

Professor Dr. Karsten Gaede
Geschäftsführender Direktor des Instituts für Medizinrecht

Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales
Strafrecht und Strafverfahrensrecht, einschließlich Medizin-,
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
Telefon 040/30706240
E-Mail karsten.gaede@law-school.de

Hamburg, den 9. Februar 2025

Stellungnahme zur öffentlichen Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Thema Schwangerschaftsabbruch am 10. Februar 2025

- **Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs** (BT-Drucksache 20/13775)
- **Antrag Versorgungslage von ungewollt Schwangeren verbessern** (BT-Drucksache 20/13776)



Gliederung

A. Überblick und wesentliche Einschätzung des Entwurfs	1
I. Zentrale Positionen zum Gesetzesentwurf (Zusammenfassung)	1
II. Ausgeklammerte Themen	4
B. Zulässigkeit und Umsetzung einer weitergehenden Legalisierung	5
I. Ausgangspunkt des verfassungsrechtlichen Schutzes des ungeborenen Lebens.....	5
II. Tragfähigkeit des Schutzes durch Verbote hinsichtlich des Umgangs mit dem Körper schwangerer Personen.....	7
1. Lücke bei der Legitimation des Schutzmittels.....	8
2. Vorzugswürdige geltungszeitliche Interpretation.....	10
3. Kein positives Beherrschungsrecht über ein fremdes Leben.....	13
4. Versorgungssicherheit und Mitwirkung an rechtswidrigen Akten	13
III. Realistische Einschätzung der Abkehr vom StGB	14
1. Übernahme der Indikationslösungen und Ausbau des Schutzes gegen Dritte.....	14
2. Zurücknahme eines nichtstrafrechtlichen Verbots.....	15
3. Vorherige weitgehende Akzeptanz durch mangelnde Sanktionierung	16
IV. (Weitere) Fragen der konkreten gesetzlichen Umsetzung.....	17
1. Begrenzung und Bemessung der Frühphase.....	17
2. (Un-)Zureichende Beratungslösung	18
3. Details der neu gefassten oder erlassenen Sanktionsvorschriften.....	21
V. (Un-)Mögliche Regelung in dieser Legislaturperiode	22



A. Überblick und wesentliche Einschätzung des Entwurfs

Der zu erörternde Gesetzesentwurf nimmt sich mit der angestrebten Neuregelung des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs eines existenziellen Themenkreises an, der juristisch und (medizin-)ethisch in einem Dilemma gründet. Es gilt zum einen, die Rechtsposition des ungeborenen menschlichen Lebens zu schützen, zum anderen, die rechtlich geschützte höchstpersönliche Körpersphäre und Selbstbestimmung der Schwangeren zu achten.

Rechtswissenschaftlich ist primär zu fragen, ob eine Neuregelung, die in den ersten zwölf¹ Schwangerschaftswochen (hier sog. Frühphase der Schwangerschaft) die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs auf der Basis einer Beratungslösung anerkennt, einer verfassungsrechtlichen Prüfung vor dem Hintergrund staatlicher Schutzpflichten standhält. Ferner ist zu beurteilen, ob die vorgeschlagene konkrete Umsetzung des Vorhabens hinreichend gelungen erscheint. Abrundend sind Fragen des Regelungszeitpunkts anzusprechen.

Eingangs werden die zentralen Positionen der Stellungnahme zusammenfassend formuliert (I.). Ausgeklammerte Themen werden benannt (II.). Im Anschluss werden die Positionen näher begründet und ausgeführt (B.).

I. Zentrale Positionen zum Gesetzesentwurf (Zusammenfassung)

1. Ausgangspunkt der Beurteilung muss die verfassungsrechtliche Anerkennung einer Schutzpflicht des Staates gegenüber dem ungeborenen Leben sein. Ihre Anerkennung ist nicht zu verwerfen, insbesondere sind die Leitentscheidungen des BVerfG nicht veraltet oder infolge internationaler Entwicklungen überholt. Das ungeborene Leben ist ebenso wenig nur ein Vehikel, das allein der Unterdrückung von Frauen dienen würde. In diesem Licht muss sich die vorgeschlagene Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs auf Verlangen in der Frühphase ernsthaft am Schutz des ungeborenen Lebens messen lassen, weil sie den Schutz durch ein staatliches Verbot des Abbruchs weitgehend aufhebt.

2. Hinsichtlich des Schutzes des ungeborenen Lebens gegenüber der Schwangeren ist allerdings zu erkennen, dass die bislang vorausgesetzte Austragungspflicht nicht gleichermaßen verfassungsrechtlich bestätigt werden sollte. Das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in der Frühphase ist nicht mehr zu legitimieren, insoweit ist dem BVerfG ein Begründungsdefizit vorzuhalten: Das Gericht unterstellte schlicht, dass der Körper der Schwangeren prinzipiell fremdnützig zur Erfüllung von Schutzzielen verfügbar und eine Austragungspflicht damit grundsätzlich zumutbar sei. Ihm genügte eine

¹ Während die Dauer medizinisch regelmäßig bereits von der letzten Regelblutung an bestimmt wird, zählt das bisherige und das vorgeschlagene Recht allein die nach der *Empfängnis* verstrichene Zeit, BT/Drs. 20/13775, S. 25 f. Näher auch zur Berechnung Prütting/*Duttge/Kessler*, 7. Aufl., 2024, § 218a StGB Rn. 7.



„Natur der Sache“, während die Rechtsordnung im Übrigen prinzipielle Tabuzonen für rechtliche Zugriffe auf den Körper anerkennt. Entgegen dem ersten Anschein legitimiert auch nicht schon jeder im Einzelnen beliebig bleibende Verhaltensbeitrag zugunsten der Entstehung der Schwangerschaft die Verfügbarkeit des höchstpersönlichen Körpers. Ein fassbarer Verhaltensverstoß der Frau etwa in Gestalt einer vorwerfbar Sorglosigkeit ist weder zu unterstellen noch belastbar aufzuklären. Deshalb ist eine Pflicht zur Austragung der dauerhaft identitätsprägenden und den Körper fundamental umwandelnden Schwangerschaft in der Frühphase nicht begründet. Zu einer regelmäßigen Austragungspflicht wird man vielmehr erst gelangen, wenn eine gebärfähige Person den Prozess der Schwangerschaft nach einer Phase der möglichen Erkenntnis und Reflexion weiter geschehen lässt und sich die Aussicht auf ihre Austragung damit verfestigt hat.

Es ist in diesem Sinne angezeigt, die Rechtslage im Rahmen einer geltungszeitlichen Interpretation der Verfassung weiterzuentwickeln. Zu Recht hat bereits *Konrad Hesse* für die Verfassungskonkretisierung hervorgehoben, dass das „Beharrende [...] nicht zum Hindernis werden [dürfe], wo Bewegung und Fortschreiten aufgegeben sind.“ Schon zwischen der Leitentscheidung des Jahres 1975 und derjenigen des Jahres 1993 lässt sich hinsichtlich der Wahrnehmung des weiblichen Geschlechts eine Entwicklung erkennen. Das nach gut 30 weiteren Jahren nochmals fortentwickelte Bewusstsein, dass wir rechtliche Maßstäbe nicht auf allzu selbstverständliche Rollenvorstellungen etwa zulasten von Frauen stützen dürfen, sollte vermitteln, dass sich das BVerfG der bisherigen Begründungsschwäche stellen wird. Die Erkenntnis der unzureichenden Begründung der Austragungspflicht legt es nahe, aus der Rechtsposition der Schwangeren nun weitere Schritte abzuleiten. Denn auch das BVerfG bekennt seit langem, dass das Ausmaß der Schutzpflichten von den berührten Rechtspositionen abhängt.² All dies liegt auch zugunsten einer hinreichenden Patientinnenversorgung nahe, weil hilfsbereite Ärzte nicht mehr gezwungen wären, ein rechtswidriges Verhalten zu unterstützen.

Eines problematischen Beherrschungsrechts der Frau über das ungeborene Leben bedarf es bei alledem nicht. Es ist aber wie in den schon anerkannten Fällen der Unzumutbarkeit die Konsequenz zu ziehen, dass ein Abbruchverbot ohne eine zumutbare Austragungspflicht nicht aufgestellt werden kann. Auch die These eines zu wahren gesellschaftlichen Friedens verhängt in einem höchstpersönliche Grundrechte achtenden Gemeinwesen mitnichten. Der gesellschaftliche Frieden *des einen* kann die Verzweiflung *der anderen* sein. Selbst wenn die Strafe schon ausbleibt, muss sich auch sonst niemand in existenziellen Fragen ein sachlich nicht gerechtfertigtes staatliches Unwerturteil über das eigene Handeln gefallen lassen.

3. Selbst wenn man ein Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in der Frühphase für weiterhin legitimierbar halten wollte, sollte man die strafrechtliche Differenz zwischen der erstrebten Neuregelung und dem *Status quo* nicht überschätzen. Der Entwurf setzt mit der Indikationslösung nach der zwölf-

² Siehe nochmals BVerfGE 88, 203, 253 f.



ten Woche und mit einem bemerkenswerten Ausbau des Schutzes gegenüber Dritten weiter nennenswert auf das Strafrecht. Zudem hat schon das BVerfG mit der bisherigen Beratungslösung ein gerade straftatbestandliches Verbot nicht mehr gefordert – bereits heute existiert allein ein, dem BVerfG indes wichtiges, Abbruchverbot der übrigen Rechtsordnung. Soweit das geltende Recht weiter den Kontext des Strafrechts herstellt, entwertet schon heute die Praxis der Beratungslösung die Wirkkraft des Verbots. Indem das StGB Strafsanktionen nicht mehr beansprucht, wird die vermeintliche Unverzichtbarkeit des Abbruchsverbots dementiert: Vielmehr behauptet das Recht *in der Frühphase der Schwangerschaft schon heute keine durchsetzbare Austragungspflicht*. Der Entwurf bietet nun die Chance, die *mixed messages* des StGB zu beenden.

4. Auch in der näheren Umsetzung des Entwurfs zeigen sich insgesamt keine Defizite, die einer tragfähigen Gesetzgebung entgegenstehen. Insbesondere ist die Begrenzung auf die Frühphase und auf die Frist von zwölf Wochen nicht zu beanstanden. Weiter erwägen ließe sich allerdings eine Optimierung der Beratungspflicht unter dem Aspekt des Eintretens für das ungeborene Leben. Nach dem bisherigen Ansatz des BVerfG könnte man das für zwingend erachten. Die novellierte Beratung würde Akzente hin zum Schutz der Gesundheit und des Selbstbestimmungsrechts der Frau verschieben. Dies steht aber im Einklang mit der anderen verfassungsrechtlichen Grundposition des Entwurfs zur mangelnden Austragungspflicht in der Frühphase; daher lässt sich auch die bisherige Rechtsprechung zur Beratung nicht beliebig übertragen. Insgesamt ist der vorgeschlagene Entwurf bei einer Ausschöpfung seiner Regelungen zur Beratung, die das geltende Recht weithin fortführen, eine konsequente Durchführung des Neuansatzes. Dies gilt auch deshalb, weil man das Parlament schwerlich noch immer als verpflichtet ansehen kann, mit einer Regelung zum Ausdruck zu bringen, man traue Schwangeren nicht von selbst das Bewusstsein zu, dass der Schwangerschaftsabbruch auch das Schicksal des Kindes betrifft. Richtig bleibt lediglich, dass zum Beispiel Abgeordnete, die prinzipiell zur staatlichen Vorsorge neigen, zusätzliche absichernde Vorgaben wie eine Wartepflicht im Rahmen des parlamentarischen Gestaltungsspielraums erwägen können.

5. Ob der Gesetzentwurf aus Sicht des Parlaments einer weiteren, längeren Vorbereitung bedürft hätte und im Anschluss einer längeren Beratung bedarf, ist aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nicht vorzugeben und damit von den Abgeordneten zu beurteilen. Insbesondere in den Grundfragen beruht der Entwurf aber auf eingehenden Vorarbeiten. Hinsichtlich der Details des Entwurfs sollte entscheidend sein, ob Abgeordnete tatsächlich konkrete Änderungsvorschläge haben, die sich aus Zeitgründen nicht mehr umsetzen lassen.



II. Ausgeklammerte Themen

Die Stellungnahme behandelt zur Betonung der Kernfragen ausgewählte Aspekte der vorgelegten Bundestagesdrucksachen.³ In der Einschätzung, dass dem Gesetzentwurf insoweit keine durchgreifenden Regelungshindernisse entgegenstehen, greift sie zum Beispiel die – systematisch diskutabile – Zuordnung der nun deutlich ausgeprägteren Leistungsübernahme zur Gesetzlichen Krankenversicherung⁴ und die nähere Regelung der sanktionsrechtlichen Ersatzvorschriften in den §§ 14 f. SchKG-E⁵ nicht (umfassend) gesondert auf. Der in seiner Zielrichtung kaum zu bestreitende Entschließungsantrag zur Verbesserung der Versorgungslage ungewollt Schwangerer verlangt im Ergebnis keine gerade rechtswissenschaftliche Stellungnahme.⁶

³ Weitere rechtspolitische Debatten zum Schwangerschaftsabbruch, die etwa den Spätabbruch im Fall des § 218a Abs. 2 StGB (zum Thema, Kritik selbst zurückweisend, m.w.N. NK-StGB/*Merkel*, 6. Aufl., 2023, § 218a Rn. 95 ff., 106 ff.) oder den Schutz vor insbesondere fahrlässig bewirkten fortwirkenden Schädigungen betreffen (dazu m.w.N. NK/*Neumann* aaO, Vor §§ 211-2017 StGB Rn. 15), musste der Entwurf weder zwingend aufgreifen, noch wurden diese – mit der aufgegriffenen Versorgungsproblematik nicht spezifisch verbundenen – Fragenkreise ebenbürtig in dieser Legislaturperiode vorbereitet.

⁴ Siehe BT/Drs. 20/13775, S. 12 und 21, zuvor aber schon mit diesem Weg § 24b SGB V, siehe ferner §§ 20-22 SchKG.

⁵ Zu diesen BT/Drs. 20/13775, S. 27 f. Siehe hier aber B. IV. 3. b).

⁶ Indes ist anzumerken, dass die im Antragstext eingeforderten Informationen in der Praxis oftmals, wenn nicht gar in erster Linie, der medizinisch versierten Entscheidung zugunsten eines Schwangerschaftsabbruchs und insofern nicht der Erhaltung ungeborenen Lebens dienen dürften. Nach der darzulegenden Rechtsposition steht den Schwangeren aber auch das Recht zu, über den zulässigen Abbruch, der ggf. eine innere Not oder doch eine subjektive Überforderung zu beseitigen vermag, umfassend informiert zu sein.



B. Zulässigkeit und Umsetzung einer weitergehenden Legalisierung

Die Stellungnahme widmet sich zunächst dem verfassungsgerichtlich anerkannten Schutz des ungeborenen Lebens (I.). Im Anschluss ist geltend zu machen, dass die vom Gesetzentwurf beanspruchte Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs in der Frühphase der Schwangerschaft infolge einer nicht (mehr) überzeugend zu legitimierenden Austragungspflicht verfassungsgemäß ist (II.). Dabei sollte der mit dem Entwurf bewirkte strafrechtliche Unterschied im Vergleich zum Status quo nicht überzeichnet werden (III.). Anschließend ist die konkret vorgeschlagene Umsetzung zu bewerten (IV.). Abschließend ist der Aspekt anzusprechen, ob das Gesetz noch in dieser Legislaturperiode erlassen werden könnte (V.).

I. Ausgangspunkt des verfassungsrechtlichen Schutzes des ungeborenen Lebens

Das Recht des Schwangerschaftsabbruches setzt bisher primär auf staatliche Verbote und damit auf Eingriffe in den Umgang schwangerer Menschen mit ihrem Körper. Es sollte hierbei – was allerdings einer Erinnerung wert erscheint – verfassungsrechtlich unstrittig sein, dass das Parlament solche Eingriffe nicht *allein* auf eine etwaige persönliche religiöse Überzeugung seiner Abgeordneten stützen darf – Religion und Weltanschauung bleiben gemäß Art. 4 GG freigestellt.⁷

Sanktionsbewehrte Verbote könnten hingegen zulässig und geboten sein, weil das von einem Abbruch auf Verlangen der Schwangeren existenziell betroffene ungeborene Leben ein verfassungsrechtliches Schutzgut ausmacht, das den Schwangerschaftsabbruch zu einem möglichen Gegenstand des staatlichen Rechts werden lässt. Tatsächlich geht das deutsche Straf- und Verfassungsrecht traditionell davon aus, dass im ungeborenen Leben gemäß Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein verfassungsrechtlich wertvolles Gut liegt. Insbesondere das BVerfG erkennt das Ungeborene ab der Nidation trotz seiner mangelnden konkreten textlichen Hervorhebung im Grundgesetz als Grundrechtsträger an.⁸ Diesem müsse grundsätzlich ein strafrechtlich verankerter hinreichender Schutz gegen Verletzungen zukommen (sog. Untermaßverbot).⁹ Die Einzelheiten der Leitentscheidungen des BVerfG aus den Jahren 1975¹⁰ und 1993¹¹ zeichnen das heutige Recht des Schwangerschaftsabbruchs bis in die Details vor.

⁷ Kritisch ist insoweit die frühere Berufung des BVerfG auf eine Schöpfungsordnung zu sehen, so noch BVerfGE 39, 1, 67.

⁸ Das Gericht erkennt den *Nasciturus* als schutzfähige Entität an, der bereits Menschenwürde und ein nicht erst von der Mutter abzuleitendes Lebensrecht zukomme. Grundlegend zum Folgenden BVerfGE 39, 1 und 88, 203; ergänzend BVerfGE 98, 265. Hieran sind frühere „Fristenlösungen“, die zu einer Rechtfertigung führen sollten, gescheitert, zur Historie Fischer, 72. Aufl., 2025, Vor §§ 218–219b Rn. 3 ff.; Saliger/Tsambikakis/Schweiger, *Strafrecht der Medizin*, 2022, § 7 Rn. 2 ff.

⁹ BVerfGE 88, 203, 253 ff., konkret S. 254 zum Untermaßverbot.

¹⁰ BVerfGE 39, 1.

¹¹ BVerfGE 88, 203.



Gleichwohl existierte von Anbeginn in Sondervoten der Leitentscheidungen,¹² aber auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, eine diese Rechtsprechung begleitende Kritik. Sie wendet sich zum Teil schon gegen die Anerkennung einer (vollwertigen) verfassungsrechtlichen Rechtsträgerschaft des Fetus bzw. eine inkonsequente Durchführung dieser Rechtsstellung.¹³ Insbesondere unter dem Aspekt ihrer engmaschigen Ausgestaltung¹⁴ und der Rechte der Schwangeren¹⁵ tritt sie ferner Pönalisierungspflichten entgegen.

Für eine eingehende Analyse und Ausdifferenzierung der Grundlagen der allgemeinen Schutzpflichtdogmatik bleibt an dieser Stelle zwar kein Raum. Es ist aber zu bekräftigen, dass der mit der Rechtsprechung des BVerfG zugunsten des ungeborenen Lebens anerkannte verfassungsrechtliche Schutz auch im Jahr 2025 der Ausgangspunkt der Betrachtung sein muss: Es bestehen weder Anzeichen für eine prinzipielle Aufgabe dieser These, noch wäre eine Aufgabe etwa im Hinblick auf zwischenzeitliche Entwicklungen überzeugend:

- Selbst wenn eine unmittelbare Grundrechtssubjektivität Bedenken unterliegen mag,¹⁶ ermöglicht es die in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG fehlende explizite Beschränkung des Schutzes menschlichen Lebens auf den Zeitraum nach der Geburt, die eingetretene Herausbildung neuen menschlichen Lebens als verfassungsrechtlichen Schutzgegenstand anzuerkennen.¹⁷ Teleologisch betrachtet streitet hierfür zwar weniger eine allzu sehr subjektgelöste objektiv wertsetzende Funktion des Lebens.¹⁸ In der Frühform menschlichen Lebens ist aber eine später eigenständige individuelle menschliche Existenz als Zweck an sich selbst¹⁹ bereits angelegt.
- Zudem ist es heute ein auch menschenrechtlicher Standard, dass staatliche Pönalisierungspflichten für den Fall rechtswidriger und schuldhafter Übergriffe auf höchstpersönliche und bedeutsame Rechtsgüter dem Grunde nach anzuerkennen sind,²⁰ obschon diese angesichts ihres Übergriffs auf das Bürger-Bürger-Verhältnis anspruchsvoll und in ihrem Maß zu konturieren bleiben.

¹² Siehe die abl. Voten in BVerfGE 39, 1, 68 ff. (*Rupp-von Brünneck und Simon*) und BVerfGE 88, 203, 338 ff. (*Mahrenholz und Sommer*).

¹³ Hierzu statt vieler m.w.N. *Enders*, FS Dreier, 2024, S. 769 ff.; Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Brosius-Gersdorf*, 2024, S. 165, 169 f.; zur Begründung ferner NK-StGB/*Merkel*, 6. Aufl., 2023, Vor §§ 218-219b Rn. 13 ff.

¹⁴ Siehe dazu Nachweise aus BT/Drs. 20/13775, S. 18 und BVerfGE 39, 1, 68 ff. (*Rupp-von Brünneck und Simon*).

¹⁵ Zusf. auch rückblickend *Schuchmann medstra* 2024, 10, 12 ff.; Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Brosius-Gersdorf*, 2024, S. 165, 177 ff.; siehe zudem BVerfGE 88, 203, 338, 340 ff. (*Mahrenholz und Sommer*) und NK-StGB/*Merkel*, 6. Aufl., 2023, Vor §§ 218-219b Rn. 14 f.

¹⁶ Siehe schon Fn. 13.

¹⁷ Siehe entsprechend auch zur allerdings nicht zweifelsfreien Entstehungsgeschichte BVerfGE 39, 1, 38 ff.

¹⁸ Dieselbe betonte jedoch noch BVerfGE 39, 1, 41 ff., insbesondere S. 44.

¹⁹ Für die Personalität bzw. den Eigenwert des ungeborenen Lebens u.a. auch BVerfGE 88, 203, 251 f. und 267 mit dieser auf *Kant* zurückgehenden Begründung.

²⁰ Zur Schutzpflichtrechtsprechung etwa anhand des Lebensrechts siehe m.w.N. *Löwe/Rosenberg/Esser*, 27. Aufl., 2022, Art. 2 EMRK Rn. 39, 48 ff.; *MüKo-StPO/Gaede*, Bd. 4, 2. Aufl., 2025, Art. 2 EMRK Rn. 16 ff.



- Dies legt nicht zuletzt auch der Entwurf zugrunde, wenn er etwa in § 218 StGB-E eine erneuerte Strafnorm gegenüber Taten Dritter mit einem besonders hohen Strafraumen gerade *zum Schutz des ungeborenen Lebens* vorschlägt. Gerade hieran wird deutlich, dass der Schutz des ungeborenen Lebens nicht vorschnell lediglich als ein zu dekonstruierendes Vehikel begriffen werden darf, das allein der Unterdrückung des weiblichen Geschlechts dient.

In diesem Licht muss sich auch das vorgeschlagene Gesetz ernsthaft am Schutz des ungeborenen Lebens messen lassen, weil es seinen Schutz durch ein staatliches Verbot des Schwangerschaftsabbruches auf Verlangen in der Frühphase weitgehend zurücknehmen will und im Ergebnis die Tötung ungeborenen Lebens hinnimmt.²¹

II. Tragfähigkeit des Schutzes durch Verbote hinsichtlich des Umgangs mit dem Körper schwangerer Personen

In diesem Kontext ist aber für die Frühphase der Schwangerschaft vor allem zu hinterfragen, ob die maßstabssetzenden Schutzpflichten das Schutzinstrument der Austragungspflicht wie bisher legitimieren oder gar gebieten können. Während oft allein oder vorrangig die Frage nach einem möglichen zeitlich abgestuften Lebensschutz als solchem gestellt wird, soll hier gerade die Austragungspflicht einer Prüfung unterzogen werden, weil sie die Prämisse jedes – abgestuften oder nicht abgestuften – Lebensschutzes gegenüber der Schwangeren darstellt.

Eine grundsätzliche Austragungspflicht hat das BVerfG vor rund 30 Jahren bejaht.²² Es hat zwar bereits damals anerkannt, dass eine Austragung im Einzelfall unzumutbar sein könne;²³ diese Unzumutbarkeit hat es aber zugespitzten Konfliktsituationen vorbehalten, die heute mit den Indikationen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB umschrieben werden.²⁴

Der vorgelegte Entwurf weicht gerade von diesen Maßstäben ab, indem er in der Frühphase auf eine einzelfallbezogene Darlegung einer unzumutbaren Austragung der Schwangerschaft verzichtet und eine die Rechtmäßigkeit vermittelnde Beratungslösung verfolgt.²⁵ Schon die allgemeinen Belastungen einer Schwangerschaft sollen eine Austragungspflicht ausschließen.

Entgegen anderen Stimmen verletzt der Entwurf das Verfassungsrecht dadurch aber nicht, denn eine Austragungspflicht der Schwangeren in der Frühphase sollte keinen Bestand haben: Ihre bisherige

²¹ Es genügt insoweit nicht, die Schutzbedürftigkeit des ungeborenen Lebens und die entsprechende staatliche Schutzpflicht lediglich nicht in Abrede zu stellen. Siehe mit dieser Tendenz aber zunächst BT/Drs. 20/13775, S. 20. Im Übrigen macht der Entwurf dann auch in der Sache eine notwendige Begrenzung der Schutzpflicht geltend.

²² BVerfGE 88, 203, 252 ff.

²³ BVerfGE 88, 203 f., 255 ff., 257; 39, 1, 48 ff.: Belastungen, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau nicht erwartet werden kann.

²⁴ BVerfGE 88, 203, 256 ff.

²⁵ Siehe BT/Drs. 20/13775, S. 18 f. und eingestehend S. 19: § 12 Abs. 2 SchKG-E vergleichbare Regelung früher verworfen.



Weite beruht auf einer unzureichenden Begründung (1.). Im Rahmen der gebotenen geltungszeitlichen Interpretation der einschlägigen Grundrechtsnormen ist es daher angezeigt, für die Frühphase der Schwangerschaft keine Austragungspflicht mehr zugrunde zu legen (2.). Damit geht keine Beherrschungsbefugnis über fremdes Leben einher (3.). Die resultierende Einschränkung der Austragungspflicht dürfte ferner dazu beitragen, bislang zu wenig bedachte Gefährdungen der Patientinnenversorgung zu vermeiden (4.).

1. Lücke bei der Legitimation des Schutzmittels

An der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich ablesen, dass es die Austragungspflicht für die Schwangere allein mit der Anerkennung des evidenten *Schutzbedürfnisses* des ungeborenen Lebens begründet. So führt es aus, dass ein „Schutz des Ungeborenen gegenüber seiner Mutter [...] nur möglich [ist], wenn der Gesetzgeber ihr einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbietet und ihr damit die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen“²⁶. Die Frage, ob die prinzipielle Verfügbarkeit des (fremden) Körpers und der Lebensgestaltung der Schwangeren zugunsten des Rechts eines anderen überhaupt bestehen kann, stellt das Gericht indes nicht – es unterstellt sie vielmehr.²⁷ Die Austragungspflicht folgt offenbar bis heute aus einer „Natur der Sache“²⁸, was die Gefahr eines naturalistischen Fehlschlusses nahelegt. Auch zeitliche Differenzierungen behandelt (und verwirft) das Gericht lediglich hinsichtlich eines abgestuften Lebensrechts, nicht aber hinsichtlich des Verhaltens der Frau.²⁹

Lediglich nachgelagert wird zur Reichweite erwogen, ob „– ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) – vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG)“ das Ausmaß der zuvor als legitim postulierten Austragungspflicht einschränken könnten.³⁰ Hier wird im Nachgang auch noch gesehen, dass sich „das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs angesichts der einzigartigen Verbindung von Mutter und Kind nicht in einer Pflicht der Frau erschöpft, den Rechtskreis eines anderen nicht zu verletzen, sondern zugleich eine intensive, die Frau existentiell betreffende Pflicht zum Austragen und Gebären des Kindes enthält“³¹. Folgen werden aus dieser existenziellen Betroffenheit im Anschluss jedoch nicht gezogen.

²⁶ BVerfGE 88, 203, 253.

²⁷ Zwar wird in der Leitentscheidung BVerfGE 39, 1, 42 die grundsätzliche Berührung der Intimsphäre erwähnt, jedoch zugleich unter Verweis auf den Charakter des Fetus als „selbständiges menschliches Wesen“ eine Vergemeinschaftung in Form einer „sozialen Dimension“ behauptet. Siehe zur Problematik der Zugriffsbegründung – aber schon anhand des Lebensrechts selbst – auch zuseh. m.w.N. Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/Brosius-Gersdorf, 2024, S. 165, 190 ff. (selbst dann das Lebensrecht zu Recht anerkennend); NK-StGB/Merkel, 6. Aufl., 2023, Vor §§ 218-219b Rn. 17 ff.; Sacksofsky, FS Prittwitz, 2023, S. 175, 183 ff.

²⁸ So ergänzend BVerfGE 39, 1, 43.

²⁹ BVerfGE 88, 203, 254. Für einen solchen Ansatz aber wieder Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/Brosius-Gersdorf, 2024, S. 165, 192 ff.

³⁰ BVerfGE 88, 203, 254 und zu einem Verfügungsrecht verneinend 255.

³¹ BVerfGE 88, 203, 256; siehe auch anerkennend *Duttge medstra* 2024, 4, 6 f.



Zudem erweckt das BVerfG auch im Jahr 1993 in seiner rechtlichen Bewertung noch den Eindruck, als sei „die Frau“ stets auf eine lediglich zu weckende und später dann selbst gespürte „Bindung an das in ihr wachsende Leben“ angelegt.³² Die für die Grundmotive maßgebliche erste Leitentscheidung hatte 1975 gar noch von einem „von Natur aus“ bestehenden „mütterlichen Schutzwillen“ gesprochen, der allenfalls „verlorengegangen“ sein könne.³³ Die Frau habe ihre eben „natürlichen mütterlichen Pflichten zu übernehmen“³⁴.

Dem muss man vorhalten, dass das BVerfG die Legitimierbarkeit des unbestreitbar tiefen rechtlichen Zugriffs auf den höchstpersönlichen Körper der Frau damit nicht hinreichend dargetan hat. Die Rechtsordnung übt sich vielmehr – auch zur Wahrung der Menschenwürde³⁵ – grundsätzlich in Zurückhaltung, wenn zugunsten anderer Personen Eingriffe in die Tabuzone des höchstpersönlichen Körpers legitimiert werden sollen. Dies zeigt sich etwa bei einem versagten Zwang zur Blutspende zur Lebensrettung,³⁶ aber auch bei der verneinten Pflicht zu einer etwaigen Rettungsfolter.³⁷ Diese Zurückhaltung findet sich bei der Beurteilung der Rechtslage der Frau und anderer schwangerer Personen bisher nicht wieder. Für sie wird bei der Schwangerschaft auch kein immerhin grundsätzliches Zugriffstabu etwa vergleichbar der Patientenautonomie³⁸ formuliert; die Frau ist vielmehr schon dem Grundsatz nach dem anderen Leben verfügbar: Die Schwangere sei schlicht in einer „Normalsituation“, mit der „jeder (sic!) fertig werden“³⁹ müsse. Lediglich in Ausnahmesituationen darf sie die Rechtspflicht verweigern oder den Verzicht auf strafrechtliche Sanktionen erhoffen. Man muss aber die Zumutbarkeit einer Pflicht begründen, bevor man einzelne Fälle der Unzumutbarkeit konzedieren kann.

³² BVerfGE 88, 203, 266.

³³ BVerfGE 39, 1, 45. Die Belastungen der Schwangerschaft werden hierbei zudem bagatellisiert, wenn eher *en passant* von Beeinträchtigungen „in manchen persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten“ (BVerfGE 39, 1, 44) die Rede ist (ernsthafter dann aber S. 48).

³⁴ BVerfGE 39, 1, 56.

³⁵ Siehe zum Schutz der körperlichen Integrität als etwaiger Fallgruppe der Verletzung der Menschenwürde im Überblick Sachs/Höfling, GG, 10. Aufl., 2024, Art. 1 Rn. 20 ff.; NK-StGB/Neumann, 6. Aufl., 2023, § 34 Rn. 118 ff. Siehe immerhin mit einem – dann aber folgenlosen – Gebot, auch für die Schwangere eine Beziehung zu ihrer Menschenwürde herzustellen, BVerfGE 39, 1, 43; zum im Ansatz sichtbaren Ausbau im zweiten Urteil BVerfGE 88, 203, 338, 340 und 348 (Mahrenholz und Sommer).

³⁶ So wird eine Pflicht selbst zur lebensrettenden Blutspende im Rahmen des Notstandes nach der h.M. von der Rechtsordnung selbst im Fall eines sog. Defensivnotstandes abgelehnt, NK-StGB/Neumann, 6. Aufl., 2023, § 34 Rn. 118 ff.; SK-StGB/Hoyer, 10. Aufl., 2025, § 34 Rn. 109 f.: absoluter Schutz der Menschenwürde; zu schweren Körperverletzungen auch allgemein kategorisch abl. Fischer, StGB, 72. Aufl., 2025, § 34 Rn. 14.

³⁷ Hierzu etwa BVerfG NJW 2005, 656, 657 (unter dem strafprozessualen Aspekt); zur Prävention m.w.N. Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen, GG, 105. EL. Aug. 2024, Rn. 95; Gaede, in: Camprubi (Hrsg.), Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis, 2004, S. 155 ff.; zur dort behandelten Begrenzung eines Schutzes der etwaigen Menschenwürde des Fetus im Fall von Schutzmaßnahmen, welche die Würde einer anderen Person beeinträchtigen müssten, sowie ferner zur mangelnden Würdeverletzung durch den Abbruch Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/Brosius-Gersdorf, 2024, S. 165, 183 ff. und 185 f.

³⁸ Zur Patientenautonomie bzw. einem „Recht auf Krankheit“ gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG etwa BVerfGE 142, 313, 339 f. Rn. 74 (zum Schutz gegen sich selbst) und BVerfGE 158, 131, 162 Rn. 77 und 63 (zum Schutz anderer Personen offener, aber nur, soweit sie unabdingbar und strikt verhältnismäßig sind); zum Ausschluss der Zwangskastration m.w.N. Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede, 6. Aufl., 2021, Rn. 982, siehe auch Rn. 987.

³⁹ BVerfGE 39, 1, 49.



Diese erhebliche Schwäche der Rechtsprechung des BVerfG stellt ihre unveränderte Fortgeltung in Frage.⁴⁰ Das heute weiterentwickelte Bewusstsein für eine notwendige Überprüfung normativ wirkender Zuweisung von Geschlechterrollen dürfte vermitteln, dass das BVerfG sich dieser Schwäche anders als bisher stellen würde. Dass das BVerfG zur Weiterentwicklung bereit und in der Lage ist, lässt sich bei alledem auch im strafrechtlichen Kontext beobachten.⁴¹

2. Vorzugswürdige geltungszeitliche Interpretation

Lässt sich die bisherige Begründungslücke aber schließen, sodass es einer Neuregelung gar nicht bedürfte? Gerade dies dürfte bei der gebotenen geltungszeitlichen Interpretation des Grundgesetzes hinsichtlich der Frühphase menschlichen Lebens zu verneinen sein:

a) Auf den ersten Blick mag es zwar naheliegen, eine Austragungspflicht mit einem regelmäßig frei gesetzten kausalen Verhaltensanteil an der Entstehung der Schwangerschaft zu erklären.⁴² Wie dieser Verhaltensanteil aber konkret aussieht und ob er – etwa infolge einer genutzten Verhütung oder im Hinblick auf ein junges Alter – tatsächlich eine individuell vorwerfbare Sorglosigkeit impliziert, lässt sich angesichts der betroffenen Intimsphäre nicht einzelfallbezogen aufklären. Es wäre auch kein Begründungersatz, gegenüber der Frau eine vorwerfbare Entstehung schlicht zu unterstellen, zumal Sexualkontakte als solche eine legitime Freiheitswahrnehmung darstellen.⁴³ Angesichts der vielfältig denkbaren konkreten Umstände wird man aus dem Vorverhalten *allein* nicht die Konsequenz ableiten dürfen, der Frau die höchstpersönliche Verfügbarkeit ihres Körpers aufzuerlegen.⁴⁴ Anderenfalls würde der dauerhaft identitätsprägende und den Körper fundamental umwandelnde Prozess der Schwangerschaft⁴⁵ nur auf dem Papier in seiner auch für die Frau „existentiellen“ Bedeutung Beachtung finden. Eine typisiert freiwillige Entstehung der Schwangerschaft kann allein das Gebot tragen, die nun angelegten Folgen zu reflektieren. Zu einer rechtlich erzwingbaren Verantwortlichkeit der Schwangeren wird man insofern erst gelangen können, wenn die Schwangere den Prozess der Schwangerschaft nach einer Phase der Erkenntnis und Reflexion weiter geschehen lässt und damit die Aussicht auf ihre Austragung über das Vorverhalten hinaus verfestigt.⁴⁶

⁴⁰ Siehe schon früh auch BVerfGE 39, 1, 68, 79 (*Rupp-von Brünneck und Simon*): Weigerung, die Menschwerdung im eigenen Körper zuzulassen.

⁴¹ Besonders eindrucksvoll ist hier BVerfGE 153, 182, 271. Dort hat das Gericht die Position eines abweichenden Sondervotums (*Hassemer*, BVerfGE 120, 224, 264) zu den Grenzen der Kriminalisierung anderthalb Jahrzehnte später bereits in einem einstimmigen Votum aufgegriffen.

⁴² So etwa *Duttge medstra* 2024, 4, 6 f.; NK-StGB/*Merkel*, 6. Aufl., 2023, Vor §§ 218-219b Rn. 19, § 218 Rn. 90 f. und Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Brosius-Gersdorf*, 2024, S. 165, 191; abl. etwa schon *Sacksofsky*, FS Prittwitz, 2023, S. 175, 183 ff. m.w.N.

⁴³ Siehe zudem zur mangelnden Perfektion der Verhütungsinstrumente Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Hahn*, 2024, S. 89, 96 ff.; *Schuchmann medstra* 2024, 10, 13; siehe ferner *Köhler GA* 1988, 435.

⁴⁴ Anderes folgte nicht aus der zum Teil dem Gesetzgeber gestatteten Typisierung, zumal es hier anerkanntermaßen darum geht, eine „existentielle“ Betroffenheit der schwangeren Personen zu legitimieren.

⁴⁵ BT/Drs. 20/13775, S. 18 f.

⁴⁶ Für Stimmen, die mit der zunehmenden Dauer der Schwangerschaft bereits eine zunehmende Zumutbarkeit der Austragungspflicht bejahen, siehe etwa Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedi-



b) Im Ergebnis ist die Austragungspflicht damit im Vergleich zu ihrem bisherigen Postulat einzuschränken. Für die Zulässigkeit einer solchen Position spricht neben den voranstehenden Überlegungen im Grundsätzlichen die mögliche geltungszeitliche Weiterentwicklung der Verfassungsauslegung.⁴⁷

Zu Recht hat etwa bereits *Konrad Hesse* für die Verfassungsauslegung hervorgehoben, dass „[d]as Beharrende [...] nicht zum Hindernis werden [dürfe], wo Bewegung und Fortschreiten aufgegeben sind; sonst [...] [gehe] die Entwicklung über die rechtliche Normierung hinweg.“⁴⁸ Dies hat hier Gewicht: Ein unmittelbarer textlicher Befund im Grundgesetz, der einen kategorischen Vorrang des ungeborenen Lebens vor der geborenen Frau als unverzichtbare Fixierung⁴⁹ ausweist, fehlt. Ebenso setzt schon die ursprüngliche These des BVerfG mit dem Topos der Unzumutbarkeit⁵⁰ an einem alles andere als zeitlos und klar bestimmten verfassungsrechtlichen Begriff an; vielmehr signalisiert und ermöglicht dieser besonders offene unbestimmte Rechtsbegriff eine erhebliche Sensibilität gegenüber veränderten Umständen und Wertungen. Schließlich verdeutlicht die nun Jahrzehnte währende Akzeptanz einer Beratungslösung, dass eine *durchsetzbare* Austragungspflicht in der Frühphase längst nicht mehr beansprucht wird (dazu auch näher B. III.). Nicht zuletzt das nach gut 30 Jahren nochmals weiterentwickelte Bewusstsein, dass wir rechtliche Maßstäbe nicht auf allzu selbstverständliche Rollenvorstellungen etwa zulasten von Frauen stützen dürfen,⁵¹ legt es nahe, aus der Rechtsposition der Schwangeren nun weitere Schritte abzuleiten, zumal auch das BVerfG längst bekennt, dass das Ausmaß der Schutzpflichten von den berührten Rechtspositionen abhängt.⁵² Die These eines zu wahrenen gesellschaftlichen Friedens verhängt demgegenüber in einem Grundrechte und insbesondere höchstpersönliche Rechte achtenden Gemeinwesen mitnichten. Der gesellschaftliche Frieden *des einen* kann die strafrechtlich ausgelöste Verzweiflung *der hilflosen anderen* sein.

c) Konkret bestehen auch weitere Anhaltspunkte, eine partielle Neubestimmung der Reichweite legitimer Schutzpflichten zu unternehmen.

zin/*Brosius-Gersdorf*, 2024, S. 165, 199 f.; abl. etwa *Rostalski* ZfL 2024, 95, 100 mit dem richtigen, aber naturalistisch bleibenden Hinweis, dass die Schwangerschaft kein gesteuerter Prozess sei.

⁴⁷ Zur möglichen Verfassungsentwicklung siehe Handbuch des Verfassungsrechts/*Gärditz*, 2022, § 4 Rn. 37 ff., 78 ff.; *Voßkuhle* JuS 2019, 417, 418 ff. (mit Beispielen gerade zum Fragenkreis Identität und Familie); zur Frage einer etwaigen Bindungswirkung der Entscheidung siehe Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Brosius-Gersdorf*, 2024, S. 165, 170 ff.

⁴⁸ Siehe *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn. 37. Vergleichbar später etwa *Voßkuhle* JuS 2019, 417: angelegtes, auch dynamisches Moment.

⁴⁹ Eine solche erkennt *Hesse* als zugleich anzustrebendes zweites Moment der Verfassungskonkretisierung an, aaO, Rn. 37.

⁵⁰ BVerfGE 88, 203, 256; 39, 1, 48 ff. In diesem Kontext dürfte aber die These nicht überzeugen, dass sich von vornherein hinsichtlich der Zumutbarkeit keine abstrakte/bewertende Entscheidung fällen bzw. dieselbe sich nicht feststellen ließe, so BT/Drs. 20/13775, S. 18, anders schon BVerfGE 88, 203, 275 f. Allerdings regen auch die Feststellungs- und Abgrenzungsprobleme dazu an, jedenfalls in der Frühphase – wie bisher – von einem Feststellungsbedarf abzusehen.

⁵¹ Hierzu m.w.N. etwa *Schuchmann* medstra 2024, 10, 12 ff.

⁵² Siehe nochmals BVerfGE 88, 203, 253 f.



aa) Zu nennen sind die auch vom Entwurf zitierten völkerrechtlich basierten Voten für einen weitergehenden Verzicht auf rechtliche Verbote und Vorgaben für Schwangerschaftsabbrüche auf Verlangen.⁵³ So sind das Grundgesetz (etwa Art. 1 Abs. 2 GG) und das BVerfG⁵⁴ gewillt, Entwicklungen des internationalen oder europäischen Menschenrechtsschutzes als Inspirationsquelle für die Auslegung des Grundgesetzes zu nutzen. Unabhängig davon, dass das BVerfG eine stets vorrangige Stellung des Völkerrechts ablehnt, hat das Gericht etwa für die Sicherungsverwahrung das Verhältnis der Schutzpflicht auch für das Rechtsgut Leben vor (möglicherweise) gefährlichen Straftätern zu den Freiheitsinteressen der Sicherungsverwahrten in kurzer Frist überdacht und seine Rechtsprechung angepasst, indem es unverhältnismäßige bzw. im Ausmaß nicht hinreichend zu begründende Rechtseingriffe bei der Sicherungsverwahrung nunmehr ausgeschlossen hat.⁵⁵ Es trifft zwar zu, dass die Aussagekraft und Verbindlichkeit einer ständigen Rechtsprechung des – hier zurückhaltenden⁵⁶ – EGMR eine andere ist als die der vorliegenden Stellungnahmen, die zum Teil keine Relation zu einem Schutz des Lebensrechts leisten.⁵⁷ Gleichwohl dürfte es im Rahmen einer *völkerrechtsfreundlichen Rechtsordnung* eine Selbstverständlichkeit sein, die im Jahre 1993 so noch nicht vorhandenen Überlegungen des internationalen Rechts in die Auslegung des Grundgesetzes erwägend einzubeziehen.

bb) Ferner sollte der Gesetzgeber dem BVerfG zutrauen, dass es auch das vielfach gewandelte Schrifttum zur Bedeutung einer reproduktiven Autonomie insbesondere der Frauen⁵⁸ als Ausdruck einer gestiegenen Sensibilität für die Legitimierbarkeit fundamentaler fremdnütziger Pflichten im Umgang mit dem eigenen Körper wahrnehmen und bedenken wird.⁵⁹

cc) Zu guter Letzt weist der Gesetzentwurf eine Reihe von neuen empirischen Erkenntnissen etwa zu den typischen Umständen der Entscheidung für oder gegen eine Schwangerschaft⁶⁰ und zu den Erfahrungen mit liberaleren Regelungen im Ausland⁶¹ nach. Auch diese können für die Verfassungsaus-

⁵³ Zu diesen siehe weiterführend BT/Drs. 20/13775, S. 19 f.; zum ganzen im Überblick näher m.w.N. Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Starski*, 2024, S. 221 ff.

⁵⁴ Dazu vor allem BVerfGE 128, 326, 367 ff.

⁵⁵ Dazu erneut nur BVerfGE 128, 326.

⁵⁶ Im Überblick siehe hierzu m.w.N. MüKo-StPO/*Gaede*, Bd. 4, 2. Aufl., 2025, Art. 2 EMRK Rn. 19.

⁵⁷ Dazu reflektiert m.w.N. Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Starski*, 2024, S. 225 ff., 269 ff. und ferner betonend *Duttge medstra* 2024, 4, 5 f.; *Rostalski ZfL* 2024, 95, 98 f.

⁵⁸ Zu diesem im Überblick und selbst eingehend etwa *Klein*, Reproduktive Freiheiten, 2023. Siehe aber nun mit der These, Frauen handelten einstweilen ohne allseits gute Bedingungen für das Aufwachsen des Kindes auch im privaten Umfeld in „prekärer Selbstbestimmung“, was das geltende Recht zu vermeiden helfe: *Rostalski medstra* 2024, 2.

⁵⁹ Siehe auch zu den Weiterentwicklungen im Umgang mit dem Kriterium des Geschlechts BVerfGE 147, 1: Schutz auch von Menschen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen.

⁶⁰ BT/Drs. 20/13775, S. 17 und 19; ferner gerade zur Fehlannahme eines oftmals leichtfertigen Vorgehens Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Hahn*, 2024, S. 83, 85 ff.

⁶¹ Zu den vorliegenden Eindrücken Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Weißer*, 2024, S. 289 ff.; ferner zum französischen Verfassungswandel *Pohlreich medstra* 2024, 152 und auch zum weiterhin keine vergleichbare Schutzpflicht anerkennenden US-Recht *Wörner/Aktas medstra* 2024, 140.



legung Relevanz entfalten, weil das BVerfG selbst gebietet, das Recht des Schwangerschaftsabbruchs auf eine hinreichende Faktenerhebung zu stützen.⁶²

3. Kein positives Beherrschungsrecht über ein fremdes Leben

Gegen die geltend gemachte Begrenzung der Reichweite der Austragungspflicht wird man auch nicht einwenden können, dass damit ein allgemeines Beherrschungsrecht über ein fremdes Leben anerkannt würde.⁶³ Es ist zwar nicht zu verwischen, dass der Abbruch im Ergebnis eine regelmäßig durch aktive Schritte eingeleitete Beendigung ungeborenen Lebens bedeutet, die nach dem Regelungsvorschlag rechtmäßig wäre.⁶⁴ Gleichwohl geht es insoweit nicht darum, eine allgemeine Unterordnung oder eine beliebige Verfügbarkeit des ungeborenen Lebens und damit eine prinzipielle Abwertung seiner Würde zum Ausdruck zu bringen. Vielmehr geht es um die Befugnis, die vom ungeborenen Leben ausgehenden Veränderungen des höchstpersönlichen eigenen Körpers gleichsam abwehren zu dürfen, wenn die Schwangere nicht bereits zu ihrer Hinnahme verpflichtet ist. So wie bei den bisher bereits anerkannten Fällen der Unzumutbarkeit gemäß § 218a Abs. 2 und 3 StGB wird hier nicht behauptet, dass die Schwangere das fremde Leben beherrschen dürfe. Vielmehr entfällt die Pflicht „zum Austragen des Kindes“, die nach der Rechtsprechung des BVerfG so untrennbar mit dem „Verbot des Schwangerschaftsabbruchs“ verbunden ist,⁶⁵ dass das Verbot ohne eine solche Pflicht nicht aufrechterhalten werden kann. Der Frau wird gestattet, sich den angelegten und ihrerseits folgenreichen Rückwirkungen auf ihren Körper ggf. aktiv vermittelt zu entziehen – ohne eine qualifiziert begründete Austragungspflicht darf sie die Duldung und Unterstützung der Schwangerschaft tätig verweigern.

4. Versorgungssicherheit und Mitwirkung an rechtswidrigen Akten

Ergänzend streiten für die dargelegte Position auch die Halbierung der Abbrüche durchführenden Einrichtungen und die Indizien für offenbar regional bestehende Versorgungslücken, die im Zuge anstehender Pensionierungen etwa in Bayern über das allgemeine Phänomen des Fachkräftemangels hinaus zunehmen dürften.⁶⁶ Es steht zwar nicht außer Streit, wie ausgeprägt sich die Versorgungsproblematik gestaltet, und die Kausalität der strafrechtlichen Regelung ist nicht durch Studien be-

⁶² Dazu erneut etwa BVerfGE 88, 203, 254.

⁶³ Zu seiner Ablehnung nochmals BVerfGE 88, 203, 255 f. und nachdringlich *Duttge medstra* 2024, 4.

⁶⁴ Siehe auch *Duttge medstra* 2022, 205, 212.

⁶⁵ BVerfGE 88, 203, 253: „Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes sind zwei untrennbar verbundene Elemente des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes.“ Zur Entbehrlichkeit eines Beherrschungsrechts für eine eingeschränkte Schutzpflicht siehe auch *Enders*, FS Dreier, 2024, S. 769, 781 ff.; zum nicht zu überschätzenden aktiven Moment des Abbruchs auch schon BVerfGE 88, 203, 338, 351 f. (*Mahrenholz* und *Sommer*).

⁶⁶ Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Hahn*, 2024, S. 113 ff.; BT/Drs. 20/13775, S. 17 f.; *Frommel medstra* 2024, 19, 20, 21 f.; LK-StGB/*Lindemann*, 13. Aufl., 2023, Vor §§ 218 ff. Rn. 56 und die Stellungnahme *Baier* zur Anhörung.



legt.⁶⁷ In der normativen verfassungsrechtlichen Perspektive sind aber angesichts der schon vom BVerfG betonten notwendigen Realitätsnähe bereits die bestehenden Indizien für Versorgungsmängel relevant: Sie gebieten, anders als in den Jahren 1975 und 1993, eine besondere Belastung der mitwirkenden Heilberufe zur Kenntnis zu nehmen: Der bisherige Regelungsansatz mutet Heilberufsangehörigen zu, ihre Hand zu einem jedenfalls für die Schwangere *de lege lata* rechtswidrigen Verhalten zu reichen. Wollen sie das Anliegen betroffener Frauen unterstützen, lässt sich ihnen nach wie vor verhalten, sie würden ein im Strafrecht als rechtswidrig bestätigtes Verhalten unterstützen.⁶⁸ Heilberufsangehörigen, die in einem Konflikt (siehe nur § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SchKG) zur Hilfe bereit sind, wird damit eine Zumutung aufgebürdet, die absehbar die Bereitschaft zur Hilfe beeinträchtigen kann.⁶⁹ Dies ist für die Versorgungssicherheit auch von besonderer Bedeutung, weil die Versorgung bekanntlich auf freiwilliges Handeln angewiesen ist (siehe § 12 Abs. 1 SchKG).

Zeigt sich in einer solchen Lage aber eine beträchtlich sinkende Hilfsbereitschaft und offenbaren sich gar regionale Lücken bei der hinreichenden Patientinnenversorgung, deren Gründe nicht absehbar monokausal geklärt und behoben werden können, muss auch der plausible rechtliche Beitrag zur Versorgungslage einer Prüfung unterzogen werden. Jedenfalls dann, wenn keine tauglichen anderweitigen Regelungen oder Schritte die Aussicht auf eine realistische Patientinnenversorgung wieder festigen, legt auch die Vermeidung einer abschreckend wirkenden belastenden Einbindung in rechtswidrige Akte ein Überdenken der älteren Rechtsprechung nahe.

III. Realistische Einschätzung der Abkehr vom StGB

Soweit man ein Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in der Frühphase – anders als es hier dargelegt wurde – für weiterhin legitimierbar halten wollte, sollte man die strafrechtliche Differenz zwischen der erstrebten Neuregelung und dem *Status quo* nicht überschätzen. Im Einzelnen:

1. Übernahme der Indikationslösungen und Ausbau des Schutzes gegen Dritte

Zunächst wird die strafrechtlich umgesetzte Schutzpflicht jenseits der Frühphase bestätigt; das Indikationenmodell des § 218a Abs. 2 und 3 StGB wird in § 14 SchKG-E fortgeführt und nur wohlbegründet beim Sonderfall der kriminologischen Indikation nachvollziehbar zeitlich erweitert⁷⁰. Hinsichtlich der Rechtseingriffe dritter Personen zieht der Entwurf zudem Früchte aus der vorgeschlagenen ge-

⁶⁷ Siehe krit. etwa zur Bedeutung der – dramatisch – zurückgegangenen Meldestellen die Stellungnahme *David* zur Anhörung und *Duttge* medstra 2024, 4, 8 f.; *Scharf/Rosenberg* medstra 2023, 205, 207.

⁶⁸ Dies gilt auch dann, wenn man BVerfGE 98, 265, 297 ff. infolge der Einordnung als von Art. 12 GG geschütztes Verhalten die Aussage entnehmen wollte, das Handeln *der Heilberufsangehörigen* selbst sei rechtmäßig, dafür *Frommel* medstra 2024, 19, 24 f. Siehe aber einschränkend zum Gebrauch des Wortes rechtswidrig m.w.N. *Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Dießner*, 6. Aufl., 2021, Rn. 936.

⁶⁹ Siehe entsprechend zustimmungswürdig BT/Drs. 20/13775, S. 17: bisheriges Recht setzt auf Stigmata und Abschreckung.

⁷⁰ Zur Verlängerung der Frist auf 15 Wochen bei der kriminologischen Indikation BT/Drs. 20/13775, S. 5; so zuvor schon Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Wörner*, 2024, S. 321, 324 und Empfehlung 9.2.2.



trennten Regelung zur Schwangeren: Er richtet das Delikt klarer auf das Rechtsgut des ungeborenen Lebens aus und schafft neue Gefährdungserfolgstatbestände. Insbesondere verdeutlicht der Entwurf mit einem im Vergleich zur derzeitigen Regelung deutlich höheren Strafrahmen von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe, dass in der Beendigung ungeborenen menschlichen Lebens ein besonders ausgeprägtes schuldhaft verwirklichtes Unrecht liegen kann. § 218 StGB wird insoweit alles andere als abgeschafft, der Schutz des ungeborenen Lebens gegenüber Eingriffen Dritter wird vielmehr spürbar erweitert.

2. Zurücknahme eines nichtstrafrechtlichen Verbots

Die Hauptdifferenz zur derzeitigen Rechtslage liegt darin, den Schwangerschaftsabbruch in der Frühphase im Fall einer beachteten Beratungslösung für *rechtmäßig* zu erachten. Der geltenden Rechtslage ist es gerade ein wesentliches Anliegen, ein Tötungsrecht und damit die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs jenseits spezieller Unzumutbarkeitsfälle zu versagen;⁷¹ vielmehr scheint das Strafrecht das Lebensrecht des Fetus mit seinen Mitteln zu bekräftigen.

Schon diese Lösung muss aber eingestehen, dass der bisher durch § 218a Abs. 1 StGB verfügte Tatbestandsausschluss den Abbruch der Schwangerschaft auf Verlangen der Schwangeren in der Frühphase gerade nicht mehr als *Unterfall des Strafrechts* einordnet. Mit der längst akzeptierten Lösung ist zwar eine offene Preisgabe des Lebensrechts vermieden;⁷² nach einer Beratung in der Frühphase wird aber das Druckmittel der Strafsanktion – im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG⁷³ – gerade nicht mehr eingesetzt. Wird der Zugriff des Strafrechts – so wie bisher – bereits tatbestandlich über ein sog. negatives Tatbestandsmerkmal verneint, existiert schon heute *keine* gerade strafgesetzliche Verhaltensnorm mehr, die das Lebensrecht des Ungeborenen bekräftigt.⁷⁴ Vielmehr wird in der Frühphase lediglich ein allgemeineres Verbot der Rechtsordnung vorausgesetzt, welches nicht mehr zu den durch Straftatbestände geschützten unverbrüchlichen Normen unseres Gemeinwesens gezählt wird: In der Frühphase unterfällt nur der Schwangerschaftsabbruch jenseits der Beratungslösung tatbestandlich dem Strafrecht. Nicht erst die nun vorgeschlagene Verlagerung in ein nicht primär strafrechtliches Fachrecht nähme dem Strafrecht insoweit seinen Zugriff.⁷⁵

⁷¹ Siehe auch erneut BVerfGE 88, 203, 258, 261 f., 264 ff., 268 („wachgehaltenen Orientierung über die verfassungsrechtlichen Grenzen von Recht und Unrecht“), 272 und 273.

⁷² Unter diesem Aspekt als Prozeduralisierung lobend und verteidigend etwa m.w.N. Saliger/Tsambikakis/Schweiger, *Strafrecht der Medizin*, 2022, § 7 Rn. 44 ff.

⁷³ So hatte schon das Gericht betont, dass die strafrechtliche Repression wenig ermutigend ausfalle (BVerfGE 88, 203, 263) und das Zusammenwirken mit der Frau vorzugswürdig sei (BVerfGE 98, 265, 304), hervorhebend BT/Dr. 20/13775, S. 6.

⁷⁴ Dazu auch schon BVerfGE 88, 203, 338, 355 f. (Mahrenholz und Sommer) im Anschluss an *Eser*. Siehe auch der – weitgehende – Schluss bei NK-StGB/Merkel, 6. Aufl., 2023, § 218a Rn. 63 f.: tatsächlich sei die Rechtmäßigkeit schon eingetreten; für eine Duldung ferner LK-StGB/Lindemann, 13. Aufl., 2023, Vor §§ 218 ff. Rn. 55. Zur Begrenzung der Bezeichnung als „rechtswidrig“ in der zivilrechtlichen Rechtsprechung auch bereits m.w.N. Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Dießner, 6. Aufl., 2021, Rn. 936.

⁷⁵ Zur Gesetzgebungskompetenz könnte man insoweit aber erwägen, ob die Verlagerung in ein nur noch abrundend strafrechtlich ergänztes Fachgesetz den zuvor bei der Regelung im StGB deutlicher sichtbaren Sachzusammenhang zum Straf-



3. Vorherige weitgehende Akzeptanz durch mangelnde Sanktionierung

Zugleich dürfte die Regelung des Tatbestandsausschlusses gerade *im Strafrecht* in der oft gröberen öffentlichen Wahrnehmung den verbreiteten und offenbar zweckveranlassten Eindruck erwecken, der beratungsbasierte Abbruch in der Frühphase verletze zunächst einmal eine gerade strafrechtliche Norm; in jedem Falle verbleibt nach dem geltenden Recht mindestens gegenüber der Schwangeren die Bewertung als rechtswidrig nach dem staatlichen Recht.

Gleichwohl untergräbt auch bisher schon der Verzicht auf effektive Sanktionen⁷⁶ die Wirkpotentiale, die der aktuellen Regelung im StGB zugesprochen werden können: Trotz der scheinbar notwendigen Kontextualisierung mit dem Strafrecht wird das Rechtswidrigkeitsurteil sogleich entwertet, indem der Schutz des menschlichen Lebens für die Bevölkerung einsehbar und erfahrbar nicht als wertvoll genug behandelt wird, um dem Verhalten mit Sanktionen entgegenzutreten: Faktisch betrachtet darf sich das scheinbare strafrechtliche Unrecht ereignen; mit Zustimmung des BVerfG wird ihm im Rahmen der Beratungslösung in gut 95 % der registrierten Schwangerschaftsabbrüche keine Strafe expressiv entgegengestellt. Die vom BVerfG selbst an anderer Stelle seiner Entscheidung betonte Überlegung, dass das „Rechtsbewußtsein [...] durch widersprüchliche rechtliche Bewertungen verunsichert“⁷⁷ werde, wird es auch seinem eigenen Ansatz entgegenhalten müssen.⁷⁸ Erst recht ist es unerschwinglich, dem geltenden Recht zuzutrauen, die kollektive Verantwortung des Staates für kinderfreundliche Lebensbedingungen wach zu halten oder gar zu stabilen Partnerschaften beizutragen,⁷⁹ gerade weil sich der Staat bisher mit dem abstrakten rechtlichen Verbot und einem moralischen Appell aus der Affäre ziehen kann.

recht ausschließen könnte (zur Berufung auf die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs BT/Drs. 20/13775, S. 21). Indessen bleibt es vor dem Hintergrund der bundesrechtlich ansetzenden Schutzpflichten richtig, dass der insbesondere an § 14 SchKG-E und § 218 StGB-E wieder ablesbare Sachzusammenhang zwischen dem materiellen Regelungskonzept und den sodann verbleibenden strafbaren Konstellationen eine bundeseinheitliche Regelung erzwingt. Lediglich die Form und die Reichweite der Pönalisierung änderten sich. Im Übrigen liegt hier, in der Reichweite der Entkriminalisierung, auch ein absichtsvoller Regelungsverzicht i.S. von BVerfGE 98, 265 vor.

⁷⁶ Insoweit lässt sich nur auf den ersten Blick einwenden, dass andere Rechtsfolgen wie die Versagung einer Leistung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung immerhin die fortwährende Bedeutung des Rechtswidrigkeitsurteils bestätigen und insofern kompensierend wirken. Die Leistungsversagung kann zwar effektiv die Freiheit beschneiden und faktisch den mangelnden Abbruch begünstigen. Sie ist aber keine generalpräventiv wirksam werdende Bekräftigung des Normgehalts. Ebenso wäre es ein Armutszeugnis für den Schutz des ungeborenen Lebens, wenn er zu seiner Durchsetzung gerade auf die Mittellosigkeit der betroffenen Schwangeren oder auf ihre Unbeholfenheit mit komplizierteren Anträgen gezielt setzen müsste. Schließlich ist die effektive Abstützung auf Rechtsfolgennachteile, wie die mangelnde finanzielle Unterstützung des Staates, durch den Rückgriff auf anderweitige Sozialleistungen bei einer entsprechenden Bedürftigkeit gemäß § 19 SchKG seit langem durchbrochen.

⁷⁷ BVerfGE 88, 203, 278.

⁷⁸ Siehe auch noch BVerfGE 39, 1, 58: „Entfällt die Drohung mit Strafe allgemein, wird notwendig im Bewußtsein der Staatsbürger der Eindruck entstehen, in allen Fällen sei der Schwangerschaftsabbruch rechtlich erlaubt und darum auch sozialethisch nicht mehr zu billigen. Der ‚gefährliche Schluß von der rechtlichen Sanktionslosigkeit auf das moralische Erlaubtsein‘ (Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 104) liegt zu nahe, als daß er nicht von einer großen Anzahl Rechtsunterworfenen gezogen würde.“

⁷⁹ So aber nun *Rostalski* medstra 2024, 2 und *dies.* ZfL 2024, 95, 102 ff.



Vielmehr riskiert das geltende Recht ein bedenkliches Lehrstück, aus dem die Bevölkerung auch im Allgemeinen lernen könnte, dass strafrechtliche Verbote gar nicht unverbrüchlich sind, sondern – jenseits einzelner prozessualer Entscheidungen oder Rechtfertigungen – schon im Grundsatz sanktionslos bleiben können.⁸⁰ Wer das geltende Recht verteidigt, müsste deshalb weiter bereit sein, den Preis einer akzeptierten fortwährenden prinzipiellen Infragestellung der Verbindlichkeit strafrechtlicher Normen zu zahlen; diesen Preis müsste insbesondere die Achtung vor dem ungeborenen Leben entrichten. Der Entwurf bietet demgegenüber die Chance, die *mixed messages* des StGB zu beenden. Mit einer sodann konsequenten Verfolgung der verbleibenden Straftaten des Schwangerschaftsabbruches ließe sich die Bedeutung des ungeborenen Lebens auch strafrechtlich in sich schlüssig unterstreichen.

IV. (Weitere) Fragen der konkreten gesetzlichen Umsetzung

Nicht nur die grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Neuregelung, sondern auch ihre konkrete Umsetzung und damit zugleich die Reichweite des Neuansatzes bedürfen einer Prüfung. Insofern wirft der Entwurf aber angesichts seiner Vorbereitung durch eine gründlich beratende Kommission nur vergleichsweise wenige Fragen auf. Gleichwohl soll hier die ausdrückliche Beschränkung der Neuregelung auf die Frühphase behandelt werden (1.). Zudem ist zu erörtern, ob nicht innerhalb einer die Rechtmäßigkeit verbürgenden Beratungs- und Fristenlösung eine stärkere prozedurale Hinwendung zum Schutz des ungeborenen Lebens geboten sein könnte (2.). Ergänzend sind die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Neuregelungen anzumerken (3.).

1. Begrenzung und Bemessung der Frühphase

Der Entwurf beschränkt sich im Wesentlichen darauf, aus der von ihm im Kern geltend gemachten Aufwertung der Rechtsposition der Schwangeren für die Frühphase der Schwangerschaft Konsequenzen zu ziehen. Auch und gerade dann, wenn man diese Aufwertung teilt (dazu II.), erhebt sich aber die – im Entwurf nur knapp behandelte⁸¹ – Frage, ob nicht weitere Phasen der Schwangerschaft und damit insbesondere diejenige bis zum Beginn der extrauterinen Lebensfähigkeit (vermehrt) von strafbewehrten Verboten freigestellt werden müssten bzw. die bisherige Grenze der zwölf Wochen zu überzeugen vermag.⁸² Dies gilt, zumal die Schwangerschaft auch nach der zwölften Woche fundamentale Veränderungen und ausgeprägte Belastungen für die Schwangere mit sich führt.

⁸⁰ Das Problem der symbolisch bleibenden, erodierenden Wirkung greift auch BT/Drs. 20/13775, S. 21 zu Recht auf.

⁸¹ BT/Drs. 20/13775, S. 18 und 22.

⁸² Siehe etwa für eine weitergehende Abkehr vom Strafrecht etwa nach dem Ansatz des djb m.w.N. *Schuchmann medstra* 2024, 10 ff. Auch der Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Wörner*, 2024, S. 321 ff. hält die Entkriminalisierung in der zweiten Phase der Schwangerschaft für möglich, siehe dort begründend Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/*Brosius-Gersdorf*, 2024, S. 165, 203 ff.



Gleichwohl ist dem Entwurf ein rechtswissenschaftlicher Einwand nicht zu machen, wenn er eine Verbotsbefugnis des Gesetzgebers für das zweite und dritte Trimenon im Anschluss an die Kommissionsvorarbeiten akzeptiert und insofern – kontinuierlichwährend – eine Grenze am Ende der Frühphase setzt. Die bisher zur Begründung herangezogene Vorstellung eines sukzessive anwachsenden Lebensrechts des ungeborenen Fetus wird zwar bestritten.⁸³ Die vom Entwurf verfolgte zeitliche Differenzierung ist aber jedenfalls überzeugend mit dem Umstand zu begründen, dass die Schwangerschaft andauernd und ohne staatlichen Zwang fortgeführt wurde [siehe auch schon B. II. 2. a)]. Lässt eine Frau, welche einen Abbruch wählen konnte, die Schwangerschaft auch über die Phase der (Selbst-)Erkenntnis hinaus gewähren und fördert sie so die weitere Annäherung an die eigenständige Lebensfähigkeit oder gar ihren Eintritt, lässt sich eine ausgeprägtere Verantwortlichkeit gegenüber dem ungeborenen Leben bejahen, welche die Zumutbarkeit rechtlicher Pflichten unterfüttert. Hier muss aber – auch angesichts einer möglichen anfänglichen Verdrängung der Schwangerschaft – Raum dafür sein, die Zumutbarkeit einzelfallbezogen – so wie es vorgesehen ist – nach den § 218a Abs. 2 und 3 StGB bzw. § 12 Abs. 3 und 4 SchKG-E zu verneinen.

Schließlich ist gegen die gewählte Frist von zwölf Wochen nichts zu erinnern. Richtig ist zwar, dass diese Frist eine Typisierung ausmacht. Ohne eine solche kommt jedoch keine Regelung und insbesondere auch das geltende Recht nicht aus.⁸⁴ Zudem markiert die Frist in der Sache das Ende einer Phase, in der sich mit der Erkenntnis der Schwangerschaft rechnen lässt und in der auch eine hinreichende Frist zur Entscheidung vorhanden sein dürfte. Der gewählte Zeitpunkt setzt sich überdies – im Sinne der im Detail bestehenden Unsicherheiten – vorsorglich und deutlich vom Zeitpunkt der von der Frau zugelassenen extrauterinen Lebensfähigkeit ab. Steht man nicht auf dem jede Mitverantwortung der Schwangeren ausblendenden Standpunkt, dass Rechtspflichten gegenüber dem ungeborenen Leben für die Schwangere *stets* unzumutbar seien, gibt es auch keine im Entwurf zu beachtende Rechtspflicht, den beratungsgegründeten Schwangerschaftsabbruch auf Verlangen umfassend zu entkriminalisieren und rechtlich anzuerkennen. Im Übrigen bliebe die Schwangere nach § 14 Abs. 4 SchKG-E und § 218 Abs. 3 StGB-E nach wie vor straffrei.

2. (Un-)Zureichende Beratungslösung

Hält man eine die Rechtmäßigkeit vermittelnde Beratungslösung für zulässig, ist damit noch nicht bestimmt, ob für diese Beratung verfassungsrechtlich zwingende Vorgaben gelten und ob man ggf. unabhängig von diesen Vorgaben eine bestimmte Regelung der Beratung vorziehen sollte.

⁸³ Gegen diese statt vieler etwa *Duttge medstra* 2022, 207 und *Rostalski ZfL* 2024, 95, 99 ff. (dann widersprüchlich mit der These, dass die Tatbestandslosigkeit nach § 218a Abs. 1 StGB auch auf einem infolge der frühen Entwicklungsphase des Ungeborenen geringer gewichtigen Fehlverhalten beruhe).

⁸⁴ Der Umstand, dass das geltende Recht keine Rechtmäßigkeit verbürgt, führt insoweit zu nichts anderem, zumal die Frist noch immer schon heute konstitutiv über das Modell der Schutzpflichtenerfüllung entscheidet: Beratungslösung oder strafbewehrte Verbote.



Die vorgeschlagene fristgebundene Beratungslösung orientiert sich insoweit grundsätzlich am bisherigen, verfassungsgerichtlich abgesicherten Modell. Sie verschiebt aber – im Einklang mit ihrer verfassungsrechtlichen Grundposition – Akzente, indem die Beratung explizit nicht ausschließlich dem Schutz des Lebens, sondern auch „der Gesundheit und dem Selbstbestimmungsrecht der Frau“ dienen soll (§ 5 Abs. 1 S. 3 SchKG-E). Im Rahmen der näheren Bestimmungen wird die grundsätzliche Pflicht zurückgenommen, die Gründe des erwogenen Schwangerschaftsabbruchs zu offenbaren („auf Wunsch“, § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SchKG-E). Die seit längerem in der Kritik stehende Pflicht, im Anschluss an die Beratung drei Tage warten zu müssen, soll entfallen. Insgesamt werden prozedurale Vorgaben merklich auch unter dem Aspekt beurteilt, dass sie „Hindernisse beim Zugang zu einem sicheren Schwangerschaftsabbruch“⁸⁵ darstellen.

Es lässt sich erwägen, ob die entworfenen Regelungen einer ggf. verfassungsrechtlich erzwungenen Optimierung bedürfen. Hierfür bestünde auch aus der Perspektive der Rechte schwangerer Personen grundsätzlich Raum.⁸⁶ Denn Schutzinstrumente, die weich-paternalistisch auf eine langfristig autonome Entscheidung der Schwangeren gerichtet sind und/oder absichern sollen, dass der Schwangeren die eigenständige Schutzwürdigkeit des ungeborenen Lebens tatsächlich bewusst ist, sind schwerlich von vornherein als ein den Schwangeren nicht zumutbarer Eingriff in ihre Freiheitsrechte zu bewerten. Auch der Entwurf selbst strebt an, die „notwendigen Rahmenbedingungen“ zu „schaffen, die eine verantwortliche Entscheidung für oder gegen die Fortsetzung der Schwangerschaft ermöglichen“⁸⁷; dies dürfte das Bewusstsein von einem heranwachsenden anderen Leben voraussetzen. Enthält sich der Staat einer das Ergebnis vorgebenden Druckausübung und setzt er auf reine Informationsvermittlung, lässt sich eine zusätzlich zu regelnde Ansprache der Schwangeren hinsichtlich des verfassungsrechtlich wertvollen menschlichen Lebens ernsthaft als geeignet erwägen. Zumal es nicht selbstverständlich ist, dass in jedem Einzelfall eine hinreichende Reflexion eintritt, könnte es auch erforderlich und angemessen sein, eine Informationspflicht explizit vorzusehen. Damit die Information und die Beratung im Ganzen eine realistische Chance haben, ihre Wirkung entfalten zu können, könnte ferner eine ggf. gekürzte Wartepflicht im Anschluss an die Beratung als vorzugswürdig oder gar geboten erachtet werden.⁸⁸

Eine Pflicht zu einer solchen stärkeren prozeduralen Abstützung könnte man wieder aus der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ableiten wollen, die auch zur Beratung Vorgaben gemacht hat, welche sich etwa in § 219 Abs. 1 StGB wiederfinden.⁸⁹ Eine Beratung, die nicht mehr allein dem ungebore-

⁸⁵ BT/Drs. 20/13775, S. 17.

⁸⁶ Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin/Brosius-Gersdorf, 2024, S. 165, 205 ff. und Empfehlung 9.5 – Beratungspflicht und Wartepflicht möglich. Siehe auch BVerfGE 88, 203, 267: Appell an ihre Verantwortung sei mit der Achtung vor der Frau und Mutter zu vereinbaren, 283 f.

⁸⁷ Siehe jeweils BT/Drs. 20/13775, S. 18.

⁸⁸ Siehe auch BVerfGE 88, 203, 286: Abbruch darf der Beratung nicht auf dem Fuße folgen.

⁸⁹ Siehe etwa zur Pflicht, in Konfliktlagen die Frau zu unterstützen, um sie für das Austragen des Kindes zu gewinnen, BVerfGE 88, 203, 257, 259 („Umständen nachzugehen, die die Lage der schwangeren Frau und der Mutter zu erschweren



renen Leben dient und die nicht mehr zwingend an den für die Schwangere entscheidenden Abbruchgründen ansetzen kann, mag in diesem Licht als übermäßige Schwächung des Lebensschutzes Kritik erfahren.

Allerdings wird man keine gesetzgeberische *Pflicht* zu einer wie beschrieben zugespitzten Ausgestaltung der Beratung zugrunde legen dürfen:

Zunächst kann sich eine novellierte Beratung von der bisherigen Ausgestaltung durch das BVerfG unterscheiden, weil der Entwurf deren Prämisse einer weiten Austragungspflicht gerade nicht mehr teilt. Ferner streitet gegen eine verfassungsrechtliche Pflicht zu weitergehenden Vorgaben insbesondere der Umstand, dass sich eine auf den Lebensschutz vorrangig ausgerichtete Beratung schwerlich durchhalten lässt; dies zeigt schon die bestenfalls kompromisshafte aktuelle Regelung der Beratung, die in ihrer Umsetzung bereits heute übertriebene Erwartungen zugunsten der Bewahrung des ungeborenen Lebens nicht erfüllen kann.⁹⁰ So muss die Beratung stets ergebnisoffen sein (§ 5 Abs. 1 S. 1 SchKG) – sie darf gerade nicht in der Sache zu einer Indoktrination etwa hinsichtlich einer bestimmten Sicht auf das ungeborene Leben mutieren (§ 5 Abs. 1 S. 3 SchKG). Ebenso erkennt § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SchKG schon heute *keine* durchsetzbare Pflicht zur Preisgabe der Gründe für den Schwangerschaftsabbruch an;⁹¹ im Kern läuft die Beratung auf eine freie Entscheidung der Frau hinaus (§ 219 Abs. 1 S. 2 StGB am Ende).

Es kommt hinzu, dass das Parlament schwerlich noch immer verpflichtet werden kann, mit einer Regelung zum Ausdruck zu bringen, man traue insbesondere Frauen nicht von selbst das Bewusstsein zu, dass der Schwangerschaftsabbruch das Schicksal einer auch eigenständig zu durchdenkenden anderen Existenz betrifft. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der mit den Händen zu greifende Konflikt der Frau längst vor Augen steht. Lediglich bei Minderjährigkeit, Erkrankungen oder anderweitig begründeten Verständnisdefiziten können weitergehende Informationen erforderlich und angemessen sein. Eben diese ermöglicht und gebietet aber schon der unverändert bleibende § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchKG: Er verlangt den – nach dem SchKG spezifisch zuzulassenden – Beratungsstellen ab, jede nach Sachlage des Einzelfalles erforderliche Information in die konkrete Beratung einzubeziehen.

geeignet sind“), 264 und 267 („Appell an ihre Verantwortung“), 270 ff. und 282 ff. § 219 Abs. 1 StGB hält in diesem Sinne fest, dass die Beratung dem Schutz des ungeborenen Lebens und damit der Ermutigung dienen muss, die Schwangerschaft fortzusetzen.

⁹⁰ Duttge medstra 2022, 207, 209 f. und zu den Normen selbst NK-StGB/Merkel, 6. Aufl., 2023, § 219 Rn. 4 ff.: unaufrichtige Regelung, die einen moralischen Appell bezweckt. Durchaus realistisch zu den Ergebnissen einer Beratung auch BVerfGE 88, 203, 267 f.

⁹¹ So lautet das Ende der Norm: „der Beratungscharakter schließt aus, daß die Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft der schwangeren Frau erzwungen wird“. Zur mangelnden Bewertungspflicht auch BVerfGE 88, 203, 267 und 282 sowie BVerfGE 98, 265, 323 f.



Auch im Übrigen eröffnet die Neufassung Potentiale, die auch dem Lebensschutz zugutekommen können:⁹² So sorgt sich der Gesetzentwurf darum, dass gerade *alle* Schwangeren⁹³ von der Beratung ernsthaft und ggf. angemessen niedrigschwellig⁹⁴ erreicht werden können. Er fordert im Sinne eines auch den Gedanken der Diversität bedenkenden Rechts,⁹⁵ Ausdifferenzierungen für marginalisierte und vulnerable Gruppen vorzuhalten.⁹⁶

Soweit der Entwurf schließlich die Wartepflicht insbesondere unter Verweis auf eine nicht unplausible Verschärfung der Fristproblematik verwirft,⁹⁷ ist dies rechtswissenschaftlich angesichts der Einschätzungsprärogativen des Parlaments nicht zu kritisieren, zumal vor dem Hintergrund der bei mehreren Einrichtungen⁹⁸ zu koordinierenden Termine. Etwaige Vergleiche mit anderen medizinischen Eingriffen hinken, unter anderem weil bei einer Eilbedürftigkeit auch dort andere Maßstäbe gelten. Differenziertere Regelungen etwa für Fälle bestehender Verständnis- und insofern Verarbeitungsschwierigkeiten ließen sich zwar erwägen. Diese dürfte dann aber auch die Frist von zwölf Wochen in Frage stellen und eine abgestufte Fristverlängerung erfordern, solange die Versorgung in Deutschland in einer nennenswerten Zahl an Regionen prekär ist oder auch nur ernsthaft in Frage steht.

Im Ergebnis bleibt es im Rahmen des – nicht rechtswissenschaftlich vorzuzeichnenden – politischen Ermessens durchaus möglich, dass Abgeordnete etwa infolge einer allgemeinen Affinität zur staatlichen Vorsorge und Erziehung weiter nach einer engmaschigeren Regelung suchen möchten. Insbesondere ist es eine politische Frage, ob man schwangere Personen und damit insbesondere Frauen nur auf der Basis einer Wartepflicht einen verantwortungsvollen Umgang mit dem Thema zutraut. Rechtlich zwingend sind strengere Vorgaben aber nicht.

3. Details der neu gefassten oder erlassenen Sanktionsvorschriften

Die neuen bzw. novellierten Strafnormen und Bußgeldtatbestände setzen das Vorhaben grundsätzlich folgerichtig und systematisch einsichtig um. Allein der Rekurs auf den Willen der Schwangeren in § 218 StGB-E verschiebt infolge des mitzudenkenden Zusammenhangs mit § 14 SchKG-E auch nicht das Rechtsgut in entwürdigender Art und Weise. Allerdings ist anzumerken:

a) Das neue Gefahrerfolgsdelikt in § 218 Abs. 3 StGB-E dient dem Schutz des ungeborenen Lebens und erweitert ggf. über den Versuch (§ 218 Abs. 2 StGB-E) hinaus die Strafbarkeit hinsichtlich gefährlicher Handlungen zulasten des Fetus. Die Regelung schließt dadurch einen Teil der oftmals beklagten Schutzlücke hinsichtlich der Eingriffe durch Dritte. Eine abschließende Lösung dieses weiteren Prob-

⁹² Siehe auch die erstrebte Novellierung des § 2a Abs. 2 S. 1 SchKG-E (BT/Drs. 20/13775, S. 9).

⁹³ BT/Drs. 20/13775, S. 21.

⁹⁴ BT/Drs. 20/13775, S. 20 f.

⁹⁵ Zu den dafür streitenden Gründen etwa *Grünberger et al.*, *Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, 2021; strafrechtlich *Payandeh* DRiZ 2017, 322 und zum Strafbefehl *Gaede* StV 2023, 773.

⁹⁶ BT/Drs. 20/13775, S. 20 f.

⁹⁷ BT/Drs. 20/13775, S. 26.

⁹⁸ Zu der auch im Entwurf fortgeführten Personentrennung § 6 Abs. 1 S. 2 SchKG-E.



lemkreises strebt die Norm aber ersichtlich nicht an. Überdies steht die Norm mit ihrer Formulierung etwas schillernd zwischen einer Regelung, die für Versuchshandlungen des § 218 Abs. 2 StGB bei einem eintretenden Gefahrerfolg zu einer Strafschärfung führt und einem neuen erfolgsqualifizierten Delikt, welches für Aggressionen gegenüber der Schwangeren, dem Embryo oder dem Fetus auch ohne einen Schwangerschaftsabbruchsvorsatz ein Gefahrerfolgsdelikt formuliert. Naheliegend dürfte es sein, die Norm im Sachzusammenhang einschränkend im ersteren Sinne zu lesen. Zudem und vor allem ist ein Verbrechenstatbestand hinsichtlich (Lebens-)Gefährdungen systematisch nicht überzeugend, wenn das Verletzungsdelikt des § 218 Abs. 1 StGB-E kein Verbrechen sein soll. Hier ist eine Streichung des § 218 Abs. 3 StGB-E zu empfehlen, zumal auch im Rahmen der Versuchsstrafbarkeit die konkret eingetretenen Gefahrerfolge im Wege der Strafzumessung bedacht werden können.

b) Mit der neu geschaffenen Strafnorm des § 14 SchKG-E verdeutlicht der Entwurf, dass auch er die Grenzen der Beratungs- und Indikationslösung grundsätzlich mit strafrechtlichem Ernst setzt. Die auf der Ebene der Regelbeispiele des besonders schweren Falles propagierte Einbeziehung der Leichtfertigkeit hält sich hierbei angesichts des immer noch mittleren Strafrahmens und des in Bezug genommenen Todes bzw. der schwerwiegenden Gesundheitsschädigung im Rahmen der eher weiten gesetzgeberischen Prärogativen (siehe auch schon § 218 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB). Soweit der Entwurf mit den neuen Bußgeldtatbeständen des § 14a SchKG-E einige Pflichtanforderungen des Verfahrens, die zuvor in den flankierenden Strafnormen der §§ 218b ff. StGB aufgenommen worden waren, in Ordnungswidrigkeitentatbestände überführt, erscheint dies angesichts des befürworteten grundsätzlichen Wandels zu einer rechtmäßigen Gesundheitsleistung stimmig. Etwas bedauerlich, wenngleich über den Sachzusammenhang erklärlich, ist indes, dass § 14a SchKG-E mit der Konvention bricht, fachgesetzliche Bußgeldvorschriften am Ende des jeweiligen Gesetzes zusammenzuführen (siehe § 35 SchKG).

V. (Un-)Mögliche Regelung in dieser Legislaturperiode

Die Debatte über den Gesetzentwurf wird auch von der Frage bestimmt, inwiefern eine Regelung zum Ende der Legislaturperiode angemessen ist. Insoweit ist eine rechtswissenschaftliche Stellungnahme indes nur eingeschränkt geboten:

Zunächst sind jenseits des unmittelbar geregelten und im Nachgang zu dieser Anhörung zu beachtenden Gesetzgebungsverfahrens keine etwa aus einer „ständigen Übung“ ableitbaren verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Erörterung und Abwägung bestimmter Themen durch das Parlament ersichtlich, die hier einschlägig wären. Vielmehr akzeptiert die Parlamentspraxis selbst für die Kriminalisierung eines grundrechtlich geschützten Verhaltens das Vorgehen, erst spät von Parlamentsausschüssen vorgeschlagene Fassungen der Gesetzgebung auch ohne weitere Anhörungen zugrunde zu



legen. Es ist insoweit die Sache der in das Parlament gewählten Personen, ihren ggf. verbleibenden Vorbereitungs- und Abstimmungsbedarf einzuschätzen.

Jenseits verbindlicher Vorbereitungs- und Zeitvorgaben ist aus der rechtswissenschaftlichen Perspektive allerdings durchaus anzumerken, dass insbesondere Strafrecht auf einer rationalen und gründlichen Vorbereitung und Ausarbeitung der gesetzlichen Regelungen beruhen sollte, welche die Ernsthaftigkeit des Themas widerspiegelt. Ggf. schnell korrekturbedürftigen Ad-hoc-Veränderungen ist mit Skepsis zu begegnen.⁹⁹ Indes lässt sich hier nicht von einem solchen Negativfall sprechen, weil die fachliche Debatte gerade in dieser Legislaturperiode im staatlichen¹⁰⁰ und im nichtstaatlichen wissenschaftlichen Kontext breit und ernsthaft geführt wurde. Eine systematische Auswertung medizinstrafrechtlicher Literatur ergab allein für die Jahre von 2021-2023 insgesamt 67 Fachbeiträge in Fachzeitschriften und Sammelbänden zum Themenkomplex Schwangerschaftsabbruch.¹⁰¹ Insoweit sind mit Fug gerade auch die Positionen zur Sprache gekommen, welche den *Status quo* bisweilen scharf verteidigen.¹⁰² Der vorgelegte Entwurf, den eine sehr breite Zahl an Unterstützenden mitträgt, darf sich als Ergebnis dieser Vorarbeiten und Debatten verstehen, die empirische Erkenntnisse und rechtsvergleichende Erwägungen einbezogen haben. Das Parlament verzichtet im Übrigen gerade nicht auf die Anhörung unter Einbeziehung sachverständiger Personen. Es ist ferner bei dem heute betroffenen Thema im Angesicht der vielfältigen theologischen und moralischen Haltungen unrealistisch, eine hinreichende Vorbereitung in den Grundfragen erst dann als geleistet anzusehen, wenn ein allgemeiner Konsens über die Legalisierung erzielt werden konnte.

Erwägen kann man gleichwohl, ob die Umsetzung im Einzelnen zum Beispiel hinsichtlich der Pflichtberatung Fragen aufwirft, welche sich in der vorhandenen Zeitspanne nicht mehr befriedigend bewältigen lassen. Insoweit sollte aber entscheidend sein, ob Abgeordnete tatsächlich konkrete Änderungsvorschläge verfolgen, die sich in den zur Verfügung stehenden Gremien nicht mehr abstimmen lassen. Eine von offenen konkreten Sachfragen unabhängige rechtswissenschaftliche Empfehlung, mit einer Neuregelung zuzuwarten, lässt sich nicht geben, weil bereits das aktuell geltende und meines Erachtens nicht überzeugend legitimierte Strafgesetz in die Grundrechte schwangerer Menschen eingreift.¹⁰³ Auch das aktuell gewählte Parlament trägt für diese Eingriffe eine Mitverantwortung.

⁹⁹ Siehe etwa zur Ad-hoc-Regelung der Impfpassfälschung zum eiligen ersten Schritt kritisch *Gaede/J. Krüger* NJW 2021, 2159 und sodann zur notwendigen gründlicheren Korrektur *Gaede/J. Krüger* medstra 2022, 13.

¹⁰⁰ Zu nennen ist insbesondere die Tätigkeit der Kommission der Bundesregierung zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, die mit einem umfassenden Bericht abgeschlossen wurde und seit April 2024 ausgewertet werden kann. Siehe den Bericht unter www.bmfsfj.de/Kom-rSF, 2024.

¹⁰¹ Eingehend *J. Krüger/Weinberger* medstra 2024, 282, 285 f.

¹⁰² Zur Kritik etwa *Duttge* medstra 2022, 207; *ders.* medstra 2024, 4; *Rostalski* medstra 2024, 2; *dies.* ZfL 2024, 95; *Frommel* medstra 2024, 19.

¹⁰³ Siehe auch BT/Drs. 20/13775, S. 6: infolge des Verstoßes gegen Grundrechte der Schwangeren und internationale Verpflichtungen Deutschlands sei die Beibehaltung des *Status quo* keine Alternative.