

# MONITOR

## GESELLSCHAFTLICHER ZUSAMMENHALT

# Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform der §§ 218 ff. StGB

*Michael Kubiciel*

- › Es braucht gute Gründe, in Zeiten von außen- und innenpolitischen Krisen politisches Kapital und Zeit in eine Reform des § 218 StGB zu investieren. Die Debatte hat das Potential Gräben aufzureißen, die durch den Kompromiss von 1995 überwunden worden sind.
- › Die aktuelle Regelung, die auf Beratung und Straffreiheit setzt, hat den Rückgang von Abbruchzahlen befördert, ohne dass Frauen und Ärzte in den Anwendungsbereich eines Straftatbestandes geraten.
- › Das Bundesverfassungsgericht betont regelmäßig, dass der Staat von Verfassungs wegen die Verpflichtung hat, das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit des Einzelnen zu schützen
- › Das Strafgesetzbuch ist der Ort, an dem der Gesetzgeber die wesentlichen Normen zum Schutz der wichtigsten Rechtsgüter seiner Bürger versammelt. Dies gilt auch für den Schutz des Lebens.
- › Weder kriminalpolitische noch verfassungsrechtliche Gründe sprechen für eine Änderung der §§ 218 ff. StGB.
- › Der Wert des bestehenden Kompromisses sollte nicht geringgeschätzt werden, denn Kompromisse sind das Lebenselixier der Demokratie.

## Inhaltsverzeichnis

---

<b>I. Aufkündigung eines Kompromisses .....</b>	<b>2</b>
Die schwierigste Debatte der Bonner Republik und ihr gutes Ende .....	2
Die Kündigung .....	3
<b>II. Das geltende Recht .....</b>	<b>3</b>
Verfassungsrechtlich vorgeprägte Rechtslage .....	3
Geltendes Recht: Keine Kriminalisierung von Frauen und Ärzten .....	4
Datenanalyse: § 218 StGB betrifft vorrangig gewalttätige Männer .....	4
Fazit.....	5
<b>III. Verfassungsrechtliche Grenzen einer möglichen Neuregelung außerhalb des Strafgesetzbuches .....</b>	<b>5</b>
Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen Leben .....	6
Umsetzung der Schutzpflicht.....	7
Ort der Umsetzung .....	7
Fazit.....	8
<b>Impressum .....</b>	<b>11</b>

### **I. Aufkündigung eines Kompromisses**

#### **Die schwierigste Debatte der Bonner Republik und ihr gutes Ende**

Deutschland befindet sich in einer Periode außen- und innenpolitischer Polykrisen. Trotz wirtschaftlicher Stagnation ist ein Ausgleich zwischen verteidigungs-, wirtschafts- und klimapolitischen Notwendigkeiten sowie sozialpolitischen Ansprüchen zu finden. Die damit verbundenen Aushandlungsprozesse setzen die Politik und Bürger unter Stress, nicht wenige Entscheidungen vertiefen die bereits existierenden Bruchlinien in der Gesellschaft oder schaffen neue. Wer in einer solchen Phase politisches Kapital und Zeit – d.h. knappe Ressourcen – in eine Reform „des § 218“ investieren möchte, sollte dafür gute Gründe geltend machen können. Denn die Debatte um den Schwangerschaftsabbruch hat das Potenzial, jene Gräben aufzureißen, die 1995 durch den sog. „großen Kompromiss“ zwischen der CDU/CSU, SPD und FDP überwunden worden sind. Dieser politisch-gesellschaftliche Kompromiss bildet nicht nur die Grundlage des geltenden Rechts. Er hat auch die „ethisch, politisch und rechtsphilosophisch schwierigste Debatte“ (Wolfrum) der Bonner Republik befriedet,<sup>1</sup> deren Anfänge indes bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts zurückreichen<sup>2</sup> und der gegen Ende der 1980er Jahre eskalierte.<sup>3</sup> Sowohl die Härte der Auseinandersetzungen als auch die Erleichterung über deren Befriedung lassen sich noch heute in den stenographischen Protokollen des Deutschen Bundestags nachspüren. Am 29. Juni 1995 gab eine Unionsabgeordnete im Deutschen Bundestag dankbar bekannt, dass die Einigung, die „noch vor einigen Wochen undenkbar war,“ zustande gekommen sei.<sup>4</sup> „Endlich“, sekundierte eine Abgeordnete der FDP, „ist

ein Kompromiss gefunden in einem Streit, der seit Jahren Gräben aufgerissen und sowohl Politiker als auch Bürger emotionalisiert hat.“ Die deutsche Gesellschaft blickte auf fast 20 Jahre heftigen Streits zurück, in dem scheinbar unversöhnliche Grundpositionen aufeinanderprallten. Man müsse der Diskussion die Schärfe nehmen, daher hätten sich „die Fraktionen dieses Hauses aufeinander zubewegt“ haben.<sup>5</sup> Ein Mitglied der SPD-Fraktion befand, die Regelung sei geeignet, die rechtliche Diskussion rund um den § 218 zu einem „guten Ende“ zu führen; auch die öffentliche Reaktion falle überwiegend positiv aus, obgleich es dem Gesetzgeber „vollkommen unmöglich“ sei, den Schwangerschaftskonflikt in einem Gesetz so zu formulieren, dass alle Seiten „mit der Wortwahl einverstanden sind.“<sup>6</sup> Ein Mitglied der FDP-Fraktion schloss mit den Worten: „Ich hoffe, daß das, was heute verabschiedet werden soll, nicht nur für einige, sondern für lange Zeit hält und endlich Rechtsfrieden schafft, insbesondere im Interesse der betroffenen Frauen, auch der Beratungsstellen, ja der ganzen Gesellschaft.“<sup>7</sup>

### Die Kündigung

Beinahe 30 Jahre hatte dieser Kompromiss Bestand. Forderungen nach radikaleren Reformen waren nur noch am Rande vernehmbar, Initiativen zur Änderung der §§ 218 ff. StGB im Deutschen Bundestag blieben aus, in der Rechtswissenschaft spielte das Thema keine relevante Rolle mehr. Seit einigen Jahren sind jedoch Versuche zu erkennen, das Verhandlungspaket des Jahres 1995 aufzuschnüren.

Besonders deutlich wurde dies im ideologisch stark aufgeladenen Streit um den § 219a StGB (Werbung für Schwangerschaftsabbrüche),<sup>8</sup> der, Kritikern zufolge, Rechtsunsicherheiten für Ärztinnen und Ärzte schaffe. Kaum war diese Norm durch eine – übrigens: für Ärzte wesentlich unklarere – Regelung im Heilmittelwerbeengesetz ersetzt,<sup>9</sup> ließ die Bundesregierung in einer von ihr eingesetzten Kommission die Möglichkeit einer Regelung des Schwangerschaftsabbruchs „außerhalb des Strafgesetzbuches“ prüfen.

Was also hat sich geändert, das es rechtfertigen könnte, den von einer breiten Mehrheit getragenen Kompromiss aufzukündigen? Wie wir gleich sehen werden, sprechen Daten und andere empirische Befunde **nicht** für eine Veränderung des geltenden Rechts, sondern zeigen im Gegenteil, dass der Kompromiss nach wie vor gut wirkt. Nicht ohne Grund werden daher Reformverlangen fast ausschließlich normativ begründet, genauer: mit Verweis auf die sog. reproduktive Autonomie der Frau.<sup>10</sup> International ist dieser Begriff vor allem in (völkerrechtlich nicht verpflichtenden) Empfehlungen, Policy Paper und Beschlüssen von Beratungsgremien und Arbeitsgruppen internationaler Organisationen gebräuchlich und wird dort teils gegen **jede** Form der Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs in Stellung gebracht.<sup>11</sup> Für die deutsche Diskussion haben diese aber schon mangels Rechtscharakters keine Bedeutung. Im Übrigen wären völkerrechtliche Regeln nach Art. 25 GG zwar „Bestandteil“ des Bundesrechts, gingen aber nur einfachen Gesetzen vor, nicht der Verfassung.<sup>12</sup>

## II. Das geltende Recht

### Verfassungsrechtlich vorgeprägte Rechtslage

Grundrechtsdogmatisch ist mit dem Begriff reproduktive Autonomie die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemeint. Beide Grundrechte sind – in unterschiedlichem Ausmaß – auch vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinen beiden großen Entscheidungen gewürdigt worden<sup>13</sup> und haben, unter anderem, dazu geführt, dass nach geltender Rechtslage eine Schwangerschaft ohne Indikationen in den ersten zwölf Wochen auf Wunsch der Frau beendet werden kann, ohne dass dadurch Frauen oder Ärztinnen und Ärzten straf- oder medizinrechtliche Nachteile entstünden. Indes hat der Staat nicht nur die reproduktive

Autonomie zu respektieren. Die Verfassung gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor das ungeborene Leben zu stellen, wie das BVerfG in seinen beiden grundlegenden, später bestätigten Entscheidungen betont hat.<sup>14</sup> Diese Schutzpflicht leitet das BVerfG aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG ab, deren Maß „durch Art. 2 Abs. 2 GG“ – das Recht auf Leben – näher bestimmt wird. Auf dieser Grundlage fordert das BVerfG, dass der Staat ein wirksames Schutzkonzept entwickelt und durchsetzt. Der Schutzpflicht sei nicht schon dadurch genügt, dass „überhaupt Schutzvorkehrungen irgendeiner Art getroffen worden sind.“<sup>15</sup> Vielmehr müsse das Schutzkonzept sowohl der „Bedeutung und Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts“, also des ungeborenen Lebens, als auch der „mit ihm kollidierenden Rechtsgüter“, namentlich die Grundrechte der Frauen, Rechnung tragen.<sup>16</sup> In seiner – in den Grundlinien und im Ergebnis<sup>17</sup> – differenzierten Entscheidung aus dem Jahr 1992 hat das BVerfG einen Weg gewiesen, wie ein gesetzgeberischer Mittelweg zwischen den verfassungsrechtlich fundierten, aber nicht einschränkungslos gewährleisteten Autonomieansprüchen von Frauen einerseits und dem verfassungsrechtlich verlangten Schutz des ungeborenen Lebens andererseits aussehen kann. Dabei hat das Gericht den Spielraum des Gesetzgebers betont, zugleich aber auch Grenzen politischer Gestaltung markiert. Der Gesetzgeber hat diese Vorgaben mit einigen Modifikationen in dem 1995 beschlossenen Gesetzespaket übernommen.

### **Geltendes Recht: Keine Kriminalisierung von Frauen und Ärzten**

Seither ist ein Abbruch der Schwangerschaft innerhalb der ersten zwölf Wochen auch dann möglich, wenn keine Indikationen im Sinne der § 218a Abs. 2, 3 StGB festgestellt worden sind (§ 218a Abs. 1 StGB). Verlangt wird allein, dass die Frau mindestens drei Tage vor Durchführung der Abtreibung einen Beratungstermin wahrgenommen hat, der über Hilfen für Eltern und Alternativen zum Abbruch informiert – so die Frau diese Informationen überhaupt wünscht. Entscheidet sich die Frau für den Abbruch, unterstellt das Gesetz zugunsten der Frau, dass ihre Entscheidung von so schwerwiegenden individuellen Gründen getragen wird, dass das Lebensrecht des Ungeborenen hinter diese zurückstehen muss. Strafen drohen daher weder Frauen noch Ärzten. Letztere handeln straffrei, die Krankenkassen übernehmen die Kosten eines indizierten, die Sozialkassen im Bedarfsfall die Kosten eines nicht-indizierten Abbruchs. Angesichts dessen ist es schlicht falsch, wenn immer wieder zu hören ist, dass „§ 218 StGB“ schwangere Frauen oder Ärztinnen und Ärzte „kriminalisiere.“<sup>18</sup> § 218a StGB schließt diese Kriminalisierung explizit aus. Dies lässt sich auch anhand von Daten nachweisen.

### **Datenanalyse: § 218 StGB betrifft vorrangig gewalttätige Männer**

Die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) weist für das Jahr 2022 insgesamt 90 polizeilich erfasste Fälle wegen § 218 StGB aus. Auffällig dabei ist, dass davon der Großteil – nämlich 72 Fälle – männliche Beschuldigte betrifft; die Vorjahre weisen vergleichbare Werte aus. Dieser Befund lässt sich leichter einordnen, wenn man ihn mit anderen Daten verbindet. Zunächst zeigt eine Auswertung der Strafverfolgungsstatistik der Jahre 2006-2021, dass insgesamt nur 148 Personen nach § 218 StGB abgeurteilt wurden, wobei sich die jährliche Anzahl in der Regel zwischen 7 und 9 Personen bewegt.<sup>19</sup> Nur rund 10 Prozent der polizeilich erfassten Fälle haben also – gerichtliche – Konsequenzen, wenngleich der Begriff „Aburteilung“ nicht nur Verurteilungen, sondern auch Freisprüche und Verfahrenseinstellungen umfasst. Anders gewendet: Pro Jahr dürften nur weniger als eine Handvoll von Personen „wegen § 218“ verurteilt werden. Auch bei den vorliegenden Daten der Strafverfolgungsstatistik springt ins Auge, dass fast ausnahmslos Männer abgeurteilt werden. Dies deckt sich mit anderen Erkenntnissen: Nach Auskunft des Bundesjustizministeriums ist seit 2010 nur eine einzige Schwangere gemäß § 218 Abs. 3 StGB rechtskräftig verurteilt worden (und zwar im Jahr 2016).<sup>20</sup>

All dies zeigt eindrucksvoll, dass Frauen insgesamt höchst selten mit § 218 StGB in Konflikt geraten. Wer sind also die Handvoll Männer, die pro Jahr wegen § 218 StGB verurteilt werden? Ärzte, möchte man meinen. Um die Aburteilungszahlen weiter einordnen zu können, muss man jedoch wissen, dass für Abbrüche, die Ärzte vornehmen, ohne dass eine schriftliche Feststellung über Indikationen nach § 218a Abs. 2 oder Abs. 3 StGB vorgelegt worden ist oder sie sich von der Dauer der Schwangerschaft überzeugt haben, Sonderregelungen (§§ 218b, 218c StGB) gelten. Solche Handlungen fließen also nicht in die Statistik zu § 218 StGB ein, sondern werden unter den genannten Spezialnormen erfasst. Mit diesen geraten Ärzte jedoch praktisch nie in Konflikt geraten,<sup>21</sup> ihre Compliance mit dem geltende Recht ist vielmehr außerordentlich hoch. Dies legt die Annahme nahe, dass die von § 218 StGB erfassten Aburteilungen von Männern nicht Ärzte betrifft.

Tatsächlich zeigt eine Auswertung der Datenbank *juris* für die Jahre 1995 bis 2023, dass dort vor allem Urteile von Strafkammern an Landgerichten bzw. Entscheidungen von Strafsenaten des Bundesgerichtshofs erfasst sind, die Fälle des nicht-einverständlichen Schwangerschaftsabbruchs bzw. des Zusammentreffens von Tötungs- und Körperverletzungsdelikten mit dem § 218 StGB – kurz: Gewalttaten von Männern – betrafen. Denn § 218 StGB erfasst auch (und vor allem) die gegen den Willen der Frau vorgenommene Tat – bis hin zu Gewalttaten gegen die Frau selbst, in deren Folge nicht nur die Frau stirbt oder verletzt wird, sondern auch die Leibesfrucht stirbt. Führt man alle Zahlen und Daten zusammen, so zeigen diese, dass in der forensischen Praxis § 218 StGB vor allem ein Tatbestand ist, der Gewalttaten von Männern betrifft, nicht der mit dem Willen der Frau vorgenommene ärztliche Abbruch.

### Fazit

Eine Analyse des Rechts und der Daten zeigt, dass § 218 StGB weder Frauen noch Ärzte kriminalisiert, sondern vielmehr Frauen (und das Ungeborene) vor Männern schützt. Zugleich zeigen die Daten, dass die Zahl von Schwangerschaftsabbrüchen pro Jahr seit den 1980er zwar erheblich zurückgegangen ist – von teils mehreren Hunderttausend pro Jahr auf (zumeist) weniger als 100.000 pro Jahr im letzten Jahrzehnt. Trotz des langfristigen Rückgangs ist das eine – auch europaweit betrachtet – beachtliche Zahl: Im Jahr 2022 standen 104.000 Abbrüche rund 740.000 „Lebendgeburten“ gegenüber.<sup>22</sup> Die Daten sprechen also nicht dafür, dass das deutsche Recht prohibitiv hohe Hürden für Frauen errichtet. Der Kompromiss wirkt vielmehr in beide Richtungen. Das auf Beratung **und** Straffreiheit setzende Modell hat offenkundig einen Rückgang der Abbruchzahlen befördert, ohne dass Frauen und Ärzte noch in den Anwendungsbereich eines Straftatbestandes (oder gar in Konflikt mit diesem) geraten. Zugleich zeigen die im internationalen Vergleich keineswegs geringen Abbruchzahlen, dass das Recht einen hinreichend weiten Zugang zu einem indizierten und nicht-indizierten Abbruch gewährleistet.

### III. Verfassungsrechtliche Grenzen einer möglichen Neuregelung außerhalb des Strafgesetzbuches

Trotz der unbestreitbaren Erfolge der seit 1995 geltenden §§ 218, 218a StGB liegt es im Wesen eines Kompromisses, keine Seite **vollständig** zufriedenzustellen. Daher steht es dem demokratischen Gesetzgeber selbstverständlich frei, den Rahmen für eine Neuregelung „außerhalb des Strafgesetzbuches“ auszuloten. Dabei müssen jedoch die fortgeltenden verfassungsrechtlichen Grundlagen berücksichtigt werden. Strukturell bedeutsam sind dabei drei Säulen: **Erstens** bleibt die Pflicht des Gesetzgebers zum Schutz des ungeborenen Lebens verbindlicher Ausgangs- und Endpunkt aller rechtspolitischen Überlegungen; ihn wird das BVerfG nicht in Frage stellen, auch

wenn das Gericht nicht an seine Präjudizien gebunden ist. **Zweitens** reichen irgendwelche Schutzvorkehrungen oder ungezielte Maßnahmen wie die Erhöhung von Sozialleistungen zur Erfüllung der Schutzpflicht nicht aus. Es bedarf vielmehr spezifischer Schutzvorkehrungen, mit denen der Staat den Willen zum Schutz auch des ungeborenen Lebens faktisch wahrnimmt und symbolisch bekräftigt. Und **drittens** müssen die gesetzlichen Regelungen in ihrer Gesamtheit dieser Schutzverpflichtung Genüge tun. Absenkungen des Schutzniveaus an der einen Stelle begrenzen also den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers an anderer Stelle.

### **Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen Leben**

Die Entscheidungen des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch bilden – im Zusammenhang mit anderen einschlägigen Judikaten – die Basis jeder ernsthaften Prüfung des verfassungsrechtlichen Spielraums möglicher Reformen. Ihre wesentlichen Aussagen markieren die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsermessens. So ist die noch in den 1970er Jahren kritisierte Schutzpflichtdogmatik heute allgemein anerkannt. Regelmäßig betont das BVerfG, dass der Staat von Verfassungs wegen verpflichtet ist, das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit des Einzelnen zu schützen.<sup>23</sup> Besondere Bedeutung misst das Gericht dabei dem „Grundrecht auf Leben“ bei, das „eine objektive Wertentscheidung der Verfassung“ darstelle, die staatliche Schutzpflichten begründe.<sup>24</sup>

Ferner erscheint es nahezu ausgeschlossen, dass das BVerfG die bereits anerkannte Schutzpflicht zugunsten des **ungeborenen** Lebens verneint: Für diesen Schritt gibt es weder normative noch tatsächliche Gründe. So erkennt die ganz herrschende Meinung an, dass das ungeborene Leben in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG fällt.<sup>25</sup> Die Verschmelzung von Ei- und Samenzelle begründet eine „identitätsstiftende Festlegung des genetischen Programms“ und wegen der damit einhergehenden Entwicklungsperspektive menschliches Leben.<sup>26</sup> Das „Ob“ des Schutzes steht daher nicht mehr in Frage.<sup>27</sup> Ebenfalls weithin anerkannt ist, dass schon dem Embryo der Würdeanspruch des Art. 1 Abs. 1 GG zukommt.<sup>28</sup> Die dagegen geltend gemachten normativen (rechtstheoretisch-rechtsphilosophischen) Einwände, die den „kategorialen Unterschied zwischen dem Lebensrecht geborener Personen und dem Schutz ungeborenen Lebens“ begründen wollen,<sup>29</sup> sind seit Jahrzehnten bekannt und auch in die Entscheidungen des BVerfG eingeflossen. Neue normative Einsichten, die das BVerfG zu einem Umdenken anhalten könnten, sind nicht erkennbar.<sup>30</sup> Ebenso wenig gibt es neuartige biologische Erkenntnisse, die dazu anhalten, den Schutzstatus des ungeborenen Lebens zu relativieren. Eher ist das Gegenteil der Fall: Nach jüngeren Erkenntnissen der Medizin geht bereits am 60. Tag nach der Empfängnis, d.h. in der 8. Schwangerschaftswoche, die Embryonalperiode in die Fetalperiode über.<sup>31</sup> In der 12. Schwangerschaftswoche haben zentrale innere Organe ihre Arbeit aufgenommen, bereits in der 22. Schwangerschaftswoche beginnt die Überlebensfähigkeit des Fötus außerhalb des Mutterleibes.<sup>32</sup> Biologische Evidenzen sprechen daher nicht für, sondern **gegen** eine Absenkung des Schutzniveaus, etwa durch eine Ausdehnung der Fristenregelung in das zwei Schwangerschaftsdrittel. Vor allem aber wird das BVerfG dem ungeborenen Leben schon mit dem Blick auf die weitreichenden Folgen nicht den Schutzstatus entziehen. Denn dies entzöge nicht nur Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs den verfassungsrechtlichen Boden, vielmehr wären Embryonen ganz grundsätzlich dem staatlichen und privaten Zugriff schutzlos ausgeliefert. Auf die in den letzten Jahrzehnten zu beobachtende, keineswegs abgeschlossene Erweiterung der Möglichkeiten der Medizintechnologie wird das BVerfG kaum – und ohne Not – mit einer Zurücknahme der Schutzgewährleistung antworten.

## Umsetzung der Schutzpflicht

Ist der Staat danach auch weiterhin zum Schutz des ungeborenen Lebens verpflichtet, können diese nicht schwächer ausfallen als das geltende Recht mit seinem ohnehin schon prozeduralisierten Schutzmodell des § 218a Abs. 1 StGB. Insbesondere lässt sich die Schutzwirkung der §§ 218 ff. StGB nicht funktional durch die Stärkung allgemeiner sozial- oder familienpolitischer Maßnahmen ersetzen. Ausgeschlossen ist ferner, dass an die Stelle verpflichtender Regelungen zum Schutz des ungeborenen Lebens bloße Empfehlungen oder Angebote treten und dass der Staat die Durchsetzung dieser Regeln Privaten (etwa: Frauen, Ärzten oder Berufskammern) überlässt. Der Staat muss vielmehr **selbst** jenen Schutz gewährleisten, zu dem **er** verfassungsrechtlich verpflichtet ist.

Das geltende Schutzmodell basiert – aus guten Gründen – nicht mehr auf dem grundsätzlich strafbewehrten Verbot des Abbruchs, sondern auf der Pflicht, vor einem Abbruch eine Beratungsstelle aufzusuchen. Mit der Abschaffung einer staatlich garantierten Beratung ginge folglich die Aufgabe des staatlichen Schutzes des ungeborenen Lebens einher. Mehr noch: Die Schutzwürdigkeit des ungeborenen Lebens würde offen in Frage gestellt.<sup>33</sup> Daher kann auf die Beratungspflicht nicht verzichten, wer die grundlegenden Vorgaben des BVerfG respektieren will. Die Pflicht, einen – ergebnisoffenen! – Beratungstermin wahrzunehmen, stellt auch keinen unangemessenen Eingriff in die Grundrechte von schwangeren Frauen dar, zumal Beratungstermine dort, wo nötig, auch sehr kurzfristig angeboten werden. Zudem besteht in begründeten Ausnahmefällen die rechtliche Möglichkeit, individuelle Hürden bei der Aufnahme der Beratung durch digitale Formale zu überwinden („blended counselling“). Insgesamt ist die Kombination von Fristen- und Beratungsmodell in § 218a Abs. 1 StGB damit wesentlicher Bestandteil des verfassungsrechtlichen Ausgleichs zwischen den Grundrechten des ungeborenen Lebens und der Frau. Dies schließt zwar nicht aus, dass sich das BVerfG von als anachronistisch angesehenen Formulierungen oder überflüssigem dogmatischen Ballast trennt; ausgeschlossen ist es aber, dass dem ungeborenen Leben jeder, auch nur prozedural vermittelter Schutz entzogen wird.

## Ort der Umsetzung

Wenn die Grundstruktur des geltenden Rechts verfassungsrechtlich fundiert und nicht änderbar ist, stellt sich die Frage, ob die Sanktionsregelungen abgeschwächt oder in ein anderes Gesetz verschoben werden können (oder beides zugleich). Dazu ist das Folgende zu bemerken: Das Strafgesetzbuch ist der Ort, an dem der Gesetzgeber die wesentlichen Normen zum Schutz der wichtigsten Rechtsgüter seiner Bürger versammelt. Dies gilt auch und gerade für den Schutz des Lebens. Am bisherigen Regelungsstandort der §§ 218 ff. StGB ist daher aus kriminalpolitischen Gründen festzuhalten.

Verfassungsrechtlich betrachtet, kommt es auf eine Gesamtbetrachtung an, die das BVerfG bei der Prüfung an die Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs anlegt. Ob Änderungen der Sanktionsregeln das sog. Untermaßverbot verletzen, d.h. den zwingend notwendigen Schutz vernachlässigen, hängt zudem von der Ausgestaltung ab. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich bereits das geltende Rechtsregime an der Untergrenze des zum Schutz Erforderlichen bewegt, weil dieses einem rein prozeduralen Schutzkonzept durch Frist und Beratung folgt. Ferner ist von Bedeutung, dass mit der Ermöglichung von Werbung für Abbrüche durch die Abschaffung des § 219a StGB der staatliche Schutz des ungeborenen Lebens symbolisch und faktisch weiter verringert worden ist, ohne dass dies durch die lückenhaften und unpassenden Regelungen des Heilmittelwerbegesetzes ausgeglichen wird. Jeder weitere Schritt des Gesetzgebers, der den Schutz der Grundrechte des ungeborenen Lebens schmälert oder die Anerkennung der Schutzwürdigkeit erkennbar zurücknimmt, bringt das Recht folglich in Konflikt mit dem Untermaßverbot.

Eine reine Standortverlagerung der § 218 i.V.m. § 218a StGB vom Strafgesetzbuch in Nebengesetze, etwa in das Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG), wäre unweigerlich mit einer symbolischen Herabstufung der Normen und der dahinterstehenden Schutzgüter und Grundrechte verbunden. Dies gilt auch dann, wenn die Verhaltens- oder Sanktionsnormen unverändert blieben. Denn in diesem Fall könnte die Verschiebung der Norm aus dem zentralen Strafgesetzbuch in das Nebenrecht nur als Zeichen der symbolischen **Herabstufung** der Wertigkeit der Normen und der dahinterstehenden Regelungsziele – Schutz der Grundrechte des ungeborenen Lebens – verstanden werden. Diese Verschiebung lässt sich nicht mit dem Argument rechtfertigen, §§ 218, 218a StGB schützten „nur“ Verfahrensvorgaben (Frist, Beratung), nicht das Leben selbst, seien also von geringerer Bedeutung als andere Straftatbestände zum Schutz des Lebens. Denn nach dem verfassungsrechtlich (noch) für zulässig erachteten Schutzkonzept sind es nur noch diese Verfahrensvorgaben, die dem verfassungsrechtlich zwingenden Schutz des ungeborenen Lebens gewährleisten. Folglich lassen sich die Vorschriften nicht in ihrer Bedeutung und Substanz degradieren, um damit die Verlagerung in Sondergesetze (bspw. in das SchwKG) zu rechtfertigen, also in ein legalistisches Umfeld, das von weniger bedeutsamen Organisationsnormen geprägt ist. Ein solcher Schritt bedürfte einer eingehenden Rechtfertigung durch den Gesetzgeber, wenn dieser den Eindruck zerstreuen will, die Verlagerung diene allein politisch-symbolischen Zielen. Eine solche Rechtfertigung setzte empirisch validierte Erkenntnisse darüber voraus, dass **allein** die Verschiebung der Normen in ein anderes Gesetz zu einem plausibilisierbaren Zuwachs an Freiheit auf Seiten der Frauen bzw. der Ärzte führt, der die Schwächung des Schutzmodells rechtfertigt. Dies dürfte sich kaum darlegen lassen. Die Grenze des Untermaßverbots ist aus hiesiger Sicht nach unten durchbrochen, wenn die Sanktionsnormen bzw. die Rechtsfolge für Normverstöße abgemildert werden, d.h. die bisherigen Straftaten zu symbolisch niedriger rangieren, dem Opportunitätsprinzip unterliegenden Ordnungswidrigkeiten heruntergestuft würden, weil sich dies nicht nur nachteilig auf den faktische Vollzug auswirkt, sondern das Signal an die Rechtsgemeinschaft sendet, dass die letzten verbliebenen rechtlichen Voraussetzungen eines Schwangerschaftsabbruchs ohne Indikation von ähnlich (geringer) Bedeutung sind wie jene Normen, deren Verletzung ebenfalls nur eine Ordnungswidrigkeit darstellt (klassisch: Falschparken, im Regulierungsrecht etwa das Gaststätten oder Glückspielrecht).

### Fazit

Es gibt weder kriminalpolitische noch verfassungsrechtliche Gründe, die für eine Änderung der §§ 218 ff. StGB sprechen. Das Gegenteil ist der Fall. Das geltende Recht kriminalisiert weder Frauen noch Ärztinnen und Ärzte – nicht auf dem Papier und schon gar nicht in der Realität. Als kompromisshafte Regelungen folgen die §§ 218 ff. StGB und das SchKG einem verfassungsrechtlich vorgeprägten Mittelweg, der die Gesellschaft in den letzten Jahrzehnten befriedet und ihre jene Kulturkämpfe erspart hat, die in Ländern mit einseitigeren, weniger kompromisshaften Regelungen zu beobachten waren und sind. Den Wert dieses Kompromisses (und anderer) sollte man nicht geringerschätzen: Kompromisse sind das Lebenselixier der Demokratie und jeder so verfassten Gesellschaft.

- 
- <sup>1</sup> *Wolfrum*, Die geglü ckte Demokratie, 2017, S. 318 (Zitat), 406, 476; ferner *Winkler*, Der lange Weg nach Westen, Bd. 2, 2000, S. 335 f., 591, 613.
  - <sup>2</sup> Ausführlicher Überblick in BVerfGE 31, 1, 7 ff.
  - <sup>3</sup> Besonders sichtbar an den sog. Memminger Hexenprozessen, die ihren Ausgangspunkt in einer unklaren Rechtslage – Stichwort: soziale Indikation – hatte, die 1995 korrigiert wurde. Zur medialen Rezeption der Verfahren *Hofmann*, Zeitschrift für Politik 40 (1993), 1 ff.; zur seinerzeitigen Rechtslage *Eser*, Juristenzeitung 1991, 1003 ff.
  - <sup>4</sup> Namentlich die Abgeordnete *Eichhorn* (CDU/CSU), zitiert nach Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 13. Wahlperiode, 47. Sitzung, Bonn, Donnerstag, den 29. Juni 1995, S. 3755.
  - <sup>5</sup> *Albowitz* (FPD), Stenographischer Bericht, 13. Wahlperiode, 47. Sitzung, Bonn, Donnerstag, den 29. Juni 1995, S. 3771.
  - <sup>6</sup> So die Abgeordnete *Niehuis* (SPD), Stenographischer Bericht, 13. Wahlperiode, 47. Sitzung, Bonn, Donnerstag, den 29. Juni 1995, S. 3767 f.
  - <sup>7</sup> *Langfermann* (FDP), Stenographischer Bericht, 13. Wahlperiode, 47. Sitzung, Bonn, Donnerstag, den 29. Juni 1995, S. 3759.
  - <sup>8</sup> Zur „schrillen Aggression“ dieser Debatte *Gärditz*, Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 729, 754..
  - <sup>9</sup> Dazu *Kubiciel*, Juristenzeitung 2022, 934 ff.
  - <sup>10</sup> Umfassend dazu *Klein*, Reproduktive Freiheiten, 2023.
  - <sup>11</sup> Ausführlich dazu *Klein* (Fn. 10), S. 331 ff. Ferner *Weißer*, Golddammers Archiv für Strafrecht 2023, 541, 561 ff. – Beide weisen nur auf „Empfehlungen“ von VN Kommissionen, ein „Paper“ des früheren Menschenrechtskommissars des Europarates und politische Beschlüsse des Europäischen Parlaments hin.
  - <sup>12</sup> Zum „Zwischenrang“ des Völkerrechts zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht BVerfGE 111, 307, 318; 112, 1, 24, 26; 141, 1, 17 Rn. 41
  - <sup>13</sup> BVerfGE 39, 1, 43; BVerfGE 88, 203, Leitsatz 5.
  - <sup>14</sup> BVerfGE 39, 1 (Leitsatz 1), 88, 203 (Leitsatz 1); siehe ferner BVerfGE 98, 265.
  - <sup>15</sup> BVerfGE 88, 203, 254.
  - <sup>16</sup> BVerfGE 88, 203, 254.
  - <sup>17</sup> Davon zu trennen sind nicht wenige Formulierungen der Entscheidung, die heute als veraltet erscheinen oder einen überholten Blick auf das Geschlechterverhältnis widerspiegeln.
  - <sup>18</sup> Vgl. aber *Bredler/Chiofalo*, Verfassungsblog v. 8.2.2023; Deutscher Juristinnenbund, Policy Paper: Neues Regelungsmodell für den Schwangerschaftsabbruch, S. 3.
  - <sup>19</sup> Dabei bilden 12 Aburteilungen (2009, 2010, 2014, 2017, 2021) die obere Grenze, 4 (2008) bzw. 5 (2018) die untere Grenze.

- <sup>20</sup> Zitiert nach einer Auskunft des BMJ an ein Mitglied des Deutschen Bundestages vom 29. März 2023.
- <sup>21</sup> In den letzten fünfzehn Jahren sind nur ganz wenige Aburteilungen nach § 218b StGB (je eine in 2009 und 2018) zu verzeichnen. Diese Daten deuten auf ein sehr hohes Maß an Regelkonformität bei Ärztinnen und Ärzten hin.
- <sup>22</sup> Nachweis: <https://de.statista.com/themen/267/abtreibung/#topicOverview>.
- <sup>23</sup> BVerfGE 49, 24, 56 f.; 115, 320, 346 f.; 120, 274, 319.
- <sup>24</sup> BVerfGE 142, 313 Rn. 69; 157, 30 Rn. 145.
- <sup>25</sup> Siehe nur Dreier/Krüper, GG, 4. Aufl. 2024, Art. 2 Abs. 2 Rn. 35; Sachs/Höfling, GG, Art. 1 Rn. 61; Erb, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 32 Rn. 86.
- <sup>26</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 65. Insoweit zustimmend Sachs/Rixen, GG, Art. 2 Rn. 143, der nur offenlässt, ob die zum Schwangerschaftsabbruch entwickelte Rspr. auf neuere biomedizinische Fragen vollständig übertragen werden kann.
- <sup>27</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, GG, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rn. 44.
- <sup>28</sup> BeckOK GG/Hillgruber, Art. 1 Rn. 14a.1; v. Münch/Kunig/Kunig/Kotzur, GG, Art. 1 Rn. 28.
- <sup>29</sup> Dazu und zum Folgenden Dreier, ZRP 2002, 377, 378.
- <sup>30</sup> Vgl. Weißer (Fn. 11), 550 f. (mit dortiger Anm. 61), die auf bekannte Einwände der „Zweitheit in Einheit“ und Dreiers (Fn. 29) These vom gestuften Lebensschutz verweist.
- <sup>31</sup> Dazu Gropp/Wörner, in: Münchener Kommentar zum StGB, Vor § 218 Rn. 75.
- <sup>32</sup> Kröger, in: Leipziger Kommentar, Vor §§ 218 ff. StGB, Rn. 43.
- <sup>33</sup> Ebenso bereits Eser, ZRP 1991, 291, 294.

## Impressum

### Der Autor

**Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel** ist seit 2017 Lehrstuhlinhaber für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Augsburg. Er ist zudem Geschäftsführender Direktor des Instituts für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

### Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

#### Patricia Ehret

Referentin für Kirchen und Religionsgemeinschaften

T +49 30 / 26 996-3784

[patricia.ehret@kas.de](mailto:patricia.ehret@kas.de)

Herausgeberin: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2024, Berlin  
Gestaltung: yellow too, Pasiak Horntrich GbR  
Hergestellt mit finanzieller Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland.

Diese Veröffentlichung der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. dient ausschließlich der Information. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlwerbern oder -helfenden zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen sowie für Wahlen zum Europäischen Parlament.



Der Text dieses Werkes ist lizenziert unter den Bedingungen von „Creative Commons Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 international“, CC BY-SA 4.0 (abrufbar unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.de>).