# (K)ein guter Kompromiss

## Die Debatte über die widersprüchliche Rechtslage zu Schwangerschaftsabbrüchen

**Laura-Theresa Godau**

06.01.2025 doi: 10.59704/97ff07bfee5e678f

Nachdem zwei vorangegangene Versuche, den Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen zu erleichtern bzw. diese zu entkriminalisieren, 1975 und 1993 vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) scheiterten, beruht das aktuell geltende Recht auf dem SFHÄndG 1995 (die Beschreibung der Normgeschichte durch das BVerfG hier).

Diese Rechtslage markiert den vorübergehenden Stillstand einer politisch wie rechtlich polarisierenden Frage. Nach intensiven Debatten im Bundestag im Anschluss an die Wiedervereinigung wurde vorerst eine politische Einigung erzielt. Nachdem diese politische Einigung an der (stark kritisierten) Wertung des BVerfG scheiterte, gestaltete sich die rechtliche Umsetzung einer Beratungslösung weiterhin schwierig. Die Rechtslage seit 1995 wird daher oft als guter oder kluger „Kompromiss“ bezeichnet (z.B. hier). Die durch diesen politischen Kompromiss geschaffene genuine Rechtslage hebt sich von der sonstigen Strafrechtsdogmatik ab – der nach regelkonformer Beratung durchgeführte Schwangerschaftsabbruch verwirklicht den Tatbestand nicht und ist dennoch rechtswidrig.

Die Argumentation des BVerfG in der Abwägung zweier verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter (das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Person und der Schutz des Embryos oder Fetus (Rn. 158ff.)) wurde in der aktuellen Rechtslage auf eine Weise umgesetzt, die verfassungsrechtliche Bedenken auslöst. Warum die aktuelle Rechtslage daher – sogar unabhängig von der politischen Position und dem Inhalt der politischen Einigung – kein guter Kompromiss ist, will dieser Beitrag (auch anhand der Bundestagsdebatte) verdeutlichen.

### Ein strafrechtsdogmatischer Hürdenlauf

Zunächst eine Erinnerung an die aktuelle Rechtslage: Strafbegründende Norm ist § 218 Abs. 1 Satz 1 StGB, der Schwangerschaftsabbruch ist demnach grundsätzlich strafbar. Soweit die schwangere Person den ärztlichen Abbruch in den ersten zwölf Wochen seit Empfängnis auf eigenes Verlangen vornehmen lässt und nach der obligatorischen Beratung mindestens drei (volle) Tage gewartet hat, ist der „Tatbestand des § 218 […] nicht verwirklicht“ (§ 218a Abs. 1 StGB). Wer die Voraussetzungen dieser Beratungslösung erfüllt, bleibt straffrei. Bezüglich der verbleibenden rechtlichen Einordnung bestehen viele Unsicherheiten. Ausgehend vom Wortlaut wird § 218a Abs. 1 StGB mehrheitlich als Tatbestandsausschluss (S. 9) eingestuft, wobei auch dies nicht unumstritten ist (S. 7f.). Die Schwierigkeiten der rechtlichen Einordnung enden damit nicht: § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB definiert eine rechtswidrige Tat als eine, „die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. Obwohl im Falle von § 218a Abs. 1 StGB der Tatbestand des § 218 StGB wortlautgemäß gerade nicht verwirklicht ist, wird ein nach der Beratungslösung vorgenommener Schwangerschaftsabbruch mit Verweis auf das BVerfG 1993 (Ls. 15) als rechtswidrig eingestuft. Diese Einstufung bleibt auch bestehen bei anderen Einordnungen, die § 218a Abs. 1 StGB nicht als Tatbestandsausschluss verstehen, sondern als genuinen, prozeduralen oder faktischen Rechtfertigungsgrund (S. 58). Die Rechtswidrigkeit wird damit begründet, dass der „Schwangerschaftsabbruch für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht“ (Rn. 160) anzusehen sei. Die Folge der Rechtswidrigkeit wirft nicht nur Fragen und Probleme für die Bereitschaft von Ärzt*innen zur Vornahme der Eingriffe und Über-

nahme durch die Krankenkassen auf, sondern betrifft auch die Frage einer etwaigen Nothilfe zugunsten des Embryos/Fetus (S. 59). Denn im Falle eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs auf einen anderen darf *eigentlich* Nothilfe geleistet werden. Ohne weiter darauf einzugehen, warum dies in diesem Fall nicht möglich sein soll, hat das BVerfG aber klargestellt, dass von „Dritten Nothilfe zugunsten des Ungeborenen nicht geleistet werden kann" (Rn. 217). Begründungen hierfür wären, dass der Embryo/Fetus nicht „anderer" i.S.v. § 32 StGB wäre oder eine sozialethische Einschränkung der Nothilfe durch die Beratungslösung vorläge. Jedenfalls löst die angeordnete Rechtswidrigkeit und die hierdurch drohenden Widersprüche erheblichen Begründungsaufwand aus.

Nicht ohne Grund führt der Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags zur Regelungssystematik der §§ 218, 218a StGB aus, diese möge „auf den ersten Blick befremdlich erscheinen" (S. 8). Der nicht verwirklichte Tatbestand, der dennoch zur Rechtswidrigkeit führt, löst Verwirrungen auf Seiten von schwangeren Personen, Ärzt*innen und nicht zuletzt der Legislative in ihren Debatten um den neuen Gesetzentwurf aus. Die Inkonsistenz dieser Lage wirft die Frage auf, ob das BVerfG auch heute – circa 30 beziehungsweise 50 Jahre später – nochmals so argumentieren würde. Ob am Ende der verfassungsrechtlichen Abwägungen des BVerfG nicht auch eine andere Lösung stehen kann, ist (noch) nicht beantwortet.

## Ein neuer Gesetzentwurf - erste Lesung Anfang Dezember

Ein neuer Gesetzentwurf von 328 Bundestagsabgeordneten will genau dies: eine andere Lösung. Er orientiert sich am Bericht der von drei Bundesministerien auf Grundlage des Koalitionsvertrags berufenen und sich am 31.03.2023 konstituierten Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, bleibt aber in seinem Umfang deutlich hinter den Empfehlungen und aufgezeigten Möglichkeiten der Kommission zurück. In der ersten Lesung konzentrierten sich die Wortbeiträge häufig auf zwei Änderungsvorschläge: die vorgesehene Regelung des Schwangerschaftsabbruches im SchKG statt im StGB sowie den Wegfall der dreitägigen Wartefrist. Die hierzu vorgebrachten Wortbeiträge verdeutlichen die mit der aktuellen Lage verbundenen Mängel von Rechtseinheitlichkeit und Rechtssicherheit:

## Die „befremdliche" Regelungssystematik in der Bundestagsdebatte

Dass die aktuelle Regelungssystematik im StGB kaum einer harmonischen Auslegung zugänglich ist, wurde in der Bundestagsdebatte vor allem durch Beiträge deutlich, die sich für eine Beibehaltung der bestehenden Rechtslage aussprachen. Gesprochen wurde z.B. über das vermeintlich falsche Narrativ der Kriminalisierung und darauf verwiesen, dass § 218a StGB straflos stelle und § 218 StGB dadurch nicht mehr gelte (S. 26234–5). Die Annahme, dass § 218a Abs. 1 StGB automatisch entkriminalisiert und § 218 StGB als generelle Kriminalisierung damit keine Wirkung mehr entfaltet, greift jedoch zu kurz. Auch Straftatbestände, die Tatbestandsausschlüsse oder Rechtfertigungen vorsehen, können generell Verhalten kriminalisieren. Der weiterhin angeordnete grundsätzliche Unrechtsgehalts des Schwangerschaftsabbruchs trägt zu der generellen Kriminalisierung bei. Andere Lösungen als die grundsätzliche Kriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen existieren, wie Regelungen in anderen Staaten zeigen. Nach den Kriterien der Weltgesundheitsorganisation (WHO) liegt eine „decriminalization" (S. xiii) erst dann vor, wenn Schwangerschaftsabbrüche aus dem Strafrecht entfernt werden. In diesem Sinne spricht auch der Bericht der Expert*innenkommission mehrfach über die Möglichkeiten der Umsetzung einer Entkriminalisierung.

Weiterhin wurde in der Bundestagsdebatte ausgeführt, dass für das erste Drittel der Schwangerschaft nach aktueller Lösung, wie sie vom BVerfG vorgegeben sei, auf den Einsatz des Strafrechts verzichtet werde (S. 26235). Allein die Diskussion um die unklare strafrechtsdogmatische Einordnung des § 218a Abs. 1 StGB verdeutlicht, dass der Schwangerschaftsabbruch letztlich nach wie vor strafrechtlich geregelt ist. Darüber hinaus: Das BVerfG, auf das sich hier bezogen wird, hatte sich für die tragende Rolle des Strafrechts für den Schwangerschaftsabbruch ausgesprochen (es sei

zumindest regelmäßig der Ort für die rechtliche Verankerung (Rn. 170), beim Lebensschutz gebe es keinen freien Verzicht (Rn. 168)). Gerade diese Einordnung und Gewichtung des Schutzes des Embryos/Fetus wird – zu Recht – als eindimensional kritisiert. Zur Einordnung der obigen Aussage relevant ist zudem die Differenzierung zwischen einem Verzicht auf das Strafrecht und dem Verzicht auf eine Strafandrohung.

Als irritierend erweist sich auch der in der Debatte vorgenommene Vergleich mit der fahrlässigen Sachbeschädigung: Auch diese sei zwar rechtswidrig, aber straflos (S. 26235). Anders als der Schwangerschaftsabbruch ist die fahrlässige Sachbeschädigung aber gerade nicht im Strafrecht geregelt, sondern als zivilrechtliches Unrecht in § 823 Abs. 1 BGB. Gerade aus dem Vergleich mit der fahrlässigen Sachbeschädigung könnte gefolgert werden, dass rechtswidrig sowohl „strafrechtswidrig" als auch außerstrafrechtlich rechtswidrig bedeuten kann. So zeigt diese Interpretation des Begriffes der Rechtswidrigkeit, dass es nicht notwendigerweise einer Regelung im StGB bedarf. Die aktuelle Norm der Beratungslösung ist die einzige, die eine straflose, aber rechtswidrige Einstufung einer Handlung ausdrücklich im StGB regelt (S. 58).

Der Ausschnitt aus der Debatte im Bundestag zeigt: Selbst wenn man an der Maßgabe des BVerfG bezüglich des Unrechtsgehaltes (der einer differenzierteren Betrachtung nicht mehr standhält) festhalten wollte, handelt es sich bei der Handhabung des aktuellen § 218a StGB nicht um einen „klugen Kompromiss" (S. 26235).

Die konträren Positionen zur Frage des Schwangerschaftsabbruches verdeutlichen die Schwierigkeiten, eine konsistente normative Regelung zu finden. Dennoch führte das „Zurechtbiegen" der politischen Einigung hin zu den Vorgaben des BVerfG zu einer Rechtslage, die in ihrer Widersprüchlichkeit und Komplexität das notwendige und wohl auch das tragbare Maß an Inkonsistenz überschreitet. Dies zeigt sich besonders anhand der Einordnung des angeordneten Unrechtsgehalts bzw. der angeordneten Rechtswidrigkeit:

Entweder will die aktuelle Rechtslage den Schwangerschaftsabbruch nach Beratung trotz des nicht verwirklichten Tatbestands als strafrechtswidrig festsetzen – ein Ansatz, der der gesamten Strafrechtsdogmatik widerspricht. Eine Straflosigkeit trotz Rechtswidrigkeit wäre anders zu erreichen, etwa durch Entschuldigungsgründe oder persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe. Eine Strafrechtswidrigkeit ohne verwirklichten Tatbestand steht jedoch dem Wortlaut strafrechtlicher Normen (§§ 218 Abs. 1 Satz 1, § 218a Abs. 1 iVm § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) entgegen und wirft daher verfassungsrechtliche Bedenken auf.

Oder aber die aktuelle Rechtslage soll lediglich eine Aussage über einen außerstrafrechtlichen Unrechtsgehalt bewirken. Damit würden sich die Bedenken zur strafrechtsdogmatischen Widersprüchlichkeit erübrigen. Die Argumentation, dass die Beratungslösung durch das Strafrecht geregelt werden müsse, liefe dann allerdings ins Leere. Wie im Vergleich zur fahrlässigen Sachbeschädigung gesehen, hängt ein außerstrafrechtlicher Unrechtsgehalt (der ohnehin alles andere als ein notwendiger normativer Ausgangspunkt ist) gerade nicht vom StGB ab. Es entfiele zumindest für eine der größeren durch den Gruppenentwurf vorgesehenen Änderungen, nämlich die Regelung im SchKG statt im StGB, eines der zentralen Gegenargumente.

## Schwangere Personen als mündige Grundrechtsträger*innen in der Debatte

Eine weitere Änderung, die der Entwurf vorsieht, ist das Entfallen der dreitätigen Wartefrist. Auch hierzu äußern sich Gegenstimmen stellenweise irreführend. So nehme man den Frauen damit die Möglichkeit einer Bedenkzeit, die es vor allem auch zum Schutz der Frau gebe (S. 26241). Die Realität ist eine andere: Wenn nach der Beratung keine dreitätige Wartezeit innerhalb der 12 Wochen obligatorisch wäre, würde sich die Bedenkzeit (anders als Zeit zur Vornahme des Eingriffs) durch die vorgesehene Lösung des Gruppenentwurfes sogar um drei Tage verlängern (nicht mehr 12 Wochen minus drei Tage). Vorgebracht wurde weiterhin, dass die Beratung ohne Wartezeit ihren Sinn verliere (S. 26250). Diese Argumentation verdeutlicht, was bereits an anderer Stelle sichtbar gemacht

wurde: Während der verfassungsrechtliche Schutz des Embryos/Fetus im Vordergrund steht, wird das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Person zwar angesprochen (wenn auch im Urteil von 1993 ausdrücklich an nur einer einzigen Stelle (Rn. 2)), nicht aber mit ausreichender Ernsthaftigkeit behandelt. So würde ein Wegfall der Wartezeit auch dazu führen, dass schwangere Personen nicht länger in einem ungewollten körperlichen Zustand verbleiben müssten. Wer reproduktive Selbstbestimmung und die Rechte der schwangeren Person aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG (Rn. 158) als grundrechtlich geschützt ernst nehmen will, muss auch eine Rechtsordnung akzeptieren, die es aushält, wenn ihre mündigen Grundrechtsträger*innen sich zügig nach einer Beratung gegen eine Fortführung der Schwangerschaft entscheiden.

## Was lange währt, wird endlich g…eändert?

Insgesamt hat die Debatte um eine Änderung des *historischen* Kompromisses (S. 26242) bislang wenig Klarheit über die straf- und verfassungsrechtlichen Gegebenheiten und deren Einordnung durch die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten erbracht. Der neue Gesetzentwurf basiert auf dem Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin. Die Gegenstimmen in der Debatte wollen nach eigenen Aussagen, den „langen, befriedeten gesellschaftlichen“ (S. 26246) und „hart errungenen“ (S. 26250) Kompromiss bewahren und den Vorgaben des BVerfG gerecht werden (S. 26244). Dabei fällt jedoch auf, dass es an einer differenzierten Auseinandersetzung mit den Feinheiten der Regelungssystematik des geltenden Rechts weiterhin fehlt. Es scheint, als müssten sich selbst die Befürworter*innen der aktuellen Lage eingestehen, dass die bestehenden Regelungen nicht so „einfach[…] und klar[…]“ (S. 26234f.) sind, wie in der Debatte behauptet.

## Fazit

Die aktuelle Rechtslage erfordert einige „Kniffe“, um sie verständlich zu erklären und anwendungsfähig zu machen. Aus Publikationen im ELSA-Projekt sowie dem Kommissionsbericht gehen weitere Schwierigkeiten der aktuellen Rechtslage hervor: Neben Zugangsschwierigkeiten für schwangere Personen zu Informationen zum Abbruch sowie Ärzt*innen und Beratungsstellen besteht Verbesserungsbedarf in der Lehre über Abbrüche im Medizinstudium und der fachärztlichen Weiterbildung. Nicht zuletzt sei auch der Gesetzentwurf zu Gehsteigbelästigungen durch „Abtreibungsgegner*innen“ erwähnt. Die vorangegangenen Ausführungen zeigen beispielhaft, dass auch die Legislative die geltende Rechtslage kaum ohne widersprüchliche Argumentation zu verteidigen vermag.

Nicht nur scheint die aktuelle Regelung schwer verständlich und mitunter missverständlich. Die zugrundeliegenden Urteile sind Jahrzehnte alt, durch weit überwiegend männlich besetzte Richterbänke gefällt und basieren auf Positionen, die schon damals schon nicht unumstritten waren (siehe abweichende Meinungen durch drei Richter*innen 1993). Diese Positionen wurden vor allem dafür kritisiert, dass sie maßgeblich auf individuelle sittliche Überzeugungen geprägt seien (Rn. 413). Mittlerweile sind sie jedenfalls einer Neubewertung zugänglich. Wenn also weder die Bewertung des Selbstbestimmungsrechts noch die Anordnung der Rechtswidrigkeit durch das BVerfG zwingend sind, die aktuelle Lage mehrdeutig ist und es ein gesamtgesellschaftliches Bedürfnis zur Entkriminalisierung gibt, warum wird dann an einem Kompromiss festgehalten, der – aufgrund der durch seine Umsetzung ausgelösten Inkonsistenzen – kein guter Kompromiss ist, nie einer war und vermutlich nie einer werden wird?

AUTOR*IN

**Laura-Theresa Godau**
Laura-Theresa Godau ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für internationales Seerecht und Umweltrecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Universität Hamburg (Prof. Dr. Alexander Proelß).

EMPFOHLENE ZITATION

Godau, Laura-Theresa: (K)ein guter Kompromiss: Die Debatte über die widersprüchliche Rechtslage zu Schwangerschaftsabbrüchen, Verfassungsblog, 06.01.2025, doi: 10.59704/97ff07bfee5e678f.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20250106-225759-0.