

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
4. Fachsemester

Der Schwangerschaftsabbruch nach Konfliktberatung (§ 218a I StGB): Probleme der „Unrechtsteilnahme“ durch den Arzt

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp

Seminararbeit Sommersemester 2013

Inhaltsverzeichnis

<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>III</i>
A. Einleitung	1
I. Systematik und Bedeutung des § 218 a StGB	1
B. Voraussetzungen des Absatz 1	1
I. Das Verlangen der Schwangeren	1
1. Einwilligung als begriffliches Minus	1
a. Voraussetzungen der Einwilligung.....	2
II. Bescheinigung nach § 219 II 2 bzw. Beratung	2
III. Vornahme durch einen Arzt lege artis bzw. Ärztevorbehalt	2
1. Abbrüche durch ausländische Ärzte	3
a. Rechtswidrigkeit des Eingriffes	3
b. Rechtmäßigkeit des Eingriffes.....	3
c. Ergebnis	4
2. Lege artis – Erfordernis	4
a. Strafbarkeit aus § 218 bei Verletzung des lege artis-Erfordernisses	4
b. Strafbarkeit aus §223 ff.	5
c. Ergebnis	5
3.Ärztinnenprivileg bzw. Selbstabbruch durch Schwangere	5
a. Zulassung des Privilegs	5
b. Verweigerung des Privilegs	6
c. Ergebnis	6
IV. Zwölf-Wochen-Frist.....	6
C. Tatbestandsausschluss nach Absatz 1	7
I. BVerfGE 88,203 in seinen Grundzügen	7
1. Ausgangspunkt.....	7
2. Strafrechtliche Folgen und Probleme.....	8
a. Verhältnis zwischen § 218 und § 218 a.....	8
b. Verhältnis zwischen beratenem Schwangerschaftsabbruch und den Indikationen ...	10
c. Nothilfe nach § 32	11
aa. Notwehrlage	12
α. Notwehrfähiges Rechtsgut	12
β. Ein „anderer“ im Sinne von § 32 II	12

γ. Rechtswidriger, gegenwärtiger Angriff.....	13
bb. Notwehrhandlung	14
cc. Nothilfe des Erzeugers	15
d. Sonstige Auswirkungen.....	16
aa. Notstandshilfe, §34	16
α. Notstandslage	16
β. Notstandshandlung.....	16
γ. Interessenabwägung	16
δ. Angemessenheit	17
bb. Entschuldigender Notstand, §35.....	18
α. Notstandslage.....	18
β. Notstandshandlung.....	18
e. Teilnahme an einer tatbestandslosen Tat.....	19
f. Zusammenfassung.....	20
3. Zivilrechtliche Folgen	20
a. Wirksamkeit des Abbruchvertrages	20
aa. Nichtigkeit aufgrund § 134 BGB	21
bb. Nichtigkeit nach § 138 BGB	23
cc. Ergebnis	23
4. Auswirkungen auf sonstige Rechtsgebiete	24
D. Unrechtsteilnahme des Arztes	24
I. Anforderungen an den Arzt und dessen Aufgaben	24
II. Konfliktfeld.....	25
III. Weigerungsrecht	26
a. Grundsätze.....	27
b. Problematik des Weigerungsrechtes nach einem Vertragsabschluss.....	28
c. Abbruchvornahme als Einstellungsbedingung.....	29
E. Zusammenfassung	30

Literaturverzeichnis

- Engelhardt, Hans Kind als Schaden?
in: Versicherungsrecht 1988, 540 ff.
- Eser, Albin Schwangerschaftsabbruch: Reformversuche
in Umsetzung des BVerfG-Urteils
in: Juristenzeitung 1994, 503 ff.
- Guckelberger, Annette Die Drittwirkung der Grundrechte
in: Juristische Schulung 2003, 1551 ff.
- Harrer, Herbert Das Mitwirkungsverweigerungsrecht des
Art. 2 I 5. StrRG
in: Deutsche Richterzeitung 1990, 137 ff.
- Hassenpflug, Helwig Abtreibung als Verwaltungsunrecht?
in: Juristische Rundschau 1976, 1 ff.
- Heintschel-Heinegg, Bernd Beck'scher Online-Kommentar StGB
Edition: 21
Stand: 1.12.2012, München
- Henssler, Martin Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Band 4
Schuldrecht Besonderer Teil II
§§ 611 – 704 EFZG TzBfg KschG
6. Auflage 2012, München
- Hepp, Hermann Reform der Reform des § 218 StGB – aus

- der Sicht des Arztes
in: Schriftenlehre der Juristen- Vereinigung
Lebensrecht e.V. zu Köln Nr. 10 (1993), 13.
- Hermes, Georg; Walther, Susanne
Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht
und Unrecht
Das zweite Abtreibungsurteil des BverfG
und seine Folgen
in: Neue Juristische Wochenschrift
1993, 2337 ff.
- Hillgruber, Christian
Die Rechtsstellung des Arztes beim
Schwangerschaftsabbruch – freie berufliche
Betätigung oder Erfüllung einer staatlichen
Schutzaufgabe
in: Zeitschrift für Lebensrecht 2000, 46 ff.
- Jauernig, Othmar (Hrsg.)
Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetz (Auszug)
Kommentar
14. Auflage 2011, München
- Joecks, Wolfgang
Strafgesetzbuch
Studienkommentar
10. Auflage 2012, München
- Kindhäuser, Urs; Neumann, Ulfreid;
Paeffgen, Hans-Ulrich
Strafgesetzbuch Band 2
§§ 146 – 358
3. Auflage 2010
- Kluth, Winfried
Der rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch
als erlaubte Handlung – Anmerkung zum

- zweiten Fristenurteil des
Bundesverfassungsgerichts
in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
1993, 1382 ff.
- Kluth, Winfried
Die Neufassung des § 218 StGB – Ärztlicher
Auftrag oder Zumutung an den Ärztestand?
in: Medizinrecht 1996, 546 ff.
- Kühl, Kristian
Strafgesetzbuch Kommentar
27. Auflage 2011, München
- Langer, Winrich
Strafgesetzlicher Tatbestandsausschluss
gemäß § 218 a Abs. 1 StGB
in: Zeitschrift für Lebensrecht 1999, 47 ff.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm; Rissing-van
Saan, Ruth; Tiedemann, Klaus (Hrsg.)
Leipziger Kommentar
Strafgesetzbuch
Band 7, §§ 211- 233
11. Auflage 2002
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm; Rissing-van
Saan, Ruth; Tiedemann, Klaus (Hrsg.)
Leipziger Kommentar
Strafgesetzbuch
Band 2, §§ 32 - 55
11. Auflage 2002
- Laufs, Adolf; Uhlenbruch, Wilhelm; Kern,
Bernd- Rüdiger
Handbuch des Arztrechts
4. Auflage 2010, München
- Lennartz, Heribert
Die elterliche Verantwortung
in: Medizinrecht 1993, 179 ff.

- Otto, Harro Die strafrechtliche Neureglung des Schwangerschaftsabbruchs
in: Jura 1996, 135 ff.
- Otto, Harro; Brammsen, Joerg Strafrechtliche Haftung wegen Unterlassens
in: Jura 1985, 530 ff.
- Roxin, Claus Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts – Versuch einer Bilanz –
in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1981, 68 ff.
- Roxin, Claus Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB (Teil 1)
in: Juristische Arbeitsblätter 1990, 97 ff.
- Roxin, Claus Strafrecht, Allgemeiner Teil I
Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre
4. Auflage 2006, München
- Rudolphi, Joachim; Horn,Eckhard; Samson, Emrich; Günther, Hans-Ludwig; Wolter, Jörn (Hrsg.) Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
Band IV §§ 212 – 266 b
2012
- Rudolphi, Joachim; Horn,Eckhard; Samson, Emrich; Günther, Hans-Ludwig; Wolter, Jörn (Hrsg.) Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
Band I §§ 1 - 37
2012
- Säcker, Jürgen Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1
Allgemeiner Teil §§ 1 – 240 ProStG AGG

6. Auflage 2012, München
- Sander, Günther
Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
Band 4
§§ 185 – 262 StGB
2. Auflage 2012, München
- Satzger, Helmut
Der Schutz ungeborenen Lebens durch
Rettungshandlungen Dritter
in: Juristische Schulung 1997, 800 ff.
- Sax, Walter
Der verbrechenssystematische Standort der
Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch
nach § 218 a StGB
in: Juristenzeitung 1997, 326 ff.
- Schönke, Adolf; Schröder, Horst
Strafgesetzbuch Kommentar
28. Auflage 2010, München
- Schroth, Ulrich (Hrsg.); Roxin, Claus
Handbuch des Medizinstrafrechts
3. Auflage 2007
- Seibel, Jan
Straf- und zivilrechtliche Probleme des
„beratenen“ Schwangerschaftsabbruchs nach
§ 218 a Absatz 1 StGB
2007, Hamburg
- Spickhoff, Andreas
Beck'sche Kurzkommentare
Band 64
Medizinrecht
München 2011

Staudinger, Julius

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 1: Allgemeiner Teil
Neubearbeitung 2004

Tröndle, Herbert; Dreher, Eduard; Schwarz,
Otto; Fischer, Thomas

Beck'sche Kurz- Kommentare
Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen
60. Auflage 2013, München

Wessels, Johannes; Beulke, Werner

Strafrecht
Allgemeiner Teil
Die Straftat und ihr Aufbau
41. Auflage 2011, Heidelberg

A. Einleitung

I. Systematik und Bedeutung des § 218 a StGB¹

Der § 218 a besitzt heute eine hohe praktische Bedeutung in der Medizin. In Deutschland wurden 2011 insgesamt 108.867 gemeldete Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen, wovon 105.357 nach einer Konfliktberatung erfolgten². Dies macht circa 96,78% aller Abbrüche aus.

§218 a enthält keinen Tatbestand³. Stattdessen gehört Absatz 1 als negative (ausschließende) Ergänzung zum Tatbestand des § 218⁴.

§218 a enthält vier Freistellungsgründe: Erstens den Tatbestandsausschluss bei der Abtreibung nach der Konfliktberatung, zweitens Rechtfertigung durch die medizinisch-soziale Indikation, drittens Rechtfertigung durch die kriminologische Indikation und viertens der Strafausschließungsgrund für Schwangere.

Im Folgenden sind die Voraussetzungen und die rechtlichen Probleme des § 218 a I genauer zu untersuchen, da dieser wie oben dargelegt die praxisrelevanteste Bedeutung hat.

B. Voraussetzungen des Absatz 1

I. Das Verlangen der Schwangeren

Absatz 1 Satz 1 spricht davon, dass die Schwangere den Abbruch verlangen muss.

1. Einwilligung als begriffliches Minus

Das Verlangen bezieht die Einwilligung als begriffliches Minus ein⁵. Im Rahmen des § 218 a garantiert die Einwilligung die rechtlich garantierte Selbstbestimmung der Frau⁶ und übernimmt folgende spezielle Funktionen: Sie definiert ihr internes Verhältnis zur der Leibesfrucht⁷ mit verbindlicher Wirkung nach außen⁸. In diesem Moment wird die Schwangerschaft als Konflikt bestimmt, sodass eine

¹ Bei den zitierten Vorschriften handelt es sich um solches des deutschen Strafgesetzbuches.

² Quelle:

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/RechtlicheBegruendung.html> (Bundesamt für Statistik).

³ NK – Merkel, § 218a, Rdnr.2.

⁴ NK – Merkel, § 218a, Rdnr.2.

⁵ Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinrechts, S.189.

⁶ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rdnr.370.

⁷ Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinrechts, S.189.

⁸ Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinrechts, S.189.

strafbefreiende Mitwirkung Dritter möglich wird⁹. Sowohl die rechtlichen Voraussetzungen als auch die Probleme der Einwilligung bestimmen sich nach den allgemeinen Regeln¹⁰. Jedoch kommt dem Streit über die Rechtsnatur der Einwilligung¹¹ keine Bedeutung zu, da in § 218 a der jeweilige Strafausschließungsgrund die rechtfertigende oder tatbestandausschließende Natur der Einwilligung ausdrücklich bestimmt. Darüber hinaus setzt die Einwilligung die Erfüllung des Tatbestandes des § 218 unbedingt voraus¹².

a. Voraussetzungen der Einwilligung

Die Schwangere muss ihre Einwilligung für den konkreten Abbruch erklärt haben und diese zur Zeit der Vornahme immer noch gültig sein¹³. Für die Erklärung gibt es kein Formerfordernis, sodass diese auch konkludent abgegeben werden kann¹⁴. Die abbrechende Frau ist einwilligungsfähig, wenn sie das notwendige Einsichts- und Urteilsvermögen hat¹⁵.

Die Einwilligung darf keinen relevanten Willensmängeln unterliegen¹⁶.

Schließlich ist bei der Einwilligung in einen Abbruch eine mutmaßliche Einwilligung möglich¹⁷.

II. Bescheinigung nach § 219 II 2 bzw. Beratung

Die Schwangere hat einen schriftlichen Nachweis einer Beratung zu erbringen. Die Beratung muss drei Tage vor dem Abbruch stattgefunden haben. Die genaueren Modalitäten des Ablaufes des Beratungs- und Scheinerteilungsverfahrens regeln die §§ 5 ff. im Gesetz zur Bewältigung und Vermeidung von Schwangerschaftskonflikten.

III. Vornahme durch einen Arzt lege artis bzw. Ärztevorbekalt

Bei einem Schwangerschaftsabbruch soll sowohl die Gesundheit der Schwangeren geschützt als auch das allgemeine Risiko der Abtreibung

⁹ Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinrechts, S.189 f.

¹⁰ NK – Merkel, § 218 a, Rdnr.17.

¹¹ Roxin, AT I, § 13 Rdnr.11 ff.

¹² NK – Merkel, § 218 a, Rdnr.17.

¹³ NK – Merkel, § 218 a, Rdnr. 19.

¹⁴ NK – Merkel, § 218 a, Rdnr. 19.

¹⁵ NK – Merkel, § 218 a, Rdnr. 20.

¹⁶ NK – Merkel, § 218 a, Rdnr. 31 ff.

¹⁷ NK – Merkel, § 218 a, Rdnr. 45 ff.

gering gehalten werden¹⁸. Deswegen ist es geboten, dass ein Arzt den Eingriff vornimmt, § 218 a I Nr.1. Als Arzt gilt jeder, der eine Approbation für Humanmedizin hat¹⁹. Hierbei besteht bei dem Abbruch die Möglichkeit eines Facharztvorbehaltes, welcher jedoch von §218 a I Nr.1 nicht ausdrücklich gefordert wird²⁰.

1. Abbrüche durch ausländische Ärzte

Unproblematisch gestalten sich die Fälle, in denen ein inländisch approbierter Arzt den Eingriff vornimmt. Umstritten ist jedoch, ob dem Ärztevorbelt genüge getan ist, wenn ein im Ausland approbierter Arzt den Abbruch durchführt.

a. Rechtswidrigkeit des Eingriffes

Eine Meinung will dies nicht zulassen und solche Abbrüche als rechtswidrig ansehen²¹. Der abbrechende Arzt müsse ein besonderes verfassungskonformes Verantwortungsbewusstsein besitzen, wofür deutsche Rechtskenntnisse von Nöten seien²². Der Staat übertrage seine Schutzpflicht für das Ungeborene dem Arzt, sodass dieser weitreichender in die Pflicht genommen werde²³ als es womöglich die ausländische Rechtsordnung bei ihrem Arzt tue.

b. Rechtmäßigkeit des Eingriffes

Jedoch muss dieser Argumentation die andere Meinung²⁴, welche Abbrüche im Ausland zulassen möchte, entgegengehalten werden. Der Wortlaut des §218 a fordert nur einen Arzt und keinen inländischen Arzt²⁵. Darüber hinaus wird in dem Bundesverfassungsgerichtsurteil 88, 203 nur von der Verpflichtung/dem Bewusstsein im Hinblick auf das ärztliche Berufsethos und das ärztliche Berufsrecht gesprochen²⁶. Daher kann auch einem ausländischen Arzt die Verantwortung zugesprochen werden, dem Schutz des ungeborenen Lebens verpflichtet zu sein. Schließlich erscheint es sinnwidrig, einem deutschen Arzt die Pflicht zur

¹⁸ BVerfGE 88, 203,314.

¹⁹ MüKo – Gropp, § 218a, Rdnr.23.

²⁰ MüKo – Gropp, §218 a, Rndr.22.

²¹ Spickhoff, §219, Rndr.13; Schönke/Schröder, §218a, Rndr.58; BeckOK – Eschelbach, §218 a, Rdnr.2.

²² Schönke/Schröder - , §218a,Rdnr. 58.

²³ Vgl. BVerfGE 88,203, zu LS 12 und 289ff.

²⁴ NK – Merkel, § 218a, Rdnr.6; MüKO – Gropp, § 218a, Rdnr.23.

²⁵ NK – Merkel, §218a, Rdnr.7.

²⁶ Vgl. BVerfGE 88,203 zu LS 12; NK-Merkel, § 218a , Rdnr.6.

Teilnahme an einer Abtreibung nach § 218a II aufzuerlegen, aber genau die gleiche Handlung eines ausländischen Arztes nach § 218 unter Strafe zu stellen²⁷.

c. Ergebnis

Somit ist die zweite Meinung realitätsnäher und vorzugswürdiger, weil sowohl einem ausländischen als auch einem inländischen Arzt dasselbe Maß an Verantwortung für das Ungeborene zuzutrauen ist. Jeder Arzt auf der Welt ist der Gesundheit der Frau verpflichtet, sodass es für die Handlung an sich keine Rolle spielen darf, wo der Arzt die Approbation erlangt hat. Es sollte einzig und allein darauf geachtet werden, dass eine fachgerechte Behandlung durchgeführt wird.

2. Lege artis – Erfordernis

a. Strafbarkeit aus § 218 bei Verletzung des lege artis-Erfordernisses

Nach herrschender Meinung²⁸ sollte der Schwangerschaftsabbruch nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgen, ansonsten fällt der Eingriff nicht unter § 218a. Der damalige § 14 ErbGesG forderte auch schon eine Durchführung nach den Regeln der ärztlichen Kunst²⁹. Jedoch lässt der heutige §218 a aus seinem Wortlaut nichts mehr erkennen. Aber die durch § 218 a I n.F intendierte Strafflosigkeit soll die Frauen vor den sogenannten Laienabortionen schützen³⁰. Zusätzlich schützt der § 218 auch die Gesundheit der Schwangeren³¹, sodass der Arzt um ihretwillen nach den Regeln der ärztlichen Kunst handeln sollte. Wenn dies nicht der Fall ist, dann werden die allgemeinen Grundsätze des rechtfertigenden Notstands angewandt³². Dahinter steckt der Gedanke, dass wenn ein Gut (der Embryo) schon geopfert werden muss, der Eingriff im Interesse des zu rettenden Gutes so schonend und kunstgerecht wie möglich gestaltet werden sollte³³.

²⁷ NK – Merkel, § 218a, Rdnr.6.

²⁸ Schönke/Schröder, §218a, Rdnr.59; BeckOK – Eschelbach, § 218a, Rdnr.3; LK-Kröger, §218a, Rdnr.19; Fischer, § 218a, Rdnr.9.

²⁹ JZ 1977,326,328; BGHst 2,111,114.

³⁰ BeckOK – Eschelbach, § 218a, Rdnr.2;

³¹ Schönke/Schröder, §218a, Rdnr.59; vgl. BVerfGE 88, 326.

³² SK- Rudolphi, § 218a, Rdnr.22.

³³ Schönke/Schröder, § 218a, Rdnr.59f.

b. Strafbarkeit aus §223 ff.

Die Gegenmeinung³⁴ ist der Auffassung, dass die Verletzung des lege artis-Erfordernis über die §§ 223 ff. bestraft werden sollte. Sie hält der herrschenden Meinung entgegen, dass der Wortlaut des § 218a nichts über ein lege artis-Erfordernis hergibt. Sie halten auch das Argument der herrschenden Meinung - es über den Notstand zu rechtfertigen – für eine systematische Fehlinterpretation³⁵. Es ist nämlich nicht möglich, ein mildes Notstandsmittel in Bezug auf das Erhaltungsgut zu fordern³⁶. Schließlich sei es auch unerheblich für den Tatbestandsausschluss, ob durch die Missachtung der lege artis eine neue Gefahr geschaffen worden ist, denn die erste Gefahrabwendung (Beendigung der Schwangerschaft) wurde erfolgreich durchgeführt³⁷.

c. Ergebnis

Die Argumente der Gegenauffassung sind wohl die überzeugenderen. Sie hält sich an die strafrechtliche Dogmatik. Jedoch sollte aufgrund des gesundheitspolitischen Interesses, dass ein Arzt die Gefahren eines Abbruchs eindämmen sollte, das lege artis-Erfordernis als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal angesehen werden. Denn es entspricht diesem speziellen Interesse nicht, einen Arzt zu einer Abtreibung zu verpflichten, ohne zugleich von ihm eine Durchführung nach ärztlicher Kunst zu verlangen.

3.Ärztinnenprivileg bzw. Selbstabbruch durch Schwangere

Seit der Einführung des oralen Abortivums „Mifeqyne“ im Jahre 1999 steht das Recht vor einem neuen Problem: Jetzt ist es schwangeren Ärztinnen möglich, bis zur 63. Schwangerschaftswoche ein Kind eigenhändig durch die Einnahme des Mittels abzutreiben. Dadurch ist die abbrechende Schwangere zugleich die eigene Ärztin. Damit steht man vor dem Problem, wie ein solcher Sonderfall behandelt werden soll.

a. Zulassung des Privilegs

Eine Meinung³⁸ möchte der schwangeren und abtreibenden Ärztin den Tatbestandsausschluss des § 218a zu Gute kommen lassen. Die Ärztin

³⁴ NK – Merkel, § 218a, Rdnr.13; Lackner/Kühl, §218a, Rdnr.2a;

³⁵ NK - Merkel, §218a, Rdnr.9.

³⁶ NK – Merkel, §218a, Rdnr.9 ff.

³⁷ NK – Merkel, § 218a, Rdnr. 11.

³⁸ Schönke/Schröder, § 218a, Rdnr.58; NK- Merkel, § 218a, Rdnr.15; JR 1976,1,2.

sei ein Arzt im Sinne des Gesetzes³⁹. Innerhalb dieser Meinung ist nochmals umstritten, ob dieser Eingriff lege artis vorgenommen werden muss. Die überwiegende Meinung⁴⁰ bejaht dies, da sie auch grundsätzlich einen Eingriff nach der Kunst der ärztlichen Regeln fordert. Dagegen sagt Merkel⁴¹, dass es darauf nicht ankomme, da eine Selbstverletzung der Schwangeren nicht strafbar sei. Dieser Streit ist jedoch irrelevant, da eine Verletzung der lex artis bei der Einnahme eines oralen Abortivums kaum möglich ist.

b. Verweigerung des Privilegs

Eine andere Meinung⁴² möchte der Ärztin das Privileg absprechen.

Die schwangere Ärztin sei aufgrund der fehlenden Personenverschiedenheit nicht in der Lage, die Voraussetzungen und Risiken des Abbruchs unvoreingenommen zu prüfen⁴³.

c. Ergebnis

Der ersten Meinung ist der Vorzug zu gewähren. Es mag wohl stimmen, dass eine schwangere Ärztin nicht mehr voreingenommen die Risiken und Voraussetzungen ihres eigenen Schwangerschaftsabbruches prüfen kann. Jedoch geht es bei dem Arzterfordernis in erster Linie darum, dass das Interesse der Schwangeren an ihrer Gesundheit geschützt wird, und nicht, dass eine Reflexion über die Angemessenheit des Abbruches erfolgt⁴⁴.

IV. Zwölf-Wochen-Frist

Der Schwangerschaftsabbruch gilt als tatbestandslos, wenn seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind, §218 a I Nr.3. Die Prüfung der Schwangerschaftswoche sollte nach der wissenschaftlichen Erkenntnis ermittelt werden⁴⁵. Meistens ist dieser Rahmen bis zu 14 Wochen nach der letzten Menstruation gegeben⁴⁶. Wenn der Arzt die Prüfung dieses Kriteriums unterlässt, ist er nach § 218 c I Nr.3 strafbar⁴⁷.

³⁹ NK – Merkel, § 218a, Rdnr.15.

⁴⁰ Schönke/Schröder, § 218a, Rdnr.58; Lackner/Kühl, § 218a, Rdnr.2.

⁴¹ NK- Merkel, § 218a Rdnr.15.

⁴² LK-Kröger, § 218a, Rdnr.16.

⁴³ LK-Kröger, § 218a, Rdnr.16.

⁴⁴ SK- Rudolphi, § 218a, Rdnr.34.

⁴⁵ Lackner/Kühl, § 218a, Rdnr.6.

⁴⁶ MüKo – Gropp, § 218a, Rdnr.17.

⁴⁷ Spickhoff, § 218a, Rdnr.12.

C. Tatbestandsausschluss nach Absatz 1

I. BVerfGE 88,203 in seinen Grundzügen

Mit dem zweiten Abtreibungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht den heutigen § 218 a auf den Weg gebracht. Es ordnet eine nicht rechtfertigende Fristenlösung mit Beratungspflicht an⁴⁸. Das bedeutet, dass der Tatbestand des § 218 nicht verwirklicht ist, wenn die Voraussetzungen des § 218 a I vorliegen⁴⁹. Gleichzeitig bleibt der Schwangerschaftsabbruch nach Konfliktberatung trotzdem rechtswidrig⁵⁰.

1. Ausgangspunkt

Der Ausgangspunkt für diese neue Regelung war, dass der Staat dem ungeborenen Leben ein Lebensrecht aus Art. 2 II 1 in Verbindung mit Art. 1 I GG zusprach⁵¹ und damit seine Pflicht begründete, dieses Leben vor rechtswidrigen Eingriffen zu schützen⁵². Aus dieser Schutzpflicht resultierte dann die zentrale Folgerung, dass man den Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbieten sollte und der Schwangeren zugleich die Rechtspflicht auferlegen sollte, das Kind auszutragen⁵³. Damit wurde der Abbruch als Unrecht manifestiert⁵⁴. Der passende Ort für eine solche Regelung wurde im Strafgesetzbuch festgelegt (§218)⁵⁵. Zugleich wurde auch vom Bundesverfassungsgericht festgesetzt, dass der zu erzielende Schutz für das ungeborene Leben nur zu erreichen ist, indem man diesen Abbruch aus dem Tatbestand des § 218 herausnimmt und gerade keine Rechtfertigung zulässt⁵⁶. Ansonsten würde zum Ausdruck gebracht werden, dass der Abbruch nach Konfliktberatung rechtmäßig sei⁵⁷. Dies würde jedoch dem Schutzkonzept des Staates zuwider laufen. Zusätzlich bestimmte das Gericht, dass von der Pönalisierung des Abbruches im Strafrecht abgesehen werden könne, wenn in der restlichen Rechtsordnung das Unrecht zum Ausdruck gebracht werden

⁴⁸ SK- Rudolphi, §218a, Rdnr.2.

⁴⁹ SK – Rudolphi, § 218a, Rdnr.2.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 88, 203 LS 15,203.

⁵¹ BVerfGE 88, 203, 157 ff.

⁵² Hermes/Walther, NJW 1993, 2337.

⁵³ BVerfGE 88, 203,161,177.

⁵⁴ Hermes/Walther, NJW 1993, 2338.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 88, 203,177.

⁵⁶ BVerfGE, 88,203,210.

⁵⁷ BVerfGE, 88,203,210.

würde⁵⁸. Ein Beispiel dafür ist, dass der Schwangerschaftsabbruch nach Konfliktberatung von den Krankenkassen nicht gezahlt werden darf⁵⁹. Diese grundlegenden Festlegungen werden ergänzt von Maßnahmen, die die Bereitschaft der Frau für die Austragung des Kindes steigern sollen. Daher wurde zu einem Beratungskonzept übergegangen, welches dem Ungeborenen eine Chance geben soll auf Leben⁶⁰. Die Schwangere soll im Rahmen des Konzeptes als Verbündete für den Schutz mit ins Boot geholt werden, da nur mit ihr das Leben des Ungeborenen geschützt werden kann⁶¹. Dementsprechend besitzt die Frau die Letztverantwortung für die Abbruchsentscheidung⁶².

2. Strafrechtliche Folgen und Probleme

Die Tatsache, dass der Schwangerschaftsabbruch nach Konfliktberatung aus dem Tatbestand des § 218 herausgenommen und das Rechtswidrigkeitsverdikt aufrecht erhalten werden soll, führt zu diversen strafrechtlichen Problemen.

a. Verhältnis zwischen § 218 und § 218 a

§ 218 a I besagt, dass der Tatbestand des § 218 nicht verwirklicht ist, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dem Wortlaut kann nur entnommen werden, dass es sich um einen Tatbestandsausschluss handeln solle. Auch der historische Gesetzgeber sagte dazu nur, dass der beratene Abbruch aus dem Tatbestand herausfallen solle⁶³. Systematisch ist aber auffällig, dass Absatz 1 insoweit nicht als Rechtfertigung angesehen werden kann, da in Absatz 2 und 3 jeweils von „gerechtfertigt“ die Rede ist. Schlussendlich lässt sich nur herauslesen, dass ein Tatbestandsausschluss gewollt ist. Jedoch ist strittig, in welcher Qualität und wo er anzusiedeln ist.

Das eine Lager⁶⁴ möchte den Ausschluss erst in einer nachrangigen Stufe zu der Tatbestandsverwirklichung des § 218 greifen lassen.

⁵⁸ BVerfGE 88, 203, 177.

⁵⁹ BVerfGE 88, 203, 314 ff.

⁶⁰ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 20.

⁶¹ BVerfGE 88, 203, 195f.

⁶² BVerfGE 88, 203 LS 11.

⁶³ BVerfGE 88, 203, 37, 209.

⁶⁴ Langer, ZfL 1999, 47 ff; SK – Günther, Vor § 32, Rdnr. 52; MüKO – Schlehofer, Vor §§ 32 ff, Rdnr. 58 ff.

Dagegen sieht die andere Position⁶⁵ § 218 und § 218 a eng miteinander verzahnt, sodass der Ausschluss schon bei § 218 direkt greifen soll.

Für die erste Meinung spricht, dass durch § 218 a I selbst die Handlung verwirklicht wird, die bei § 218 unter Strafe gestellt ist. Damit hat sie auch die Qualität, Unrecht zu verwirklichen. Innerhalb dieser Ansicht gibt es nun mehrere Ansätze, wie dies durchführbar sein könnte. Es werden drei Möglichkeiten angeboten: erstens der Ausschluss des Straf-, aber nicht des Unrechtstatbestandes⁶⁶; zweitens der Strafunrechtsausschließungsgrund⁶⁷ und drittens der Strafunrechtsausschluss im objektiven Tatbestand⁶⁸. Alle Vorschläge hätten den vom Gesetzgeber gewünschten Effekt, dass die Tat innerhalb des Strafrechts missbilligt würde. Jedoch liefe das der Intention des Gesetzgebers zuwider, weil ein „echter“ Tatbestandsausschluss gewollt ist.

Daher scheint die zweite Meinung den Vorzug zu erhalten. Hier gibt es wiederum zwei Positionen, die nebeneinander stehen. Zum einen wird der „normale“ Tatbestandsausschluss⁶⁹, zum anderen der Tatbestandsausschluss sui generis vertreten⁷⁰. Beide Vorschläge haben gemeinsam, dass der Tatbestand entfiel. Dadurch bliebe es offen, woraus sich die rechtliche Missbilligung der Tat ergebe. Denn durch den obigen gewählten Tatbestandsausschluss ist eine strafrechtliche Rechtswidrigkeit nicht mehr möglich⁷¹. Daher wäre es denkbar, dass die verfassungsrechtlich statuierte Rechtswidrigkeit zur strafrechtlichen führen könnte. Dies aber ist nicht zwangsläufig geboten⁷². Dazu muss dann auch wieder die fehlende Tatbestandsmäßigkeit betrachtet werden. Demzufolge erscheint auch diese Ansicht zu keinem Ergebnis zu führen. Schlussendlich bleibt nur

⁶⁵ Vgl. Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 42 ff; Schönke/Schröder – Eser, § 218 a, Rdnr. 17.

⁶⁶ Langer, ZfL 1999, 47 ff.

⁶⁷ SK – Günther, Vor § 32, Rdnr. 52.

⁶⁸ MüKO – Schlehofer, Vor §§ 32 ff, Rdnr. 58 ff.

⁶⁹ Vgl. Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 42 ff.

⁷⁰ Schönke/Schröder – Eser, § 218 a, Rdnr. 17.

⁷¹ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 55.

⁷² Tröndle/Fischer, § 218 a, Rdnr. 3.

noch die Möglichkeit der Missbilligung über das grundsätzliche Verbot. Dieses Verbot (§ 218) erweist sich aber beim näheren Hinsehen nur als Appellnorm⁷³. Denn das Verbot wird im Falle des § 218 a I nicht mit Strafe bedroht. Lediglich hierin ist eine rechtliche Missbilligung noch zu finden.

b. Verhältnis zwischen beratenem Schwangerschaftsabbruch und den Indikationen

Absatz 2 und Absatz 3 des § 218 a stellen „echte“ Rechtfertigungsgründe dar. Im Verhältnis zu diesen ergeben sich aus dem Tatbestandsausschluss des Absatzes 1 weitere Probleme. Wie soll ein Berater aber zugleich indizierungsfähiger Abbruch behandelt werden? Dies sind Fälle, in denen die Frau durch Absatz 2 oder 3 schon bei Vornahme des Abbruchs gerechtfertigt wäre und sich trotzdem einer Beratung unterzogen hat.

Der einen Meinung⁷⁴ nach sollen Absatz 2 und 3 die Schwangere nicht mehr rechtfertigen. Durch die Annahme des Absatzes 1 entfällt der Tatbestand des § 218, welcher für Absatz 2 oder 3 benötigt würde, damit diese rechtfertigen können⁷⁵. Das würde jedoch in der Praxis bedeuten, dass die Schwangere in diesem Falle härter bestraft werden würde als die, die einen indizierten Abbruch vorgenommen hätte. Darüber hinaus würde der Schwangeren der Makel der Missbilligung anhängen, obwohl sie eigentlich gerechtfertigt wäre. Sie hat nur mehr getan als nötig war⁷⁶.

Eine weitere Meinung⁷⁷ möchte die Absätze 2 und 3 neben dem Absatz 1 bestehen lassen. Dieser Ansatz ist denkbar, wenn man die Rechtswidrigkeit der anderen Rechtsordnungen anstatt der Tatbestandsmäßigkeit als Ansatzpunkt für die Rechtfertigung ausreichen lässt⁷⁸. Dies ist durchaus möglich, zumal die Rechtfertigungsgründe auch eine durchschlagende Wirkung auf die anderen Rechtsgebiete haben⁷⁹.

⁷³ Merkel, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 205.

⁷⁴ Vgl. Eser, JZ 1994, 503, 505 f.

⁷⁵ Vgl. Eser, JZ 1994, 503, 505 f.

⁷⁶ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 68.

⁷⁷ MüKO – Gropp, § 218 a, Rdnr. 10.

⁷⁸ MüKO – Gropp, § 218 a, Rdnr. 10.

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 88, 203, 210.

Eine dritte Meinung⁸⁰ möchte den Tatbestandsausschluss des Absatzes 1 greifen lassen, wenn die Indikationen nach Absatz 2 und 3 nicht vorliegen. In diesem Falle würden der Frau die Vergünstigungen, die die Absätze 2 und 3 mit sich bringen, erhalten bleiben, obwohl sie durch die Beratung mehr getan hat als nötig war⁸¹.

Eine vierte Meinung⁸² möchte differenzieren, wann eine Rechtfertigung noch möglich sein soll. Der Schwangeren solle vor dem Eingriff der Abtreibung noch die Möglichkeit bewahrt bleiben, gerechtfertigt werden zu können⁸³. Es wäre nicht denkbar, dass eine Schwangere schon aufgrund einer Beratung einen Rechtsverlust erleiden würde, obwohl sie eigentlich gerechtfertigt wäre⁸⁴. Wenn der Abbruch jedoch schon nach Absatz 1 durchgeführt worden ist, soll ihr die Rechtfertigung nach den Absätzen 2 und 3 versagt bleiben⁸⁵.

Im Ergebnis erscheint die letzte Meinung am besten. Sie kommt der Realität und dem gewünschten Ergebnis am nächsten. So erleidet die Schwangere (wie bei der ersten Meinung) keinen Rechtsverlust und wird bestmöglich in ihren Belangen unterstützt.

c. Nothilfe nach § 32

Nach dem Bundesverfassungsgericht gilt der Abbruch als rechtswidrig, aber die Nothilfe zugunsten des Ungeborenen soll trotzdem versagt werden⁸⁶. Dies wird damit begründet, dass ansonsten die Funktionsfähigkeit des Beratungskonzeptes geschwächt und die Frau unwillkürlich zum Laienabtreiber getrieben werden würde⁸⁷.

Im Folgenden sind die einzelnen Voraussetzungen zu prüfen, da sich Literatur und Rechtsprechung, was das Scheitern der Nothilfe betrifft, widersprechen. Hierbei ist aber nur die Art von Nothilfe problematisch, bei der der Abbruch mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommen wird und keine Indikation gegeben ist, weil hier die Problematik des Tatbestandsausschlusses und der Rechtswidrigkeit des § 218 a zum Tragen kommen.

⁸⁰ MüKO – Gropp, § 218 a, Rdnr. 10.

⁸¹ Schönke/Schröder – Eser, § 218 a, Rdnr. 17.

⁸² Lackner/Kühl – Kühl, § 218 a, Rdnr. 21 a.

⁸³ Lackner/Kühl – Kühl, § 218 a, Rdnr. 21 a.

⁸⁴ Lackner/Kühl – Kühl, § 218 a, Rdnr. 21 a.

⁸⁵ Lackner/Kühl – Kühl, § 218 a, Rdnr. 21 a.

⁸⁶ BVerfGE 88, 203, 222.

⁸⁷ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „berateten“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S.78.

aa. Notwehrlage

a. Notwehrfähiges Rechtsgut

Das geschützte Rechtsgut wird in § 218 sowie § 218 a nicht explizit genannt. Somit muss erst betrachtet werden, welche Rechtsgüter als notwehrfähiges Rechtsgut in Frage kommen.

Als erstes könnte das ungeborene Leben ein notwehrfähiges Rechtsgut darstellen. Notwehrfähig ist jedes dem Angegriffenen oder Dritten zustehende Gut und jedes rechtlich anerkannte Interesse⁸⁸. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Ungeborenen ein Lebensrecht aus Art. 1 I in Verbindung mit Art. 2 II 1 GG eingeräumt. Das Ungeborene wird auch in der einfachgesetzlichen Regelung des § 823 geschützt⁸⁹. Damit gilt es als eigenständiges, von der Mutter vollständig unabhängiges Rechtsgut⁹⁰.

Als zweites könnten die Gesundheit und das Leben der Schwangeren als Rechtsgut fungieren. Es ist durchaus streitig, ob dies in den § 218 hineingelesen werden kann. Dies wird jedoch von der herrschenden Meinung bejaht⁹¹. Dieser Streit bleibt jedoch in diesem Rahmen irrelevant. Die Frau verlangt in diesen Fällen den Schwangerschaftsabbruch, sodass ihre Entscheidungsfreiheit für ihre Gesundheit gewahrt bleibt⁹².

Als drittes kämen bevölkerungspolitische Interessen in Betracht. Diese sind jedoch von vorneherein abzulehnen⁹³.

Zusammenfassend bleibt nur noch das ungeborene Leben als Rechtsgut übrig, sodass dieses auch als ein notwehrfähiges Rechtsgut werden kann.

β. Ein „anderer“ im Sinne von § 32 II

Das ungeborene Leben müsste auch ein „anderer“ im Sinne des § 32 II sein. Festzuhalten ist, dass der nasciturus nach den § 223 ff. und § 211 ff. nicht als „Mensch“ und nicht als „anderer“ zählt⁹⁴.

⁸⁸ Wessels/Beulke, AT, Rdnr.332.

⁸⁹ Vgl. Jauernig, BGB, § 823, Rdnr.4.

⁹⁰ SK – Rudolphi/Rogall, Vor § 218, Rdnr.57 mit Fußnote 125.

⁹¹ SK – Rudolphi/Rogall, Vor § 218, Rdnr. 58; Schönke/Schröder – Eser, Vor § 218, Rdnr.12.

⁹² Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S.83 f.

⁹³ Vgl. SK – Rudolphi/Rogall, Vor § 218, Rdnr.59; Schönke/Schröder – Eser, Vor § 218, Rdnr.13.

⁹⁴ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S.86 f.

Dementsprechend könnte dies auch in § 32 II als zweifelhaft erscheinen. Jedoch hat das Ungeborene sowohl die Menschenwürde als auch ein Lebensrecht zugesprochen bekommen⁹⁵. Somit gilt es als eigener Rechtsgutträger und kann auch als „anderer“ im Sinne des § 32 II gelten.

γ. Rechtswidriger, gegenwärtiger Angriff

Der Abbruch müsste einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff darstellen. Ein Angriff liegt vor, wenn eine Verletzung von rechtlich geschützten Interessen durch einen Menschen⁹⁶ herbeigeführt wurde. Der Arzt nimmt den Abbruch selbst vor, sodass von ihm ein Angriff ausgeht. Zugleich verlangt die Frau den Eingriff, sodass sie dasselbe Ziel wie der Arzt anstrebt und dementsprechend den Abbruch mittäterschaftlich verwirklicht⁹⁷. Damit liegt ein Angriff der Frau und des Arztes vor.

Dieser Angriff müsste zudem gegenwärtig erfolgen. Gegenwärtigkeit ist gegeben, wenn der Angriff unmittelbar bevorsteht, bereits begonnen hat oder noch fort dauert⁹⁸. Somit sind nur die Handlungen mitinbegriffen, welche im unmittelbaren Zusammenhang zum Abbruch geschehen und eine örtliche Nähe zu diesem besitzen⁹⁹. Demzufolge sind präventive Maßnahmen nicht gedeckt und können allenfalls über § 34 erfasst werden¹⁰⁰.

Schließlich müsste der Angriff rechtswidrig sein. Rechtswidrigkeit ist gegeben, wenn der Angriff den Bewertungsnormen des Rechts objektiv zuwiderläuft und nicht durch einen Erlaubnissatz gedeckt ist¹⁰¹. Nach dem Bundesverfassungsgericht hat der beratene Schwangerschaftsabbruch als rechtswidrig zu gelten, sodass eine Nothilfe grundsätzlich zulässig wäre. Dieses dogmatisch richtige Ergebnis steht jedoch dem Beratungskonzept entgegen und würde dessen Funktionsfähigkeit untergraben. Deswegen hat der Gesetzgeber in den Gesetz begründungen folgendes ausgeführt:

„Durch den Tatbestandsausschluss als bewusste Herausnahme aus

⁹⁵ BVerfGE 88, 203, 252.

⁹⁶ BeckOK – Momsen, § 32, Rdnr.17.

⁹⁷ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S.80.

⁹⁸ Wessels/ Beulke, AT, Rdnr. 328.

⁹⁹ Vgl. Satzger, JuS 1997,800.

¹⁰⁰ Vgl. Satzger, JuS 1997,800.

¹⁰¹ Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 331.

dem strafrechtlich vertypen Unrecht wird außerdem zum Ausdruck gebracht, dass Schwangerschaftsabbrüche (...) im Bereich des Strafrechts nicht als Unrecht zu behandeln sind. Demnach kommt unter den Voraussetzungen der Beratungsregelung auch Nothilfe zugunsten des Ungeborenen mit dem Ziel einer Verhinderung des Schwangerschaftsabbruchs nicht in Betracht.¹⁰² Diese Begründung ist jedoch dogmatisch inkorrekt¹⁰³. Denn durch die Herausnahme aus dem vertypen Unrecht wird nur ausgedrückt, dass der Schwangerschaftsabbruch unter den genannten Umständen kein strafwürdiges und strafbedürftiges Unrecht ist¹⁰⁴. Trotzdem bleibt es Unrecht. Einem rechtswidrigen Angriff muss auch nicht notwendiger Weise ein Verhalten gegen Strafnormen zugrunde liegen¹⁰⁵. Dadurch ist der gegenwärtige, rechtswidrige Angriff bei beratenen Abbrüchen gegeben.

bb. Notwehrhandlung

Schließlich müsste der Nothilfeleistende eine erforderliche und gebotene Notwehrhandlung durchgeführt haben, welche von seinem Verteidigungswillen getragen ist¹⁰⁶. Eine Handlung ist erforderlich, wenn diese geeignet ist, den Angriff zu stoppen und das mildeste Mittel darstellt¹⁰⁷. Es lässt sich für die Verhinderung von beratenen Schwangerschaftsabbrüchen nicht generalisierend sagen, ob die Handlung immer erforderlich war oder nicht. Dies ist immer im Einzelfall zu entscheiden. Der Verteidigungswille gestaltet sich unproblematisch, da der Nothilfeleistende immer das ungeborene Leben retten möchte¹⁰⁸. Dagegen gestaltet sich die Gebotenheit problematisch. Eine Handlung ist geboten, wenn sie nicht rechtsmissbräuchlich ist¹⁰⁹. Jedoch ist es für die Rechtssicherheit von Vorteil, wenn man die Schranken des Notwehrrechts aus seinen Grundgedanken selbst herleitet¹¹⁰. Dementsprechend dient die Notwehr nicht nur dem Schutz des Angegriffenen, sondern zugleich

¹⁰² BT-Drucks 13/1850, S.25.

¹⁰³ Otto, Jura 1996, 135,139.

¹⁰⁴ Otto, Jura 1996, 135,139.

¹⁰⁵ Satzger, JuS 1997, 800, 802; Otto, Jura 1996, 135,139.

¹⁰⁶ Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 333.

¹⁰⁷ Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 335.

¹⁰⁸ Satzger, JuS 1997, 800, 802.

¹⁰⁹ Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 342; SK- Günther, § 32, Rdnr.102.

¹¹⁰ Schönke/Schröder – Perron, § 32, Rdnr.37; Roxin, ZStW 1981, 68,70 f.

der Bewährung der Rechtsordnung¹¹¹. Der Gesetzgeber hat den beratenen Schwangerschaftsabbruch für tatbestandslos erklärt. Wenn der Nothilfeleistende dann einen Abbruch verhindern möchte, stellt er sich gegen die Rechtsordnung und das Schutzkonzept des Gesetzgebers, sodass er nicht die Rechtsordnung für sich beanspruchen kann, um sein Verhalten zu rechtfertigen¹¹².

Somit ist die Nothilfe zugunsten des Ungeborenen nicht geboten und diese darf (einhergehend mit dem Bundesverfassungsgericht und dem Gesetzgeber) nicht geleistet werden.

cc. Nothilfe des Erzeugers

Wie oben dargelegt, wird die Nothilfe für unbeteiligte Dritte versagt. Wesentlich schwieriger ist die Frage, ob dem Erzeuger des ungeborenen Lebens ein Nothilferecht zur Seite stehen darf.

Der Erzeuger des Kindes kann neben der Mutter unzweifelhaft als Beschützergarant angesehen werden¹¹³. Dadurch wird dem Vater auferlegt, dass er jeden rechtswidrigen Angriff – unbeachtlich ob er von der Mutter oder dem Arzt ausgeht - von dem ungeborenen Leben abzuwenden hat¹¹⁴. Aus diesem Grund wäre es dem Vater möglich, den Schwangerschaftsabbruch durch Unterlassen zu begehen, wenn er es unterlässt, die Abtreibung zu verhindern¹¹⁵.

Daher ist die Frage zu beantworten, ob die Garantienpflicht trotz des Willens der Schwangeren bestehen bleibt. Würde man die Nothilfe des Erzeugers zulassen, dann würde das Schutzkonzept des Gesetzgebers unterlaufen und es käme zu einem Widerspruch zu dessen Willen und Intention. Der Gesetzgeber möchte der Schwangeren eine straffreie Abtreibung ermöglichen (siehe oben). Er stellt dabei allein auf die Interessen des Embryos und der Mutter ab¹¹⁶. Deswegen gibt er auch der Schwangeren die Letztverantwortung, die von keiner Instanz überprüft werden kann. Wegen des Letztentscheidungsrechts der Schwangeren ist der Erzeuger nicht zu

¹¹¹ BGHst 24, 356,359.

¹¹² Satzger, JuS 1997, 800,803; Kluth, FamRZ 1993, 1382,1389.

¹¹³ Lackner/Kühl – Kühl, § 218, Rdnr.3;

¹¹⁴ Vgl. Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 715.

¹¹⁵ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 108.

¹¹⁶ Otto/Brammsen, Jura 1985, 530, 538.

Handlungen gegen den Willen der Schwangeren verpflichtet¹¹⁷. Das hat zur Folge, dass dem Erzeuger keine Pflicht auferlegt werden kann, den Abbruch zu verhindern¹¹⁸.

d. Sonstige Auswirkungen

aa. Notstandshilfe, §34

Dadurch, dass wie oben gezeigt ebenfalls die Nothilfe nicht geleistet werden kann, könnte man im Anschluss die Notstandshilfe nach § 34 prüfen.

α. Notstandslage

Als notstandsfähiges Rechtsgut gilt hier ebenfalls das ungeborene Leben. Dieses Rechtsgut müsste auch in der konkreten Situation (Abtreibung) schutzbedürftig und schutzwürdig sein¹¹⁹. Es gibt ein grundsätzliches Abtreibungsverbot, aus welchem sich problemlos die Schutzbedürftigkeit des ungeborenen Kindes ableiten lässt¹²⁰. Die gegenwärtige Gefahr ist ein Zustand, dessen Weiterentwicklung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich befürchten lässt, sofern nicht alsbald Maßnahmen ergriffen werden¹²¹. Die Gegenwärtigkeit einer Gefahr reicht weiter als die Gegenwärtigkeit eines Angriffs nach § 32¹²², sodass hier auch präventive Maßnahmen inbegriffen sind¹²³.

β. Notstandshandlung

Für die Erforderlichkeit und den Rettungswillen der Notstandshandlung gilt dasselbe oben bei der Nothilfe Dargelegte.

γ. Interessenabwägung

Bei der Interessenabwägung werden die widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen¹²⁴. Auf der Seite des nasciturus befindet sich dessen Lebensrecht. Nach herrschender Ansicht kann dieses Recht nicht aufgrund des Alters- und Entwicklungsgrades¹²⁵ des Kindes im Vergleich zum Lebensrecht eines ausgewachsenen Menschen „herabgewertet“ werden. Auf der Interessenseite der

¹¹⁷ Otto, Jura 1996, 135, 140.

¹¹⁸ Otto, Jura 1996, 135, 140.

¹¹⁹ Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 300.

¹²⁰ Satzger, JuS 1997, 800, 803.

¹²¹ Wessels/Beulke, AT, Rdnr.303 mit Fußnote 48.

¹²² Wessels/Beulke, AT, Rdnr.307.

¹²³ Satzger, JuS 1997, 800, 803.

¹²⁴ Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 310.

¹²⁵ Satzger, JuS 1997, 800, 803 mit Fußnote 46.

Schwangeren befinden sich deren Persönlichkeitsrecht und ihre körperliche Integrität¹²⁶. Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes muss gegenüber dem Persönlichkeitsrecht der Frau überwiegen. Die Frau ist als Schöpfer des ungeborenen Kindes dem Anspruch der iustitia distributiva ohne Einschränkung unterworfen¹²⁷. Das bedeutet, sie muss auch Abstriche in Bezug die Wichtigkeit ihrer Interessen machen, sodass das Lebensrecht des Ungeborenen klar überwiegt.

δ. Angemessenheit

Zwar kann im Zuge der Interessenabwägung die Notstandshilfe gewährt, vielleicht jedoch wieder korrigiert werden. Denn die Tat muss ein angemessenes Mittel darstellen, um die Gefahr abzuwenden¹²⁸. Ob dieses Korrektiv der Angemessenheit in den § 34 hineingelesen werden kann, ist strittig. Die herrschende Meinung bejaht dies. Jedoch wird zu Recht behauptet, dass dieser Streit nur eine theoretische Bedeutung hat, da alle Gesichtspunkte, die die herrschende Meinung in den zweiten Wertungsakt einstellt, nach der anderen Ansicht bereits auf der Stufe der allgemeinen Interessenabwägung zu berücksichtigen sind¹²⁹. Dementsprechend ist ein Verhalten des Notstandstäters angemessen, wenn dieses auch nach den anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit als eine sachgemäße und dem Recht entsprechende Lösung der Konfliktlage erscheint¹³⁰. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber hat sich für ein Schutzkonzept durch Beratung und Absehen von Strafe entschieden. Dieser Standpunkt entspricht der Wertvorstellung der Allgemeinheit durch die demokratische Legitimation des Gesetzgebers¹³¹. Die Verhinderung des beratenen Schwangerschaftsabbruches kann demnach nicht in Einklang mit der Wertvorstellung der Allgemeinheit gebracht werden. Das würde das Schutzkonzept des Gesetzes und der Beratung unterlaufen¹³².

Dadurch wird die Notstandshilfe durch eine fehlende Angemessenheit ausgeschlossen.

¹²⁶ BVerfGE 88, 203 LS 5.

¹²⁷ Lennartz, MedR 1993, 179, 181.

¹²⁸ Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 310.

¹²⁹ Satzger, JuS 1997, Fußnote 50 und vgl. Lackner/Kühl – Kühl, § 34, Rdnr.6.

¹³⁰ Satzger, JuS 1997, 800, 804; Schönke/Schröder – Perron, § 34, Rdnr.46.

¹³¹ Satzger, JuS 1997, 800, 804.

¹³² Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 115 f.

bb. Entschuldigender Notstand, §35

Zu guter Letzt bleibt der entschuldigende Notstand nach dem Ausschluss der §§ 32,34. Hier würde die „Rettungstat“ dem Hilfeleistenden nicht persönlich vorgeworfen.

α. Notstandslage

Die Voraussetzungen der Notstandslage des § 35 sind enger als die des § 34. Hier werden nur Leben, Leib und Freiheit geschützt und der gefährdete Personenkreis ist auf Angehörige und nahestehende Personen beschränkt, § 35 I 1. Dadurch sind Hilfeleistungen von Außenstehenden nicht möglich¹³³. Es ist strittig, ob das ungeborene Leben sich unter „Leben“ des § 35 subsumieren lässt. Der einen Meinung¹³⁴ zu Folge ist dies unproblematisch möglich. Die andere Auffassung möchte diesen Schutz nicht gewähren¹³⁵. Die Rechtsgüter „Leib“ und „Freiheit“ können sich nur auf einen geborenen Menschen beziehen¹³⁶. Damit ist es nur folgerichtig, dass dies bei dem Rechtsgut „Leben“ ebenso der Fall ist. Der Embryo genießt außerdem nur einen schwachen Schutz im Strafgesetzbuch (vgl. § 218 ff.)¹³⁷. Zusätzlich kann der Fete nicht als Angehöriger oder nahestehende Person im Sinne des § 35 gelten¹³⁸. Schließlich erscheint es auch dem Schutzkonzept des Gesetzgebers zu widersprechen, wenn man gerade auf der Schuldebene nun das Strafbarkeitsurteil weglassen würde. So müsste die Frau auf einmal doch befürchten, dass gegen ihren Schwangerschaftsabbruch vorgegangen werden könnte. Damit würde das Risiko einer Laienabtreibung steigen. Daher erscheint es nicht ratsam, das werdende Leben unter den Begriff des Lebens zu fassen. Wenn jedoch der zustimmenden Auffassung gefolgt werden sollte, dann ist ein Schutz durch den § 35 möglich.

β. Notstandshandlung

Die Notstandshandlung müsste erforderlich sein und von einem Rettungswillen getragen werden. Hier gelten dieselben Prinzipien wie

¹³³ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 117.

¹³⁴ Satzger, JuS, 800, 804; SK- Rogall, § 35, Rdnr.15; Schönke/Schröder – Perron, § 35, Rdnr. 4.

¹³⁵ Lackner/Kühl – Kühl, §35, Rdnr.3; Roxin, JA 1990, 97, 101; LK – Hirsch, § 35, Rdnr. 40.

¹³⁶ Roxin, JA 1990, 97, 101.

¹³⁷ Roxin, JA 1990, 97, 101.

¹³⁸ Roxin, JA 1990, 97, 101.

beim rechtfertigenden Notstand. Weiterhin müsste die Notstandshandlung verhältnismäßig sein. Der angerichtete Schaden darf nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Schwere der Gefahr stehen¹³⁹. Die Verhinderung eines Schwangerschaftsabbruches kann selten zu einem Missverhältnis führen, weil jedes Mal das Leben des Ungeborenen geschützt werden soll¹⁴⁰. Dementsprechend ist nur noch zu hinterfragen, ob möglicherweise eine Duldungspflicht nach § 35 I 2 eingreifen könnte. Eine Duldungspflicht wird nur begründet, wenn ein rechtmäßiges Handeln vorliegt¹⁴¹. Bei dem beratenen Schwangerschaftsabbruch hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gesagt, dass dies kein rechtmäßiges Handeln sei. Demzufolge müsste man eine Duldungspflicht des Hilfeleistenden verneinen. Jedoch erscheint es aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung, das ungeborene Leben effektiver durch Beratung als durch Bestrafung zu schützen, trotzdem zumutbar, einen tatbestandslosen Schwangerschaftsabbruch hinzunehmen¹⁴². Aber diese Entscheidung hat keine Durchschlagkraft auf die Schuldebene. Hier wird ausschließlich auf den persönlichen Konflikt geschaut. Dementsprechend wäre es möglich, für den Hilfeleistenden Verständnis zu zeigen. Man könnte seine Reaktion billigen, sofern sie ihren Ursprung in der besonderen Beziehung zu dem ungeborenen Leben hat¹⁴³.

Schlussendlich sollte jedoch auch der entschuldigende Notstand verweigert werden, weil ansonsten das Schutzkonzept unterlaufen werden würde.

e. Teilnahme an einer tatbestandslosen Tat

Der beratene Schwangerschaftsabbruch ist eine tatbestandslose Tat. Demnach wären Beihilfe- und Anstiftungshandlungen im strafrechtlichen Sinne nicht möglich. Es fehlt eine rechtswidrige, vorsätzliche Haupttat. Jedoch sind theoretisch viele Handlungen denkbar. Zum Beispiel könnte man der Schwangeren das Geld für den Abort geben/leihen oder man könnte sie zur Praxis fahren. Die

¹³⁹ Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 439.

¹⁴⁰ Vgl. Satzger, JuS 1997, 800, 804 f.

¹⁴¹ Schönke/Schröder – Perron, § 35, Rdnr. 18.

¹⁴² Schönke/Schröder – Perron, § 35, Rdnr. 35.

¹⁴³ Satzger, JuS 1997, 800, 805.

Beispiele zeigen, dass Beihilfe- und Anstiftungshandlungen möglich sind. Wenn man nun den Tatbestandsausschluss des § 218 a als Gesamtstraftatbestand begreift¹⁴⁴, dann wäre eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat gegeben und eine Teilnahme durchaus möglich. Jedoch erscheint dieses Ergebnis sinnwidrig. Denn durch die Bestrafung der Teilnehmer würde die Schwangere in ihrem sozialen Umfeld völlig isoliert und könnte nicht mehr auf Hilfe hoffen¹⁴⁵. Daher erscheint es besser, den Strafbarkeitsausschluss auch für den Teilnehmer gelten zu lassen¹⁴⁶. Dadurch muss die Schwangere keine nachteiligen Folgen für sich und ihre Umwelt fürchten, sodass der gewollte Schutz des Beratungskonzeptes in Takt bleibt. Die bewusste Letztentscheidung der Schwangeren bleibt so auch bedingungslos gewahrt.

f. Zusammenfassung

Das Bundesverfassungsgerichtsurteil schafft paradoxe strafrechtliche Folgen, welche sich nur mit dem „Totschlagargument“ des gesetzgeberisch gewollten Schutzkonzeptes manchmal noch begründen lassen. Denn die Nothilfe, Notstandshilfe und der entschuldigende Notstand werden ausgeschlossen und am Abbruch kann nicht teilgenommen werden.

3. Zivilrechtliche Folgen

a. Wirksamkeit des Abbruchvertrages

Beim beratenen Schwangerschaftsabbruch kommt wie bei jedem anderen Heileingriff ein Vertrag zustande. Dieser soll die Rechte und Pflichten der einzelnen Parteien regeln und sicherstellen, dass die einzelnen Ansprüche der Schwangeren und des Arztes durchgesetzt werden können. Zum Beispiel hat die Schwangere einen Anspruch auf eine Durchführung der Abtreibung nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Darüber hinaus kann sie einen Schadensersatzanspruch bei einem gescheiterten Abbruch geltend machen¹⁴⁷. Der Arzt kann sein Honorar verlangen. Aber diese Ansprüche können nur durchgesetzt werden, wenn der Vertrag über den rechtswidrigen

¹⁴⁴ Langer, Zfl,

¹⁴⁵ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 120.

¹⁴⁶ Joecks, Studienkommentar, §218 a , Rdnr. 1.

¹⁴⁷ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 123.

Schwangerschaftsabbruch nach den §§ 134, 138 BGB nicht unwirksam ist. Denn der Grundsatz besagt, dass Verträge über rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche nichtig sind¹⁴⁸.

Zunächst sollte der Vertragstypus genauer beleuchtet werden, bevor die Problematik der §§ 134, 138 BGB aufgerollt werden.

Bei dem Arztvertrag über einen beratenen Schwangerschaftsabbruch ist prinzipiell nur die ordnungsgemäße Durchführung gefordert, wobei ein Erfolg der Abtreibung nicht immer versprochen werden kann. Dies spricht für einen Dienstvertrag nach § 611 BGB¹⁴⁹.

aa. Nichtigkeit aufgrund § 134 BGB

Dieser Dienstvertrag könnte aufgrund § 134 BGB nichtig sein. Bei einem beratenen Schwangerschaftsabbruch handelt es sich um eine rechtswidrige Handlung, welche den Tod des Embryonen herbeiführt. Dieser Embryo genießt einen Lebensschutz aus Art. 2 II 1 in Verbindung mit Art. 1 I GG. Daraus erwächst auch das generelle Verbot des Schwangerschaftsabbruches¹⁵⁰. Somit könnte man aus dem Grundgesetz das Tötungsverbot herauslesen. Dafür müssten aber die Grundrechte eine Drittwirkung für das Bürgerliche Gesetzbuch besitzen. Art. 9 III 2, 20 IV GG sind Beispiele für eine unmittelbare Drittwirkung. Sie zeigen, dass die unmittelbare Drittwirkung unserer Rechtsordnung nicht fremd ist. Jedoch ist heute nach herrschender Meinung¹⁵¹ nur eine mittelbare Drittwirkung möglich. Hier finden die Grundrechte ihr Eingangstor über die Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches¹⁵². Damit ist es nicht möglich, das Tötungsverbot aus dem Grundgesetz selbst herzuleiten.

Jedoch ist es denkbar, §§ 218 ff. als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB zu sehen. Hierbei entsteht das Problem, dass § 218 a den Tatbestand des § 218 entfallen lässt und damit der objektive

¹⁴⁸ MüKO – Armbrüster, § 134 BGB, Rdnr. 53; OLG Bremen, VersR 1983, 288 (http://www.wiso-net.de/webcgi?START=A60&DOKV_DB=ZECU&DOKV_NO=VRR01x035x1984x12x0288x0016&DOKV_HS=0&PP=1;S.3)

¹⁴⁹ MüKO – Müller-Glöge, § 611 BGB, Rdnr. 79; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechtes, § 38, Rdnr. 36 ff. mit Fußnote 6; EuGH, EuZW 1993, 35 LS. 1.

¹⁵⁰ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 126.

¹⁵¹ Guckelberger, JuS 2003, 1551, 1553 ff; Staudinger – Honsell/ Coing; Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rdnr. 193 ff mit Fußnote 278.

¹⁵² Staudinger – Honsell/ Coing; Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rdnr. 193.

Tatbestand nicht erfüllt ist. Das hat zur Folge, dass man keinen Verstoß gegen § 218 feststellen kann und somit auch keinen Verstoß gegen ein mögliches Verbotsgesetz¹⁵³. Jedoch muss dagegen gehalten werden, dass es die Intention des Gesetzgebers war, genau dieses Verbot des §218 aufrechtzuerhalten¹⁵⁴, sodass dieser wiederum als Verbotsgesetz angesehen muss. Das hätte zur Folge, dass der Arztvertrag unwirksam würde.

Aber es könnte noch die Möglichkeit bestehen, dass sich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt, § 134 BGB, sodass der Vertrag trotzdem wirksam wäre. Der Wortlaut des § 218 sagt nichts darüber, ob der Behandlungsvertrag als wirksam oder unwirksam angesehen werden sollte. Jedoch besagt § 218 ausdrücklich, dass der Abbruch durch einen Arzt vorgenommen werden soll. Unter diesen Umständen wäre es widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber die Straflosigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs von der Mitwirkung eines Arztes abhängig machen würde, den darauf gerichteten Behandlungsvertrag aber gleichzeitig mit einem gesetzlichen Verbot belegen würde¹⁵⁵. Damit ergibt sich aus der Intention des Gesetzgebers etwas anderes, sodass es nicht als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB angesehen werden kann.

Eine Ausnahme muss jedoch gemacht werden: Wenn der Arzt und die Schwangere vor der Beratung den Vertragsschluss über den Schwangerschaftsabbruch herbeiführen, ist dieser nichtig. Der Grund dafür ist folgender: Das Bundesverfassungsgericht sagt in seinem Urteil, dass die Beratung zwar ergebnisoffen, aber zielorientiert sein solle¹⁵⁶. Die Frau soll somit motiviert werden, sich an einer Konfliktlösung zu beteiligen. Wenn der Arzt und die Schwangere nun schon den Behandlungsvertrag abgeschlossen hätten, wäre die Frau bei der Wirksamkeit des Vertrages nicht mehr gewillt, sich an der Konfliktlösung zu beteiligen. Sie würde bestimmt von der Angst vor möglichen Schadensersatzansprüchen auf Seiten des Arztes, sodass

¹⁵³ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 130.

¹⁵⁴ BVerfGE 88, 203, 255.

¹⁵⁵ Engelhardt, VersR 1988, 540 (http://www.wiso-net.de/webcgi?START=A60&DOKV_DB=ZECU&DOKV_NO=VRA02x039x1988x21x0540x0002&DOKV_HS=0&PP=1; S.2).

¹⁵⁶ BVerfGE 88, 203, 227 f. , 297 f.

ein effektiver Schutz des ungeborenen Lebens durch die Beratung nicht mehr möglich wäre¹⁵⁷. Damit verlöre das Schutzkonzept seine Bedeutung und dies wäre nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Daher ist der Vertrag, welcher vor der Beratung abgeschlossen wird, nichtig. Diese Unwirksamkeit des Behandlungsvertrages erstreckt sich bis auf die drei Tage Bedenkzeit¹⁵⁸.

bb. Nichtigkeit nach § 138 BGB

Wie oben gezeigt, ist der Behandlungsvertrag nicht nach § 134 BGB unwirksam. Jedoch besteht noch die Möglichkeit, dass dieser aufgrund der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig sein könnte. Bei § 138 BGB handelt es sich um eine Generalklausel, wo über eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte nachgedacht werden kann¹⁵⁹. Das bedeutet, dass der Vertrag möglicherweise aufgrund des Tötungsverbotes aus Art. 2 II 1 in Verbindung mit Art. 1 I GG sittenwidrig ist. Würde man jetzt soweit gehen, zu sagen, dass eine Sittenwidrigkeit bejaht wird, dann würde die Verfassung selbst ein sittenwidriges Verhalten (beratene Schwangerschaftsabbrüche) zulassen¹⁶⁰. Davon kann nicht ausgegangen werden. Dementsprechend ist zumindest hiernach eine Sittenwidrigkeit zu verneinen. Möglicherweise könnte man noch zu einer Sittenwidrigkeit gelangen, wenn man die Wertvorstellungen der Bevölkerung mit einbezieht. Jedoch ist die heutige Gesellschaft gespalten, was beratene Schwangerschaftsabbrüche angeht¹⁶¹. Es ist keine Einigkeit in der Bevölkerung zu sehen, sodass von einem einheitlichen Werturteil der Bevölkerung nicht gesprochen werden kann. Somit kann auch hier die Sittenwidrigkeit nicht bejaht werden.

cc. Ergebnis

Der Arztvertrag über den Behandlungsabbruch ist wirksam und unterfällt nicht den §§ 134, 138 BGB; ausgenommen wird davon die oben genannte Konstellation, wenn der Vertrag vor der Beratung

¹⁵⁷ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 135 f.

¹⁵⁸ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 136.

¹⁵⁹ Vgl. Staudinger – Honsell/ Coing; Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rdnr.193.

¹⁶⁰ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 138.

¹⁶¹ Kluth, MedR 1996, 546, 552.

abgeschlossen worden ist.

4. Auswirkungen auf sonstige Rechtsgebiete

Neben den zivil- und strafrechtlichen Auswirkungen hat das Bundesverfassungsgerichtsurteil noch weitere Auswüchse in anderen Rechtsgebieten. Das Unrechtsurteil über einen beratenen Schwangerschaftsabbruch ist dahingehend zu vollstrecken, dass private Krankenversicherungsverträge unwirksam sein sollen und dementsprechend bei dieser Abtreibung die Krankenkassenleistungen ausgeschlossen sind¹⁶². Jedoch gibt es trotzdem die Möglichkeit, dass Sozialhilfeleistungen gezahlt werden, wenn eine Frau nicht in der Lage sein sollte, sich einen Schwangerschaftsabbruch zu leisten¹⁶³. Schließlich besitzt die abbrechende Schwangere noch einen Fortzahlungsanspruch des Arbeitsentgeltes¹⁶⁴.

D. Unrechtsteilnahme des Arztes

Neben der Schwangeren ist der Arzt eine weitere Hauptfigur, welche sich am beratenen Schwangerschaftsabbruch beteiligt. Der Arzt allein ist dazu befähigt, die Abtreibung durchzuführen, §218 a I Nr.1, 2. Daher trägt er die Verantwortung für das Geschehen und hat seine Aufgaben und Probleme, die im Weiteren zu klären sind.

I. Anforderungen an den Arzt und dessen Aufgaben

Der Arzt hat in den Fällen des Schwangerschaftsabbruches drei große Felder abzudecken: Er muss das Vorliegen der Indikationen/ Voraussetzungen des beratenen Abbruches feststellen, er hat die Schwangere zu beraten und er trägt die Verantwortung für die Durchführung.

Für die erste und zweite Kategorie gilt, dass der Arzt sich der Voraussetzungen (Bescheinigung, innerhalb der ersten 12 Wochen und so weiter) und des Konfliktbewusstseins der Frau vergewissern muss¹⁶⁵. Hier wird deutlich, dass dem Arzt nicht nur die Primärpflicht eines kunstgerechten Eingriffes übertragen wird, sondern auch die Verantwortung einer ordnungsgemäßen Durchführung des Gesetzes¹⁶⁶. Er trägt die Verantwortung für die Straffreiheit des

¹⁶² Hermes/Walther, NJW 1993, 2337, 2338; BVerfGE 88, 203, 106,110.

¹⁶³ BVerfGE 88, 203, 314.

¹⁶⁴ BVerfGE 88, 203, 314.

¹⁶⁵ Hillgruber, Zfl 2000, 46,47.

¹⁶⁶ LK – Kröger, Vor §§ 218 ff., Rdnr. 23.

Abbruches. Jedoch sollte angemerkt werden, dass der Arzt nicht verpflichtet ist, die Gründe der Frau auf Richtigkeit zu überprüfen¹⁶⁷. Die dritte Anforderung, dass der Abbruch nur vorgenommen werden sollte, wenn dieser auch verantwortbar ist, ist schwierig zu umreißen. Es gibt nirgends eine Definition der Verantwortung, die vom Arzt gefordert wird¹⁶⁸. Eine mögliche Ansicht wäre, dass rechtswidrige Abbrüche grundsätzlich als unverantwortbar anzusehen sind, sodass die Folge wäre, dass Ärzte nur noch indizierte Abbrüche vornehmen sollten¹⁶⁹. Dies erscheint jedoch nicht sachdienlich, weil das Konzept des Gesetzgebers von dem Fakt, dass bereitwillige Ärzte vorhanden sind, lebt. Dementsprechend müssen sie sie auch für verantwortbar halten, sodass an die Verantwortbarkeit ein anderer Maßstab angelegt werden sollte.

II. Konfliktfeld

Die Ärzte werden rechtlich verpflichtet, an Abbrüchen teilzunehmen, obwohl dies für den Arzt standesrechtliche, standesethische als auch weiterführende Probleme bedeutet.

Die Grundaufgabe eines jeden Mediziners ist es, Patienten vor Krankheiten zu schützen und deren Gesundheit wiederherzustellen¹⁷⁰. Im Gegensatz dazu sind sie auch verpflichtet, das ungeborene Leben zu schützen, § 1 II (Muster-) Berufsordnung 2011. Damit wäre der erste Widerspruch begründet. Einerseits müssen die Ärzte den Abbruch vornehmen, da er der Gesundheit der Schwangeren dient und sie zu diesem verpflichtet sind. Andererseits müssten sie aber zugleich das Ungeborene vor dem Abbruch bewahren. Demnach macht sich der Arzt de facto entweder einer unterlassenen Hilfeleistung an der Frau oder einer unmittelbaren Tötung am Embryo strafbar. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht durch sein Urteil das ärztliche Handeln in Bezug auf den Embryo als rechtmäßig fingiert¹⁷¹, sodass der Arzt eine straflose Tötung des Ungeborenen vornehmen kann. In diesem Moment verlassen die Ärzte ihren Heilauftrag und fügen sich

¹⁶⁷ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 165.

¹⁶⁸ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 167.

¹⁶⁹ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 166.

¹⁷⁰ Hepp, JVL 10 (1993), 13, 16.

¹⁷¹ Kluth, MedR 1996, 546, 548.

komplett dem willkürlichen Patientenwillen¹⁷².

Darüber hinaus gehört die Durchführung eines Abbruches nicht in das klassische Berufsbild eines Arztes¹⁷³. Der Arzt muss einen Eingriff vornehmen, welcher straf- wie verfassungsrechtlich rechtswidrig ist¹⁷⁴, aber trotzdem zugleich die Einhaltung des § 218 a bedeutet und im Ergebnis straffrei ist. Daraus ergibt sich, dass der Arzt keine nachteiligen Folgen in Kauf nehmen muss¹⁷⁵. Daher ist es für den Arzt von geringer Bedeutung, wie der Abbruch rechtlich gewertet wird. Damit bleiben für den Arzt nur noch ein moralischer Konflikt und ein standesrechtlicher Konflikt bestehen. Der standesrechtliche Konflikt muss innerhalb der Berufsordnung geregelt werden. Jedoch leidet der Ärztestand selbst momentan an einem Verlust des Standesethos¹⁷⁶, sodass dieser zuerst wieder einen Konsens finden muss. Dieser muss dann schließlich in der Berufsordnung manifestiert werden, sodass sich auch der standesrechtliche Konflikt löst. Der moralische Konflikt kann nur individuell von jedem Arzt selbst gelöst werden. Angesichts der Tatsache, dass die Ärzte Rückendeckung von den Gerichten und der Rechtsprechung erhalten¹⁷⁷, sollte dies den Ärzten möglich sein.

III. Weigerungsrecht

Wie oben dargelegt, befindet sich der Arzt immer auf einer schmalen Gratwanderung, was dieses Konfliktfeld betrifft. Deswegen wird ihm ein Weigerungsrecht zugestanden¹⁷⁸, sodass ihm die Möglichkeit gegeben ist, sich diesem Konflikt zu entziehen. Durch die Inanspruchnahme seines Weigerungsrechtes nach § 12 I Schwangerschaftskonfliktgesetz sollen dem Arzt keine Nachteile erwachsen¹⁷⁹. Deswegen ist es dem Arzt auch möglich, einen Schwangerschaftsabbruch verantwortlich und die Beratung gewissenhaft zu vollziehen¹⁸⁰.

¹⁷² Kluth, MedR 1996, 546, 546.

¹⁷³ Kluth, MedR 1996, 546, 548.

¹⁷⁴ Kluth, MedR 1996, 546, 548.

¹⁷⁵ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 170.

¹⁷⁶ Kluth, MedR 1996, 546, 552.

¹⁷⁷ Siehe: Flugblattentscheidung: BGH, Beschluss vom 1. 4. 2003 - VI ZR 366/02 (Stuttgart) = NJW 2003, 2011; Abbruch unter dem Schutz der Berufsfreiheit des Arztes (NK – Merkel, § 218 a, Rdnr. 58.).

¹⁷⁸ BVerfGE 88, 203, 266.

¹⁷⁹ BVerfGE 88, 203, 266.

¹⁸⁰ BVerfGE 88, 203, 294.

a. Grundsätze

Das Weigerungsrecht dient als Ausgleich zum Mitwirkungserfordernis. Dieses erstreckt sich auf den gesamten § 218a und dessen Konstellationen¹⁸¹. Der Arzt kann sein Weigerungsrecht ausüben ohne Gründe für sein Verhalten anzugeben¹⁸². Deswegen können die Gründe durch das Gewissen des Arztes oder auch ganz anders motiviert sein¹⁸³. Den Arzt trifft auch keine Beweislast bezüglich der Annehmbarkeit oder Ernsthaftigkeit seiner Entscheidung, sein Weigerungsrecht zu nutzen¹⁸⁴. Jedoch gibt es von dem Grundsatz der freien Entscheidung zum Weigerungsrecht eine Ausnahme. Dieses wird ausgeschlossen, wenn die Mitwirkung an einem Schwangerschaftsabbruch erforderlich ist, um die Frau vor dem Tod oder einer schweren Gesundheitsschädigung zu bewahren, § 12 II SchKG. In einer solchen Situation muss das Interesse des Arztes hinter die Belange der Frau zurücktreten¹⁸⁵. Es gibt auch vereinzelt Meinungen, die den Ausschluss des Weigerungsrechtes schon fordern, wenn es einer Frau nicht möglich sein sollte, einen anderen bereiten und fähigen Arzt für den Abbruch rechtzeitig zu erreichen¹⁸⁶. Eine weitere Grenze des Weigerungsrechtes liegt darin, dass dieses nicht willkürlich und/oder missbräuchlich benutzt werden darf, zum Beispiel um Sonderentgelt zu erwirken¹⁸⁷.

Wie oben gezeigt wurde, steht jedem Arzt dieses Recht zu, sodass keiner den Abbruch vornehmen muss. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass eine Schwangere keinen Anspruch auf Vornahme des Eingriffes gegen einen bestimmten Arzt haben kann¹⁸⁸. Grundsätzlich steht dem Arzt, der die Schwangerschaft abbricht, das Weigerungsrecht zu. Jedoch wird dieses auch auf die unmittelbar und mittelbar Betroffenen am Abbruch (zum Beispiel Hilfspersonal, Pflegekräfte, Krankenhausleitung) ausgeweitet¹⁸⁹. Dementsprechend

¹⁸¹ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 177.

¹⁸² MüKO – Groppe, § 218 a, Rdnr. 97; Schönke/Schröder – Eser, § 218 a, Rdnr. 85.

¹⁸³ LK – Kröger, § 218 a, Rdnr. 81.

¹⁸⁴ Schönke/ Schröder – Eser, § 218 a, Rdnr. 84.

¹⁸⁵ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 175.

¹⁸⁶ SK – Rudolphi/Rogall, § 218 a, Rdnr. 51.

¹⁸⁷ LK – Kröger, § 218 a, Rdnr. 81.

¹⁸⁸ NK – Merkel, § 218 a, Rdnr. 164.

¹⁸⁹ MüKO – Groppe, § 218 a, Rdnr. 97; Schönke/Schröder – Eser, § 218 a, Rdnr. 84.

ist dasjenige medizinische Personal nicht umfasst, welches an der Nachbehandlung beteiligt ist¹⁹⁰.

b. Problematik des Weigerungsrechtes nach einem Vertragsabschluss

Wie oben dargelegt, hat der Arzt die Möglichkeit von seinem Weigerungsrecht Gebrauch zu machen, ohne die Gründe seiner Entscheidung preisgeben zu müssen. Dies gilt ausnahmslos für Situationen, die vor einem Vertragsabschluss vorliegen¹⁹¹.

Problematischer sind die Fälle, in denen der Arzt sich vorher durch einen Vertrag verpflichtet hat, den Abbruch vorzunehmen, und sich im Nachhinein auf sein Weigerungsrecht beruft.

Der einen Meinung¹⁹² nach sollte es ein uneingeschränktes Weigerungsrecht geben. Der Grund dafür ist, dass das Recht der Weigerung unabdingbar ist¹⁹³. Das bedeutet, dass die Hauptleistungspflicht im Vertrag nur als berechtigte Leistung und nicht als verpflichtende angesehen werden kann¹⁹⁴. Dadurch ist es dem Arzt möglich, sich im Nachhinein einseitig durch sein Weigerungsrecht von dem Vertrag zu lösen. Diese Meinung würde aber zur Rechtsunsicherheit führen. Denn somit könnte die Schwangere nie sicher sein, dass ein Arzt den geschlossenen Vertrag auch einhält und gezwungen werden, ein Kind gegen ihren Willen auszutragen¹⁹⁵.

Eine andere Meinung¹⁹⁶ möchte den vollständigen Ausschluss des Weigerungsrechtes nach Vertragsabschluss. Durch den freiwilligen Vertragsschluss hat sich der Arzt in seiner eigenen Privatautonomie eingeschränkt. Durch den Abschluss des Vertrages hat der Arzt freiwillig auf sein Recht der Weigerung verzichtet, sodass ihm die Berufung nach Vertragsvereinbarung nicht mehr möglich ist¹⁹⁷.

Eine dritte und vermittelnde Meinung¹⁹⁸ besagt, dass höchstens noch

¹⁹⁰ SK – Rudolphi/Rogall, §218 a, Rdnr.49.

¹⁹¹ SK – Rudolphi/Rogall, §218 a, Rdnr.50.

¹⁹² OLG Zweibrücken, MedR 2000, 540.

¹⁹³ BVerfGE 88, 203, 266.

¹⁹⁴ OLG Zweibrücken, MedR 2000, 540.

¹⁹⁵ Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 179.

¹⁹⁶ OLG Zweibrücken, MedR 2000, 540, 541.

¹⁹⁷ Harrer, DRiz, 1990, 137, 139.

¹⁹⁸ Harrer, DRiz, 1990, 137, 139 f.

eine Weigerung aus Gewissensgründen in Frage kommt. Hier werden die Gewissensnöte höher bewertet als der Vertragsschluss. Dies bedeutet auf der einen Seite eine Beschneidung des Weigerungsrechtes, denn grundsätzlich muss der Arzt seine Gründe für die Inanspruchnahme seines Rechtes nicht darlegen (siehe oben). Jedoch wird der Arzt auf der anderen Seite dann nicht am Vertrag festgehalten, sondern behält die Möglichkeit, sich von diesem zu lösen. Jedoch spricht dagegen, dass man Gewissensnöte nicht nachweisen kann¹⁹⁹ und somit der Vertragsabschluss der Willkür des Arztes preisgegeben wird. Demzufolge kann die Schwangere auch hier keine Sicherheit erlangen, dass die Abtreibung vorgenommen wird.

Damit erscheint die zweite Meinung, die den Arzt am Vertrag festhalten möchte, am besten. Denn sie ist der Rechtssicherheit am dienlichsten und garantiert auch die Einhaltung des vom Gesetzgeber gewollten Schutzkonzeptes.

c. Abbruchvornahme als Einstellungsbedingung

Der Staat garantiert ein flächendeckendes Angebot an abbruchsvornehmenden Institutionen²⁰⁰. Dieses Konzept ist aber nur zu verwirklichen, wenn es auch genügend bereitwillige Ärzte gibt²⁰¹. Daher sind folgende Situationen durchaus denkbar:

Erstens: Der Arbeitsvertrag zwischen dem Arzt und dem Krankenhaus enthält eine Abtreibungsklausel, sodass der Arzt verpflichtet wird, Abbrüche vorzunehmen. Diese Möglichkeit kann durchaus bestehen, wenn diese Klausel schon der Stellungsanschreibung zu entnehmen ist. Denn dadurch bleibt die Gewissensfreiheit des Arztes gewahrt, sich für oder gegen eine solche Stelle zu entscheiden. Dementsprechend ist der einwilligende Arzt dann auch zur Vornahme eines Abbruches verpflichtet.

Zweitens: Der Krankenhausträger lässt Schwangerschaftsabbrüche zu. Dadurch ist der Arzt noch nicht verpflichtet, eine Abtreibung vorzunehmen. Wenn der Arzt sich jedoch weigert und er dann nicht anderweitig beschäftigt werden kann, ist eine Kündigung durchaus

¹⁹⁹ Vgl. Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Absatz 1 StGB“, S. 180.

²⁰⁰ BVerfGE 88, 203, 354.

²⁰¹ Kluth, MedR 1996, 546, 548.

denkbar²⁰².

E. Zusammenfassung

Die neue Regelung des § 218 a wirft, wie oben dargelegt wurde, eine Menge Fragen und Probleme auf.

Die Aufgabe des Staates, das ungeborene Leben zu schützen, ist der richtige Ansatz. Jeder Menschen, irrelevant ob geboren oder ungeboren, sollte ein Recht haben, zu leben. Jedoch wäre dieser Schutz möglicherweise auch auf andere Weise denkbar. Wenn man diesen Bereich ungeregelt ließe und die Strafnorm des § 218 ff. aufheben würde, hätte man denselben Schutz für das Leben wie momentan. Die § 218 hat nur noch eine Appellfunktion, wie oben dargelegt. Dieser Appell hält jedoch die wenigsten Frauen davon ab eine Abtreibung vornehmen zu lassen. Denn durch die Konstruktion, welche um § 218 gebaut worden ist, hat die Frau die Letztverantwortung, sodass sie „willkürlich“ entscheiden kann. Das heißt, sie fragt sich selbst, ob sie eine Abtreibung mit sich und ihrem Leben vereinbaren kann. Sie ist nur ihren eigenen Wert- und Moralvorstellungen unterworfen. Genau dieselbe Situation würde man vorfinden, wenn es keine Regelungen gäbe. Dadurch wäre das Vorhaben nicht rechtswidrig und alle anderen Probleme würden nicht auftreten. Man könnte keine Nothilfe leisten, der Vertrag wäre wirksam, ohne dass man irgendwelche dogmatisch fragwürdigen Konstruktionen bilden müsste. Man müsste nur gewährleisten, dass die Frauen die Möglichkeit haben, einen Abbruch vornehmen zu lassen. Hierfür müsste lediglich der Ärztestand sich seiner Handhabe mit dem Abbruch bewusst werden und dann wäre alles erdenklich Mögliche für den Schutz des Lebens getan. Jedoch ist nicht zu erwarten, dass die §§ 218 ff. aufgehoben werden. Deswegen könnte eine weitere Möglichkeit hierin liegen, dass der Gesetzgeber seiner Ausichts- und Nachbesserungspflicht²⁰³ nachkäme und alle Ungereimtheiten regeln würde. Dann könnte das gewollte Konzept des Staates mit dem Rechtswidrigkeitsverdikt auch gänzlich und ohne Zweifel zum Tragen kommen.

²⁰² Kluth, MedR 1996, 546, 550.

²⁰³ BVerfGE 88, 203, 202.

Hiermit versichere ich - [REDACTED] - , dass ich die oben
verwandten Hilfsmittel und Quellen alle zitiert und ordnungsgemäß verwendet habe.