaufhebbar, beispielsweise für die sozialrechtlichen Folgefragen, zu versagen.¹⁴⁴ Zwar wird der Schwangeren die Letztverantwortung über den Abbruch zugemutet, aber ihr wird die Billigung der Rechtsordnung nur dann zuteil, wenn sie sich im Sinne des Lebensschutzes entscheidet.

Es gibt jedoch auch Gründe dafür, dass die Versagung der Rechtfertigung ohne formelle Feststellung durch einen Dritten nicht zwingend ist. Man könnte auch annehmen, dass durch den Prozess der Beratung sichergestellt wird, dass die Schwangere in Kenntnis aller rechtlichen Wertungen und ohne Beeinflussung, beispielsweise durch das soziale Umfeld, ihre Entscheidung verantwortungsvoll trifft und bei einem weiterhin bestehenden Abbruchverlangen eine Indizwirkung für das Vorliegen einer Unzumutbarkeit gegeben ist. Das *BVerfG* lehnt dies explizit ab und führt dazu aus, dass sich keine Indizwirkung aus der Entscheidung für den Abbruch dafür ergebe,¹⁴⁵ denn dies würde „die Lebenswirklichkeit verkennen, in der Männer wie Frauen vielfach ihre eigenen Lebensvorstellungen überbewerten und diese auch dann nicht zurückzustellen bereit sind, wenn es bei objektivem Nachvollziehen ihrer

¹³⁷ *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. StGB Rn. 18.

¹³⁸ *Bernsmann*, JuS 1994, 9 (13); Ähnlich *Sacksofsky*, in: FS Prittwitz, 2023, S. 188 f.

¹³⁹ BVerfGE 88, 203 (257).

¹⁴⁰ BVerfGE 88, 203 (275).

¹⁴¹ BVerfGE 88, 203 (274).

¹⁴² BVerfGE 88, 203 (269).

¹⁴³ *Mahrenholz/Sommer* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (353).

¹⁴⁴ *Böckenförde* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (361).

¹⁴⁵ BVerfGE 88, 203 (267, 276).

individuellen Lebenssituation zumutbar erscheint.¹⁴⁶ Wenn man aber, so *Mahrenholz/Sommer*, auch nach der Beratung davon ausgehe, dass sich aus einem weiterbestehenden Wunsch nach einem Schwangerschaftsabbruch nicht auf eine Notlage schließen lässt, dann gehe man entweder davon aus, dass die Beratung nicht geeignet ist, der Schwangeren die Bedeutung der Entscheidung nahe zu bringen oder dass die Schwangere nicht in der Lage ist, eine verantwortungsvolle Entscheidung zu treffen.¹⁴⁷ Ausgangspunkt für eine Regelung muss aber sein, dass die Schwangere selbstverständlich zu einer verantwortlichen und für eine Rechtfertigung tragfähigen Entscheidung fähig ist.¹⁴⁸ Die Entscheidung über den Abbruch dem selbstbestimmten Entschluss der Schwangeren zu überlassen, heißt nicht, dass die Schwangere willkürlich über das Ungeborene verfügen kann.¹⁴⁹ Das hieße den Autonomiegedanken zu verantwortungsfreier Selbstherrlichkeit zu diskreditieren.¹⁵⁰ Spätestens nach der Beratung sei sie sich der Bedeutung der Entscheidung bewusst.¹⁵¹ Was bei einer verantwortungsbewussten Abwägung zu berücksichtigen ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Jede Schwangere hat unterschiedliche Lebens-, Gesundheits- und Persönlichkeitsinteressen. Heteronome Kriterien vorzugeben, bei denen ein Abbruch möglich sein soll, würde bedeuten, der Schwangeren vorzugeben, welche Interessen ihr gegenüber dem ungeborenen Leben gewichtiger erscheinen dürfen und welche nicht.¹⁵² Auch die Abwägung einem Dritten zu überlassen, hieße, die individuelle Notlage der Schwangeren zu objektivieren und damit dem einzigartigen Schwangerschaftskonflikt nicht hinreichend Rechnung zu tragen.¹⁵³ Der Schwangeren die Letztverantwortung einzuräumen, heißt anzuerkennen, dass niemand die individuelle Konfliktlage besser einschätzen kann als die Schwangere selbst und ihr das verantwortungsvolle Abwägen zuzutrauen.¹⁵⁴ Somit spricht viel dafür, dass das pauschale Unrechtsurteil über die beratenen Schwangerschaftsabbrüche das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren, im Sinne eines Zutrauens einer informierten und verantwortungsbewussten Entscheidung, nicht angemessen berücksichtigt.

Die pauschale Erklärung aller beratenen Schwangerschaftsabbrüche für rechtswidrig ist unangemessen. Sie verkennt die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts der Frau, in eigenen Angelegenheiten verantwortungsvoll entscheiden zu können. Möglicherweise könnte § 218a Abs. 1 StGB dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden, dass für die Schwangere zumindest die Möglichkeit besteht, ihre soziale Notlage und damit die Unzumutbarkeit darzulegen und somit gerechtfertigt zu handeln.¹⁵⁵

2. Spätabbrüche nach § 218a Abs. 2 StGB bei Feststellung einer Behinderung

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen auch hinsichtlich der Vereinbarkeit von § 218a Abs. 2 StGB mit der Pflicht des Staates gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, Menschen mit einer Behinderung wirksam vor Benachteiligung zu schützen. Anlass hierfür gaben nicht zuletzt das Urteil des *BVerfG* zum Schutz von Menschen mit Behinderung

¹⁴⁶ BVerfGE 88, 203 (267); Kritisch hierzu: *Bergmann*, in: *KritV Sonderheft 1/1993*, 125.

¹⁴⁷ *Mahrenholz/Sommer* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (351).

¹⁴⁸ *Mahrenholz/Sommer* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (350).

¹⁴⁹ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 286.

¹⁵⁰ Ebd.

¹⁵¹ *Mahrenholz/Sommer* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (350).

¹⁵² *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 287.

¹⁵³ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 296.

¹⁵⁴ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 286.

¹⁵⁵ Ähnlich *Gropp*, GA 1994, 174 (162 ff.).

bei Triage-Entscheidungen¹⁵⁶ sowie der Berliner-Zwillings-Fall¹⁵⁷. Zwar wurde mit dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz von 1995 die umstrittene embryopathische Indikation¹⁵⁸ abgeschafft, um klarzustellen, dass eine Behinderung keinen verminderten Lebensschutz zur Folge habe, jedoch werden diese Fälle durch § 218a Abs. 2 StGB, die medizinisch-soziale Indikation, aufgefangen.¹⁵⁹ Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass in solchen Fällen eine unzumutbare Belastung der Schwangeren regelmäßig dann bejaht werden könne, „wenn diese Situation bei der Schwangeren unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse zu der Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes führt.“¹⁶⁰ Der Abbruch wird also nicht mit der Behinderung begründet, sondern mit den Auswirkungen auf die Schwangere. Diesem Einwand wird entgegengehalten, es handle sich um ein Scheinargument, denn es sei irrelevant, ob das Ungeborene wegen seiner Behinderung oder wegen der sich aus der Behinderung ergebenden Belastung für die Eltern abgetrieben werde.¹⁶¹ Einem solchen Argument liege die Vorstellung zugrunde, die Schwangere müsse sich von der „Last des Kindes“¹⁶² befreien können. Damit sei nicht nur eine generelle Relativierung des Lebensschutzes verbunden, sondern speziell eine Relativierung des Lebensschutzes behinderter Menschen.¹⁶³ Die Abschaffung der embryopathischen Indikation hat das Problem nicht gelöst, sondern lediglich verlagert.¹⁶⁴ Teils wurde es sogar verschärft, da durch die Neuerung Abbrüche bei der Feststellung einer Behinderung auch nach der 22. Schwangerschaftswoche noch möglich sind. Dadurch können Spätabbrüche auch bei eigentlich bereits lebensfähigen Ungeborenen noch durchgeführt werden.

Voraussetzung für einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist zunächst, dass der personale Schutzbereich für das Ungeborene eröffnet ist. Dass sich Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf das ungeborene Leben erstreckt, wird überwiegend abgelehnt.¹⁶⁵ Teilweise wird die Erstreckung aber auch für notwendig erachtet, um das Diskriminierungsverbot nicht auszuhöhlen.¹⁶⁶ Selbst wenn man eine Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs ablehnt, könnte dennoch eine Verletzung der staatlichen Schutzpflicht dadurch begründet werden, dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eine objektive Wertentscheidung enthält.¹⁶⁷ Der Gesetzgeber muss Maßnahmen treffen, um die rechtliche und gesellschaftliche Ausgrenzung zu verhindern.¹⁶⁸ Auch wenn keine Benachteiligung des einzelnen Ungeborenen vorliegt, muss die Erwägung, dass regelmäßig beim Vorliegen einer Behinderung von einer Unzumutbarkeit für die Schwangere ausgegangen wird, sich negativ auf die gesellschaftliche Integration von bereits geborenen Menschen mit Behinderung auswirken. In Anbetracht des Regelungsdefizits wird zum Teil eine Wiedereinführung einer

¹⁵⁶ BVerfGE 160, 79; Der Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verdichte sich zur Schutzpflicht, wenn das Risiko einer Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen besteht (Ls. 2).

¹⁵⁷ BGH, NJW 2020, 645; Abgrenzung des straffreien Spätabbruchs eines behinderten Kindes zum strafbaren Totschlag bei Tötung nach Öffnung der Bauchdecke.

¹⁵⁸ Nach der embryopathischen Indikation gem. § 218a Abs. 3 StGB i.d.F. des SFHG war ein Abbruch nach Beratung bis zur 22. Schwangerschaftswoche möglich, wenn dringende Gründe für die Annahme sprachen, dass das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wog, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden konnte, vgl. BGBl. I 1992, S. 1402.

¹⁵⁹ BT-Drs. 13/1850, S. 26.

¹⁶⁰ Groppl/Wörner, in: MüKo-StGB, Band IV, § 218a Rn. 61; ebenso Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 218a Rn. 14.

¹⁶¹ Beckmann, MedR 1998, 155 (160).

¹⁶² Otto, Jura 1996, 135 (142).

¹⁶³ Ebd.

¹⁶⁴ Beckmann, MedR 1998, 155 (155); Frey, Das Problem der Spätabtreibung, 2022, S. 184; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 218a Rn. 15; Tröndle, NJW 1995, 3009 (3015) spricht von einem „Akt gesetzgeberischer Verhüllungskunst“.

¹⁶⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 163; Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 114.

¹⁶⁶ Frey, Das Problem der Spätabtreibung, S. 139.

¹⁶⁷ BVerfG, NJW 2022, 380 (383).

¹⁶⁸ BVerfG, NJW 2022, 380 (384).

embryopathischen Indikation gefordert.¹⁶⁹ Dies würde der Vorgabe des *BVerfG* entsprechen, welches für die Verfassungsmäßigkeit der embryopathischen Indikation, „ihre hinreichend genaue Umgrenzung“ voraussetzte.¹⁷⁰ Dagegen wird angeführt, dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erst nachträglich in das GG eingefügt wurde¹⁷¹ und das *BVerfG* die embryopathische Indikation nicht am Benachteiligungsverbot messen konnte. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit, die mit der Behinderung begründet wird, verstoße gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ebenso wie die erweiterte medizinisch-soziale Indikation, die die ehemalige embryopathische Indikation umfasst.¹⁷² Geht man von einer Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG aus, dann müsste § 218a Abs. 2 StGB dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden, dass allein aus der Behinderung resultierende Belastungen nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden dürfen.¹⁷³

V. Zusammenfassung des Reformbedarfs und Reformmöglichkeiten

Wie bereits dargestellt, ist ein Entkriminalisierungsbedarf aufgrund einer verfassungsrechtlichen Abwägung selten evident und wegen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers kommt es auch im Bereich des Strafrechts kaum vor, dass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich zur Entkriminalisierung verpflichtet ist.¹⁷⁴ Dennoch begegnen die §§ 218 ff. StGB aufgrund der zuvor aufgezeigten Gründe durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Aufgrund der Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung besteht zwar unter Umständen kein rechtsverbindlicher Reformbedarf, jedoch sprechen gute Gründe dafür, auch im Hinblick auf die dargestellten Zweifel an der Verhältnismäßigkeit, erneut über eine Reform des Schwangerschaftsabbruchs gem. §§ 218 ff. StGB nachzudenken.

1. Genuin strafrechtliches Interesse an einer Reform

Den §§ 218 ff. StGB liegen politische Erwägungen zugrunde, die mit unauflösbaren strafrechts- und verfassungsdogmatischen Friktionen einhergehen. Neben den verfassungsrechtlichen Bedenken sprechen ebenfalls genuin strafrechtliche und kriminalpolitische Erwägungen für eine Reform. Um trotz Straffreistellung das allgemeine Unrechtsurteil aufrecht zu erhalten, werden allgemeine Rechtsgrundsätze wie die Notwehr und die Einheit der Rechtsordnung beeinträchtigt und das Sozialversicherungsrecht zum Missbilligungsinstrument korrumpiert.¹⁷⁵ Dabei geht das ultima ratio-Prinzip im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers unter und das Untermaßverbot verdreht die Beweislast für die Geeignetheit zulasten der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte. Es ist zwar nicht unbedingt eine verfassungsrechtliche Verbindlichkeit, aber ein „Gebot politischer Klugheit“¹⁷⁶, das Strafrecht schonend einzusetzen. Das formelhafte Bekenntnis hierzu und die dennoch fortgesetzte Missachtung des ultima ratio-Prinzips haben negative Auswirkungen auf das Strafrechtssystem.¹⁷⁷ Ein Verhalten (einfach-)rechtlich zu missbilligen, dieses in der Folge letztlich aber nicht nur hinzunehmen, sondern sogar die rechtliche Grundlage dafür zu schaffen, dass es durchgeführt werden kann (vgl. § 13 SchKG), nimmt dem zugrundeliegenden Wert

¹⁶⁹ Czerner, ZRP 2009, 233 (234 f.).

¹⁷⁰ BVerfGE 88, 203 (257).

¹⁷¹ BGBl. I 1994, 3146.

¹⁷² Frey, Das Problem der Spätabtreibung, S. 139 f.

¹⁷³ Beckmann, MedR 1998, 155 (160); Zu weiteren Reformüberlegungen siehe unter (V. 3.).

¹⁷⁴ Siehe zum Beispiel die Entscheidungen des *BVerfG* zum Geschwisterinzest (BVerfGE 120, 224) sowie zum Umgang mit Cannabisprodukten (BVerfGE 90, 145).

¹⁷⁵ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 16.

¹⁷⁶ Landau, NSTZ 2015, 665 (668).

¹⁷⁷ Vgl. Landau, NSTZ 2015, 665 (668).

seine rechtliche und moralische Verbindlichkeit¹⁷⁸ und trägt im Ergebnis dazu bei, dass das Strafrecht seine Glaubwürdigkeit verliert.

2. Kluger Kompromiss oder „lose-lose Situation“?

Nicht nur aus strafrechtlicher Perspektive besteht ein Interesse an der Reform im Sinne einer klaren, systematischen Regelung, sondern auch aus der Perspektive des Lebensschutzes sowie des Selbstbestimmungsrechts. Der Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 StGB beruht auf einem politischen Kompromiss.¹⁷⁹ Für diejenigen, die den Schutz des Ungeborenen in den Vordergrund stellen, bleibt der Schwangerschaftsabbruch Unrecht und als grundsätzliches Verbot im StGB bestehen. Für diejenigen, die sich für die selbstbestimmte Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch einsetzen, besteht zumindest bis zur zwölften Woche die Möglichkeit, einen solchen Abbruch, ohne zusätzliche materielle Voraussetzungen, durchzuführen. Die Schwangere zahlt für diesen Kompromiss aber mit der Möglichkeit, in den ersten zwölf Wochen rechtmäßig – auch beim Vorliegen einer unzumutbaren Konfliktlage außerhalb der Absätze 2 und 3 – die Schwangerschaft abubrechen. Trotz der Tatsache, dass ihr die Letztverantwortung *zugeschrieben* wird, wird diese ihr nicht *zugetraut*. Durch die mit dem Rechtswidrigkeitsurteil verbundene Tabuisierung und Stigmatisierung des Schwangerschaftsabbruchs entsteht eine defizitäre Versorgungslage, die in der Praxis erhebliche Hürden mit sich bringt. Diejenigen, die eine Stärkung des Schutzes ungeborenen Lebens befürworten, zahlen für den Kompromiss mit eklatanten Wertungswidersprüchen hinsichtlich des Lebensschutzes in der Frühphase der Schwangerschaft und nach der 22. Schwangerschaftswoche, mit Beginn der Lebensfähigkeit, greift der Schutz häufig zu kurz. Zudem hat auch die Beratungslösung nicht bedeutend etwas an der Zahl der Abbrüche geändert, sodass sich von § 218 StGB nur ein symbolischer Schutz des Ungeborenen versprochen werden kann. Es ist das Wesen eines Kompromisses, dass nicht beide Interessen vollständig befriedigt werden. Ein symbolisches Strafgesetz, welches die Schwangere unverhältnismäßig belastet und dessen Effekt auf den tatsächlichen Lebensschutz des Ungeborenen zweifelhaft ist, ist aber kein „gelungener Kompromiss“, sondern eine „lose-lose Situation“.

3. § 218 StGB *de lege ferenda*

Eine Reform auszugestalten ist die Aufgabe der Legislative. Aufgrund der spezifischen Vorgaben des *BVerfG* könnte sich eine Reform im Konflikt mit dessen Rechtsprechung befinden. Neben der zuvor erläuterten Kritik an der damaligen Entscheidung hat sich die Rechtsprechung des *BVerfG* aber auch in den letzten 30 Jahren seit dem zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteil weiterentwickelt. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts sowie des allgemeinen gesellschaftlichen Wandels ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass das *BVerfG* einer möglichen Reform des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB heute offener gegenübersteht.

Für die Frühphase der Schwangerschaft (1-12. Woche) sollte sich der Gesetzgeber überlegen, wie eine selbstbestimmte, verantwortungsvolle Entscheidung abgesichert werden kann. Hierbei muss es vor allem auch darum gehen, etwaigen Zwang oder Druck durch Partner oder das soziale Umfeld auszuschließen und sicherzustellen, dass die Entscheidung für oder gegen einen Abbruch allein aus der individuellen Unzumutbarkeit resultiert. Hier sollte

¹⁷⁸ Von einem Lippenbekenntnis sprechen *Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat, S. 196; *Lennartz*, MedR 1993, 179 (184).

¹⁷⁹ *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 218 Rn. 64; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, Vorb. §§ 218-219b Rn. 11.

berücksichtigt werden, dass die Vorstellung, Schwangerschaft sei der für eine Frau zu tolerierende „Normalzustand“, aus welchem allein sich keine Unzumutbarkeit ergeben könnte,¹⁸⁰ gleichheitsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist.¹⁸¹ Eine solche Entscheidung müsste dann auch von der Gesamtrechtsordnung respektiert werden. Dadurch wäre eine Kostenübernahme durch die Krankenkassen möglich, aber auch nicht zwingend, denn nicht jede Gesundheitsmaßnahme wird bekanntlich von den Krankenkassen übernommen. Um aber gleichzeitig den Schutz des ungeborenen Lebens zu sichern, müsste der Gesetzgeber umfassende Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern. Dazu zählen im Ausgangspunkt die Übernahme von Kosten für Verhütung durch die Krankenkassen, die bislang nur bis zum 22. Lebensjahr übernommen werden (vgl. § 24a Abs. 2 SGB V). Wie auch schon 1993 gefordert, müssten die erheblichen sozialen Nachteile, die mit dem Austragen und Aufziehen von Kindern verbunden sind,¹⁸² abgebaut und eine tatsächlich kinderfreundliche Gesellschaft gefördert werden. Vor dem Hintergrund eines möglichen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, könnte der Gesetzgeber den Schwangerschaftskonflikt entschärfen, indem er die soziale und finanzielle Unterstützung für Familien mit behinderten Kindern erhöht und so die Schwangere mit ihrer Entscheidung für das Kind nicht alleine lässt. Solche Maßnahmen sind kostspielig, aber wenn das ungeborene Leben tatsächlich und effektiv geschützt werden soll, kann der Staat sich nicht auf den kostengünstigen, nur die Schwangere belastenden, moralischen Appell im Strafgesetz zurückziehen in dem Glauben, er habe damit bereits die ultima ratio ergriffen. Eine solche Reform müsste beobachtet und auf ihre Eignung zum Lebensschutz nachgeprüft werden. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber mit Blick auf embryopathisch veranlasste medizinische Indikation über eine Reform nachdenken, die sowohl den Besonderheiten der Belastungen der Schwangeren, die bei einer Schwangerschaft mit einem behinderten Kind entstehen, Rechnung trägt als auch sicherstellt, dass nicht der alleinige Anknüpfungspunkt die festgestellte Behinderung ist.¹⁸³ Zwar ist besondere Vorsicht geboten, dadurch keine Benachteiligung von behinderten Menschen zu regeln, aber ein gänzlich Unterlassen einer Regelung, kann den Schutz ebenfalls nicht sicherstellen. Nicht nur aufgrund der Probleme im Hinblick auf die embryopathische Indikation, sondern auch in Anbetracht des technischen und medizinischen Fortschritts, der es Ärztinnen und Ärzten immer früher möglich macht, das Überleben von Frühgeburten abzusichern, könnte es gewinnbringend sein, darüber nachzudenken, den Schutz der §§ 211, 212 StGB früher beginnen zu lassen. Dadurch würden Spätabtreibungen nach der Feststellung einer Behinderung nur noch dann möglich sein, wenn das Leben der Schwangeren bedroht ist. Dies würde auch den Wertungswiderspruch auflösen, dass ein bereits lebensfähiges, behindertes Ungeborenes in der letzten Phase der Schwangerschaft noch rechtmäßig abgetrieben werden kann, das Frühgeborene aber bereits den vollen Schutz der §§ 211, 212 StGB genießt.¹⁸⁴ Ist eine Lebensfähigkeit bereits gegeben, ist es fragwürdig, dass der einzige Unterschied zwischen dem Schutz der §§ 211, 212 StGB und dem des § 218 StGB – und damit auch dem Strafmaß von bis zu drei Jahren und gegebenenfalls lebenslänglich – darin begründet liegt, dass der Embryo sich noch im Mutterleib befindet.¹⁸⁵

VI. Fazit und Ausblick

In Anbetracht der Tatsache, dass sich wohl für radikale Lösungen keine Mehrheiten in der Gesellschaft finden

¹⁸⁰ BVerfGE 88, 203 (257).

¹⁸¹ *Chiofalo*, KJ 2023, 18 (22).

¹⁸² *Fischer*, StGB, Vorb. §§ 218-219b Rn. 10a.

¹⁸³ Zu denken ist hier beispielsweise an die Neuregelung von § 5c IfSG, bei welcher eine Anknüpfung an eines der Merkmale aus Art. 3 Abs. 3 GG ausdrücklich als unzulässig eingestuft wird.

¹⁸⁴ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 218a Rn. 16.

¹⁸⁵ *Freund*, in: Humane Orientierungswissenschaft, 2008, S. 167.

und diese auch der Sache nicht gerecht würden, schlussfolgert *Fischer*, es bestehe „derzeit kein wirklicher Bedarf, eine hochproblematische Quelle gesellschaftlichen Unfriedens gezielt zu öffnen.“¹⁸⁶ Dieser Eindruck verschärft sich, wenn man sich den heftigen Diskurs über das Schwangerschaftsabbruchsrecht in den USA vergegenwärtigt, der Gräben in der Gesellschaft vertieft und Fronten nahezu unüberwindbar verhärtet.¹⁸⁷ Obwohl auch das *BVerfG* davon spricht, dass die Entscheidung zum Abbruch eine „achtenswerte Gewissensentscheidung“¹⁸⁸ sein kann, ist es den Menschen nicht egal, wie sich ein anderer entscheidet. Nach *Dworkin* ist dies dadurch zu erklären, dass in solchen Entscheidungen die Einstellung zum intrinsischen Wert des Lebens zum Ausdruck kommt und daher jeder hofft, dass andere seinem eigenen Gefühl entsprechen.¹⁸⁹ In der gegenteiligen Handlung glaubt man eine Missachtung des menschlichen Lebens und damit mangelnden Respekt vor allen zu erkennen.¹⁹⁰ Eine erneute Debatte über die §§ 218 ff. StGB könnte sicherlich gesellschaftliche Spannungen auslösen, jedoch sind die §§ 218 ff. StGB *de lege lata* – bis auf die bislang befriedende Wirkung – ein Kompromiss, der letztlich keiner Seite dient.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹⁸⁶ *Fischer*, ZfL 2022, 1 (9).

¹⁸⁷ *Vasel*, NJW 2022, 2378 (2379) spricht von einem „kulturellen Krieg“.

¹⁸⁸ BVerfGE 39, 1 (48).

¹⁸⁹ *Dworkin*, Grenzen des Lebens, 1994, S. 332.

¹⁹⁰ Ebd.