

**Inauguraldissertation zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte durch die Juristische Fakultät der
Universität Rostock**

Jana Rohloff-Brockmann

**Spätabtreibung:
Rechtslage und Konflikte.**

Betreut durch: Prof. Dr. Ralph Weber

Dekan: Prof. Dr. Wolfgang März
Universität Rostock

Erstgutachter: Prof. Dr. Ralph Weber
Universität Greifswald
zuvor Universität Rostock

Zweitgutachter: Prof. Dr. Bernhard Hardtung
Universität Rostock

Eingereicht am: 21.12.2008

Tag der Disputation: 26.08.2010

Note: Magna cum laude

Meiner Familie

Überblick

ÜBERBLICK	V
INHALTSVERZEICHNIS.....	VII
§ 1. EINFÜHRUNG	1
A. Thematischer Überblick und Problemumriss	1
B. Begriffsfestlegungen	5
C. Synopse – Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch und zur Spätabtreibung	7
§ 2. VERFASSUNGSRECHTLICHE UND VERFASSUNGSGERICHTLICHE VORGABEN	13
A. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch.....	13
B. Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	40
C. Die wesentlichen, verfassungsgerichtlichen und -rechtlichen Vorgaben	51
§ 3. DIE EINFACHGESETZLICHE RECHTS Lage IM HINBLICK AUF DIE SPÄTABTREIBUNG.....	53
A. Spätabtreibung als tatbestandlicher Schwangerschaftsabbruch	53
B. Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB	69
C. Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 34 StGB.....	103
D. Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 4 StGB	114
E. Beispiele „fälle“	116
F. Fazit	135
§ 4. BESONDERE PROBLEME IM ZUSAMMENHANG MIT DER SPÄT ABTREIBUNG EINES EXTRAUTERIN LEBENSFÄHIGEN KINDES	139
A. Die Ausgangslage: Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburt nach erlaubter Abtreibung.....	139
B. Der Konflikt	149
C. Verifizierung und Lösung des Konflikts.....	151
D. Überlegungen de lege ferenda	205

§ 5. SCHLUSS.....	211
A. Zusammenfassende Thesen	211
B. Schlussbemerkungen	212
LITERATURVERZEICHNIS	215

Inhaltsverzeichnis

ÜBERBLICK	V
INHALTSVERZEICHNIS	VII
§ 1. EINFÜHRUNG	1
A. Thematischer Überblick und Problemumriss	1
B. Begriffsfestlegungen	5
I. Spätabtreibung	5
II. Extrauterine Lebensfähigkeit	6
C. Synopse – Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch und zur Spätabtreibung	7
§ 2. VERFASSUNGSRECHTLICHE UND VERFASSUNGSGERICHTLICHE VORGABEN	13
A. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch.....	13
I. Die besondere Bedeutung der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch	13
II. Die wesentlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.....	15
1. Der Ausgangspunkt: die kollidierenden Rechte	15
a. Verfassungsrechtlicher Schutz des nasciturus	16
aa. Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG	16
bb. Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG	17
b. Kollidierende Rechte der Mutter	18
2. Verfassungsgerichtliche Vorgaben zur Konfliktlösung	18
a. Schutzwicht des Staates	18
b. Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs	20
c. Ausnahmetatbestände	21
aa. Das Kriterium der Unzumutbarkeit	22
bb. Verfassungsrechtlich zulässige Ausnahmekonstellationen	22
cc. Die Qualifikation der Ausnahmetatbestände als nicht-rechtswidrig durch das Bundesverfassungsgericht	25
dd. Zur teilweisen Aufhebung der Bindungswirkung führende Widersprüche in der Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen?	27
(1) Vereinbarkeit von Ausnahmetatbeständen mit dem Menschenwürdeschutz des nasciturus	28
(2) Die Möglichkeit der Qualifikation der Ausnahmetatbestände als nicht-rechtswidrig	29

(a) Argumente gegen eine rechtfertigende Wirkung	29
(b) Argumente für eine rechtfertigende Wirkung.....	31
(c) Fazit	34
3. Verfassungsgerichtliche Vorgaben zur Ausgestaltung eines Schutzkonzeptes.....	36
B. Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	40
I. Schutz- und Geltungsbereich	40
II. Das unmittelbare Anknüpfungsverbot	42
III. Verbot versteckter unmittelbarer Diskriminierung	44
IV. Fazit	50
C. Die wesentlichen, verfassungsgerichtlichen und -rechtlichen Vorgaben	51
§ 3. DIE EINFACHGESETZLICHE RECHTS Lage IM HINBLICK AUF DIE SPÄTABTREIBUNG.....	53
A. Spätabtreibung als tatbestandlicher Schwangerschaftsabbruch	53
I. Das durch § 218 StGB geschützte Rechtsgut -Schutzgut; Tatobjekt	53
II. Systematischer Überblick	54
III. Geltungsbereich der §§ 218 ff. StGB	55
IV. Tatobjekt bei Schwangerschaftsabbruch und Spätabtreibung.....	58
V. Tathandlung, Taterfolg bei Schwangerschaftsabbruch und Späabtreibung	59
1. Regelfall.....	59
2. Problemfall – die sogenannte künstliche Geburtseinleitung	61
VI. Exkurs: Wie erfolgt die Späabtreibung medizinisch.....	65
VII. Vorsatz.....	68
VIII. Fazit	68
B. Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB	69
I. Einordnung, Rechtsnatur der medizinisch-sozialen Indikation.....	71
II. Voraussetzungen.....	73
1. Gefahr für das Leben oder Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes	73
a. Lebensgefahr	74
b. Gesundheitsgefahr	75
aa. Erscheinungsformen	75
(1) Körperliche Leiden	75
(2) Psychische Leiden	76
(3) Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen.....	77
(4) Exkurs: Pränatale Diagnostik kindlicher Schädigungen – Verfahren	79
bb. Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes	82
cc. Schweregrad	83

2. ultima ratio	85
a. Faktische Nichtabwendbarkeit	85
b. Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten	88
aa. Allgemein	88
bb. Konkret.....	90
3. Nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt.....	93
a. Inhalt „ärztliche Erkenntnis“.....	93
b. Gerichtliche Überprüfbarkeit der „ärztlichen Erkenntnis“	95
c. Angezeigtheit der Spätabtreibung	100
4. Zeitlich	101
5. Sonstige allgemeine Voraussetzungen.....	101
 C. Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB.....	103
I. Anwendbarkeit neben § 218 a Abs. 2 StGB	103
II. Fallgruppen.....	104
III. Abgrenzung zur Einwilligung.....	104
IV. Voraussetzungen.....	107
1. Gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr.....	108
2. Interessenabwägung.....	109
3. Sonstige Anforderungen	113
V. Fazit	114
 D. Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 4 StGB	114
I. § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB	114
II. § 218 a Abs. 4 S. 2 StGB	115
 E. Beispiele,,fälle“	116
I. In Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur.....	116
II. Exkurs: Ergänzender Blick in die medizinische Literatur	117
1. Gynäkologisch-geburtshilfliche Erkrankungen der Schwangeren	117
2. Internistische Erkrankungen der Schwangeren	118
a. Tuberkulose.....	119
b. Nichttuberkulöse Erkrankungen der Atemorgane	119
c. Hypertensive Schwangerschaftserkrankungen.....	121
d. Nierenkrankheiten	122
aa. Glomerulonehritis.....	122
bb. Pyelonephritis, Phenacetinniere.....	124
cc. Dauerodialyse und Nierentransplantation.....	124
dd. Hereditäre Nephritis	125
e. Erkrankungen des Blutes.....	125
aa. Anämien	125
bb. Hämatologische Neoplasien	126

(1) Leukämie	127
(2) Lymphogranulomatose (Morbus Hodgkin)	128
cc. Thrombozytenstörungen.....	128
f. Gastroenterologische Erkrankungen	129
g. Kardiovaskuläre Erkrankungen.....	129
3. Endokrine Erkrankungen der Schwangeren.....	130
4. Maligne Tumore der Schwangeren	131
5. Neurologisch-psychiatrische Erkrankungen der Schwangeren.....	132
6. Sonstige Erkrankungen der Schwangeren.....	133
7. Lebens- und schwerwiegende Gesundheitsgefahren für den Fötus aus medizinischer Sicht als Abbruchindikationen zugunsten des Fötus	134
F. Fazit	135

§ 4. BESONDRE PROBLEME IM ZUSAMMENHANG MIT DER SPÄT-ABTREIBUNG EINES EXTRAUTERIN LEBENSFÄHIGEN KINDES139

A. Die Ausgangslage: Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburt nach erlaubter Abtreibung.....139	
I. Aus tatsächlicher Übernahme?	140
II. Aus gefahr begründendem Vorverhalten (Ingerenz)?.....	142
1. Voraussetzungen der Entstehung der Garantenstellung aus Ingerenz.....	142
2. Durch Notstand gerechtfertigte Vorhandlung mit Dauerwirkung, deren Rechtfertigungs- voraussetzungen entfallen sind?!	144
3. Fazit	147
III. Ergebnis	148
B. Der Konflikt	149
C. Verifizierung und Lösung des Konflikts.....151	
I. Weigerungsrecht des Arztes	152
1. Umfang und Grenzen des Weigerungsrechts	153
2. Folgerungen für embryopathisch motivierte Spätabtreibungen	153
3. Verpflichtungen des Arztes bei Eingreifen des § 12 Abs. 2 SchKG	154
4. Bedeutung der Weigerungsklausel außerhalb des Strafrechts.....	154
5. Fazit	156
II. Fetozid?	157
1. Das medizin-ethische Dilemma	157
2. Rechtliche Zulässigkeit.....	160
a. Verstoß gegen elementare Gründe der Gerechtigkeit.....	161
b. Verstoß gegen Menschenwürde?!	163
c. Der Fetozid als verfassungsrechtlich unzulässige Benachteiligung Behinderter	166
aa. Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.....	166

bb.	Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG??.....	167
(1)	Verstoß gegen das Anknüpfungsverbot und das Verbot versteckter Diskriminierung	167
(2)	Verstoß gegen das Verbot mittelbar-faktischer Benachteiligungen.....	168
(a)	Verbot mittelbar-faktischer Benachteiligungen als Teil des Verbotes aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.....	168
(b)	Fetozid als verbotene mittelbar-faktische Benachteiligung.....	170
cc.	Fazit.....	174
d.	Zwischenergebnis.....	174
e.	Folge.....	174
aa.	Verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB	174
bb.	Art. 103 Abs. 2 GG und das Verbot der Rechtsfortbildung contra legem.....	176
3.	Ergebnis	179
III.	Schadensersatzpflicht des Arztes bei Überleben des Kindes?	181
1.	Kind als Schaden?.....	182
2.	Anspruchsgrundlage(n).....	185
a.	Vertragliche Haftungsbegründung	185
aa.	Behandlungsvertrag bei der Spätabtreibung	185
(1)	Schuldtypus und Rechtsnatur.....	185
(2)	Parteien des Arztvertrages bzgl. der Spätabtreibung	188
(a)	Vertragsparteien bei Privatpatienten.....	188
(aa)	Totaler Krankenhausaufnahmevertrag	188
(bb)	Gespaltener Krankenaufnahmevertrag	188
(cc)	Totaler Krankenaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag.....	188
(b)	Vertragsparteien bei Kassenpatienten.....	189
bb.	Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen.....	190
cc.	Vermeidung der wirtschaftlichen Folgen der Geburt eines Kindes als umfasster Vertragszweck?.....	192
dd.	Pflichtverletzung	194
b.	Deliktische Haftungsbegründung	196
3.	Fazit	199
IV.	Konfliktlösung: Das Ergebnis im Zusammenhang	200
1.	Garantenpflicht des Arztes bei Lebendgeburt des Kindes, Pflicht zur Umkehrung seiner Handlungstendenz.....	201
2.	Weigerungsrecht des Arztes zur Vornahme eines embryopathisch motivierten Schwangerschafts- abbruchs	202
3.	Unzulässigkeit des Fetozids ab extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes.....	202
4.	Zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit embryopathisch motivierter Spätabtreibungen	204
5.	Unwirksamkeit eines Vertrages über einen embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbruch und einer Verpflichtung des Arztes zur Vornahme des Fetozids bei potentieller Lebensfähigkeit des ungeborenen Kindes	204
6.	Keine Schadensersatzforderungen gegen Arzt wegen Überleben des Kindes möglich	205

D. Überlegungen de lege ferenda	205
I. Explizites Verbot des Fetozids	206
II. Alternative Lösungsvorschläge zum Fetozidverbot.....	207
1. Fristsetzung.....	207
2. Verbindliche Richtlinien durch ärztliches Standesrecht	208
3. Beschränkung auf rein medizinische Indikation ab 12. SSW	208
4. Einführung einer embryopathischen Indikation	209
III. Ergebnis / Fazit.....	210
§ 5. SCHLUSS.....	211
A. Zusammenfassende Thesen	211
B. Schlussbemerkungen.....	212
LITERATURVERZEICHNIS	215

§ 1. Einführung

A. Thematischer Überblick und Problemumriss

Am 01.10.1995 trat das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.08.1995 in Kraft,¹ das auch Grundlage des geltenden Rechts zur Spätabtreibung² ist. In diesem Gesetz hat der Gesetzgeber zwar auf eine eigenständige Normierung der vorher Spätabtreibungen ermöglichen den embryopathischen Indikation verzichtet, er wollte ausweislich der Gesetzesbegründung die direkte Verknüpfung von fetaler Schädigung und Abbruchserlaubnis auflösen, um dem Missverständnis, dass eine Behinderung zu einer Minderung des Lebensschutzes führen könne, entgegenzuwirken. Anderseits wollte der Gesetzgeber die Konstellationen dieser Indikation jedoch wohl nahezu vollständig durch eine erweiterte medizinische Indikation auffangen.³ Dazu wurde die ursprüngliche medizinische Indikation, die der Abwendung von Lebens- oder Gesundheitsgefahren von der Schwangeren diente, die unmittelbar aus dem Zustand des Schwangerseins entstehen, durch das Zulassen der Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse um eine Art soziale Komponente erweitert.⁴ Dadurch besteht jedenfalls grundsätzlich die Möglichkeit, eine medizinisch-soziale Indikation nicht unmittelbar durch den Schwangerschaftskonflikt, sondern durch den antizipierten Konflikt der Mutter mit ihrem erwarteten Kind zu begründen.⁵ Ziel des Schwangerschaftsabbruchs ist in dieser Konstellation dann die Verhinderung der postnatalen Existenz des Kindes, letztlich seine Tötung.⁶ Bei der rein medizinischen Indikation ist der Tod des Kindes dagegen üblicherweise eintretende, jedoch unerwünschte Nebenfolge der Rettung der Schwangeren.⁷ Insofern vereinigt die medizinisch-soziale Indikation zwei normativ heterogene Elemente, die gerade im Bereich der Spätabtreibung beim potentiell außerhalb des Mutterleibes lebensfähigen Kind zu besonderen Konflikten führen können.⁸ Zum einen wird die Konstellation erfasst, in der die Frau von der Last der Schwangerschaft befreit wird und zum anderen, in welchem Umfang, wird im Rahmen dieser Arbeit präzisiert werden, der Fall, in der die Frau von der Last des Kindes befreit werden soll. Im Hinblick auf das ungeborene Leben sind das zwei radikal gegensätzliche Maxime. Einerseits wird der Tod des Kindes zur Rettung der Mutter nur notgedrungen mit in Kauf genommen, andererseits ist er Grund und Ziel des Abbruchs.⁹ Diese Neufassung einer sachlich unverändert gewollten Gesetzeslage ist vielfach als Diskriminierung behinderten Lebens kritisiert worden.¹⁰

1. BGBI I 1995, Seite 1050

2. Zum Begriff sogleich unter § 1.B.I

3. BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26; so jedenfalls aufgefasst von *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (141 f.); Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 38; *Tröndle*, NJW 1995, Seite 3009 (3015)

4. Dazu auch *Bernat*, in: Globalisierung der Biopolitik, Seite 17 (17); *Gropp*, GA 2000, Seite 1 (2); NK – *Merkel*, § 218 a RN 81; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 26; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 24

5. Vgl. dazu nur LK – *Kröger*, § 218 a RN 32; NK – *Merkel*, § 218 a RN 81; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 26

6. So auch NK – *Merkel*, § 218 a RN 81

7. Dazu *Otto*, ZfL 1999, Seite 55 (56)

8. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter Gliederungspunkt § 4 „Besondere Probleme im Zusammenhang mit der Spätabtreibung eines extrauterin lebensfähigen Kindes“

9. Zu dieser Divergenz auch *Lackner / Kühl – Kühn*, § 218 a RN 14 ff.; NK – *Merkel*, § 218 a RN 81; *Otto*, BT, § 13 RN 46 f.

10. Beispielhaft *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (159 f.); *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (142)

Eine besondere Problematik erhält die geltende Regelung dadurch, dass ausweislich der Gesetzesfassung des § 218 Abs. 2 StGB, die Spätabtreibung aufgrund medizinisch-sozialer Indikation ohne zeitliche Beschränkung bis zur Geburt möglich ist. Die Späabtreibung wird dabei üblicherweise wie eine Frühgeburt – durch Einleitung von künstlichen Wehen, gegebenenfalls operativer Entbindung – durchgeführt. Gerade bei Schwangerschaftsabbrüchen nach der 20. Schwangerschaftswoche besteht aber in zunehmendem Maße die Möglichkeit, dass der Abbruch ein lebensfähiges Kind zur Welt bringt.¹¹ Im Rahmen der rein medizinisch indizierten Späabtreibung, bei der auch, falls möglich oder sogar als Ziel der Schwangerschaftsbeendigung, das Kind gerettet werden soll, wird dabei besondere Rücksicht auf die Gesundheit des Kindes genommen. Ist die Späabtreibung dagegen auch embryopathisch motiviert, spielt eine besondere Rücksichtnahme auf gesundheitliche Belange des Kindes keine Rolle. Aus diesem Grunde, aber auch wegen der mangelnden Geburtsreife des Kindes, verstirbt es im Allgemeinen vor oder während seiner vaginalen Entbindung oder operativen Entwicklung.¹²

Nach Schätzungen werden jährlich 800 Späabtreibungen mit embryopathischem Hintergrund in Deutschland durchgeführt.¹³ Etwa 100 Kinder überleben dabei ihre Abtreibung. Die meisten nur kurzzeitig, einige allerdings auch dauerhaft.¹⁴

Wenn die Späabtreibung erst zu einem Zeitpunkt vorgenommen wird oder werden soll, in dem der Fötus bereits tatsächlich oder zumindest potentiell außerhalb des Mutterleibes lebensfähig ist, können sich besondere Probleme und Konfliktsituationen ergeben, die eng mit einem – nun möglichen – Überleben des Kindes beim Schwangerschaftsabbruch verbunden sind. Wenn das Kind den Schwangerschaftsabbruch überlebt, ist der Arzt als Garant zum Ergreifen neonatologischer Behandlungsmaßnahmen verpflichtet. Besonders konfliktträchtig ist das dann, wenn ein embryopathischer Hintergrund des Eingriffs vorliegt. Denn Zweck der embryopathisch motivierten Späabtreibung ist es gerade, die eine Gesundheitsgefahr begründende Belastung der Mutter durch ein schwer- und schwerstgeschädigtes Kind zu beseitigen, also möglichst kein lebendes Kind zu bekommen. Der Mediziner ist unmittelbar nach de lege lata nicht rechtswidrig vorgenommener Späabtreibung,¹⁵ falls das Kind seine Abtreibung überlebt, unter Strafdrohung verpflichtet, zur Rettung des unerwünschten Frühgeborenen unverzüglich die neonatologische Behandlung sicherzustellen. Als Garant zugunsten des Kindes muss er intensivmedizinische Maßnahmen

11. Zur extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes sogleich unter § 1.B.II

12. Wiebe, ZfL 2004, Seite 118 (118); dazu auch Weiß, ZfL 2003, Seite 14 (15)

13. Dazu Duttge, in: Späabbruch, Seite 86 (97); Philipp, ZfL 2000, Seite 71 (71); Weiß, ZfL 2003, Seite 14 (15); Wiebe, ZfL 2004, Seite 118 (118). Zwar divergieren diese Daten von den offiziellen Statistiken. So wurden nach Angaben des Statistischen Bundesamtes (<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/Content75/RechtlicheBegruendung.templateId=renderPrint.psm>) 2006 nur 183 Schwangerschaftsabbrüche nach der 23. Schwangerschaftswoche durchgeführt. Gerade bei embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen gibt es aber wohl die durch Aussagen von Medizinern begründete Vermutung, dass nicht alle Schwangerschaftsabbrüche ordnungsgemäß gemeldet werden. So jedenfalls der Hinweis bei Philipp, ZfL 2000, Seite 71 (71).

14. Eberbach, Seite 15 (16); Otto, ZfL 1999, Seite 55 (58); Reiter, Herder-Korrespondenz 1999, Seite 224 (224); T / F – Fischer, § 218 a RN 22

15. § 218 a Abs. 2 StGB bezeichnet den Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinisch – sozialer Indikation ausdrücklich als nicht rechtswidrig.

ergreifen, wenn durch diese eine Überlebensfähigkeit des lebenden Neugeborenen erreicht werden kann, um sich nicht einer strafrechtlichen Verfolgung wegen vorsätzlicher Tötung oder Körperverletzung durch Unterlassen auszusetzen.¹⁶ Für den Arzt entsteht ein unauflösbares Dilemma: Er muss, sofern nicht die Voraussetzungen eines Behandlungsverzichts vorliegen, seine Handlungstendenz umkehren und das Kind, das nicht zur Welt kommen sollte, zu retten versuchen. Das eigentliche Ziel des Abbruchs, der Tod des Kindes, ist in diesen Fällen dann verfehlt.¹⁷ Im Übrigen hat das Kind, das gerade wegen der zu erwartenden Belastungen aufgrund bestehender Schädigungen getötet werden sollte, durch die frühe „Geburt“ in der Regel noch weitere Schäden davongetragen. Die Belastungen der Mutter und damit die Gesundheitsgefahr bzw. die Schwere derselben steigen damit meist sogar. Anderseits sieht sich der Arzt, der das „Ziel“ des Eingriffs verfehlt hat, Haftungsansprüchen ausgesetzt.¹⁸

„Konsequenterweise“ erfolgt in der Praxis in einem solchermaßen weit fortgeschrittenem Stadium der Gravidität zur Vermeidung eines derartigen „Kunstfehlers“ zum Teil der Fetozid,¹⁹ die im Mutterleib vorgenommene, direkte und aktive Abtötung des extrauterin lebensfähigen Kindes, um die Geburt eines lebenden Kindes und die Entstehung von Garanten²⁰- sowie Schadensersatzpflichten²¹ zu verhindern.²² Dahinter verbirgt sich ein nur schwer zu erklärender Wertungswiderspruch: Während die aktive, embryopathisch motivierte (!) Tötung²³ eines ungeborenen extrauterin lebensfähigen Kindes zulässig, ja gerechtfertigt sein soll, stellt dieselbe Tötungshandlung nach dem Überleben der Abtreibung ein Tötungsdelikt dar. Das erste nennt man Schwangerschaftsabbruch, dass zweite Totschlag. Die Strafbarkeit wegen aktiver Tötung trotz oder gerade wegen potentieller Lebensfähigkeit des Kindes hängt allein davon ab, ob sich das Kind zufällig noch im Mutterleib befindet oder nicht.²⁴ Nach und bereits auch in (!) der künstlich ausgelösten Geburt des lebenden und lebensfähigen Kindes ist für den Abbruchsarzt aber –

16. Trotzdem scheint es in der Praxis vorzukommen, dass diese Kinder, vom Wickeln in Wärmtücher und Absaugen der Atemwege abgesehen, zunächst unversorgt im Kreissaal liegen gelassen werden. „Dies kann seinen Grund darin haben, dass diese Kinder nach den Strapazen des vergeblichen Abreibungsversuchs nicht weiterleben können oder aber, da als Totgeburt erwartet, nicht weiterleben sollen. Mit dem „Liegenlassen“ jedenfalls ist die Erwartung verbunden, der Tod werde alsbald eintreten.“ *Wiebe*, ZfL 2004, Seite 118 (118)
17. *Hiersche / Jähnke*, MDR 1986, Seite 1 (1); *Klinkhammer*, DÄBL 1999, Seite C - 939 (C - 939); *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1514); *Wewetzer*, in: Spätabbruch, Seite 16 (16); dazu auch *Bernat*, in: Globalisierung der Biopolitik, Seite 17 (31 f.)
18. So jedenfalls die gängige Befürchtung, beispielhaft *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1506)
19. Dazu, wie der Tod des Kindes konkret herbeigeführt wird, vgl. die Ausführungen unter § 3.A.VI „Exkurs: Wie erfolgt die Spätabtreibung medizinisch“
20. Zur Entstehung von Garantenpflichten zugunsten des lebend geborenen Kindes nach erfolgter Spätabtreibung vgl. bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.A „Die Ausgangslage: Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburt nach erlaubter Abtreibung“
21. Schadensersatzpflichten des Arztes werden insofern für möglich gehalten, weil das eigentliche Ziel des embryopathisch motivierten Abbruchs, der Tod des Kindes, verfehlt ist. Beispielhaft dazu nur *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1514); *Wirth*, Seite 32 ff. Inwiefern diese Befürchtung begründet ist, wird im Rahmen dieser Arbeit unter Gliederungspunkt § 4.C.III „Schadensersatzpflicht des Arztes bei Überleben des Kindes?“ untersucht.
22. Vgl. dazu nur *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1513); *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (500); *Simon*, in: Spätabbruch, Seite 57 (58)
23. *Weise*, Frauenarzt 1997, Seite 1218 (1219) spricht sogar von Früheuthanasie.
24. Ähnlich *Bernat*, in: Globalisierung der Biopolitik, Seite 17 (21 f.); *Otto*, ZfL 1999, Seite 55 (59); *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (502); dazu auch *Rüttgers*, ZRP 2007, Seite 71 (71)

selbstverständlich – nicht nur die aktive Tötung des Neugeborenen, sondern auch das Unterlassen der gebotenen intensivmedizinischen Maßnahmen, falls deswegen der Tod des Kindes eintritt, nach §§ 211 ff. StGB strafbar. Anders als bei der Tötung auf Verlangen eines autonomen Menschen²⁵ oder beim Sterbenlassen eines todkranken Erwachsenen oder Neugeborenen, handelt es sich beim Schwangerschaftsabbruch durch Fetozid um die gezielte Tötung eines lebensfähigen Kindes durch den Arzt auf Wunsch Dritter.

Eine umfassende rechtliche Aufarbeitung dieser mit der Spätabtreibung verbundenen Probleme fehlt. Diese Lücke soll diese Arbeit schließen. Dabei kann hier allerdings nur auf die aus meiner Sicht unmittelbar mit der Späabtreibung zusammenhängenden und zuvor schon angedeuteten Probleme eingegangen und weiterführende Probleme können nur angerissen werden, da sonst der Rahmen der Arbeit gesprengt wird. Wichtig ist für eine adäquate rechtliche Bewertung und Einordnung dieser Konflikte jedoch zunächst, die genaue Herausarbeitung und Darstellung der geltenden Rechtslage. Das bedeutet erst einmal einen Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben und Rahmenbedingungen, die durch die Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch präzisiert sind. Neben den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts spielen dabei die Wertungen des erst 1994²⁶ in Art. 3 Abs. 3 GG eingefügten speziellen Diskriminierungsverbot zugunsten Behinderter bei der – verfassungskonformen – Auslegung des einfachen Gesetzesrechts eine wesentliche Rolle. Besonderes Augenmerk wird dabei darauf gelegt, welchen Einfluss die Neuregelung auf die Zulässigkeit der eigenständigen Regelung einer embryopathischen Indikation, aber auch die Berücksichtigung embryopathischer Parameter im Rahmen einer medizinisch-sozialen Indikation hat. Die Erarbeitung der einfachgesetzlich geregelten Zulässigkeit der Späabtreibung muss dabei immer diese verfassungsrechtlich gesteckten Grenzen beachten. Während im Allgemeinen angenommen wird, dass sich die Zulässigkeit der Späabtreibung, nur aus der in § 218 a Abs. 2 StGB geregelten medizinisch-sozialen Indikation ergebe, wird sich zeigen, soviel sei schon vorweggenommen, dass sich jedenfalls dann, wenn der Eingriff nur zugunsten des bereits extrauterin lebensfähigen Föten erfolgt, die Zulässigkeit dieses Vorgehens nicht ausschließlich aus § 218 a Abs. 2 StGB, sondern im Ausnahmefall auch aus § 34 StGB ergeben kann.²⁷ Insofern wird und muss neben der rechtlichen Aufarbeitung des in der Späabtreibung angelegten Konfliktpotentials auch die Abklärung der Rechtslage eine gleichberechtigte Rolle in der vorliegenden Arbeit spielen.

Eingeschränkt werden soll das Thema insoweit, als hier nur der Grundfall der Ein-Kind-Schwangerschaft zugrunde gelegt werden soll. Bei Mehrlingsgraviditäten ergeben sich gesonderte Probleme, deren Behandlung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.²⁸ Späabtreibungen erfolgen, was sich schon aus dem Wortlaut erschließt, in einem relativ weit fortgeschrittenen Stadium der Schwangerschaft und werden nahezu ausschließlich im Krankenhaus vorgenommen. Die seltenen Ausnahmefälle, in denen die Abtreibung nicht in einer Klinik stattfindet, sollen im Rahmen der Arbeit keine Rolle spielen. Aufgabe dieser Arbeit ist es auch nicht, die nahezu

25. Die für sich schon rechtlich höchst problematisch ist; vgl. dazu nur Sch / Sch – Eser, Vor § 211 RN 24 ff.

26. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. I 1994, Seite 3146 (3146)

27. Die Mediziner sprechen in diesen Konstellationen meist von der Einleitung einer Frühgeburt.

28. So liegen gegenüber einer normalen Einlingsschwangerschaft gesteigerte Gesundheitsgefahren für die Frau vor. Der Fetozid wird zur Reduktion der Feten bei Belassung der Schwangerschaft und, jedenfalls sofern er nicht-selektiv ist, in der Regel vor Erreichen der Lebensfähigkeit der Feten durchgeführt. Einführend dazu Bollmann / Jahnke, Gynäkologe 1998, Seite 254 (254 ff.).

unbeschränkte Zulassung des frühen Schwangerschaftsabbruchs bis zur 12. Schwangerschaftswoche zu beurteilen und die Diskussion um das sogenannte Beratungskonzept erneut aufzurollen. Beschränkt werden soll sich hier auf die Problemkreise, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Abtreibung eines potentiell oder tatsächlich lebensfähigen Kindes stehen.

Angesichts der kontrovers geführten Diskussion im Bereich der Spätabtreibung wird diese Arbeit sicherlich keine Ergebnisse vorlegen können, die jeden überzeugen. Es scheint mir insgesamt allerdings auch zweifelhaft, ob man bei dieser komplexen Grenzsituation des Lebens eine allgemein akzeptierte Lösung finden kann. Die von jedem einzelnen für richtig gehaltene Abwägung und Gewichtung von Lebensschutz und Autonomie der Schwangeren ist immer von den eigenen Wertvorstellungen und Moralansichten beeinflusst. Auch die rechtliche Bewertung kann sich davon nicht ganz frei machen. Was das Recht bestenfalls in einem derart schwierigen ethisch-moralischen Terrain leisten kann, ist etwas anderes: Es schafft Klarheit und Sicherheit, indem es die Grenzen der Verfassung und der einfachen Gesetze aufzeigt, den dogmatischen Spielraum für verschiedene Auslegungen und Entscheidungen erörtert und die Gründe benennt, die jeweils dafür oder dagegen sprechen.²⁹ In diesem Sinne verstehe ich auch die vorliegende Arbeit.

B. Begriffsfestlegungen

I. Spätabtreibung

Der in der vorliegenden Arbeit gebrauchte Terminus der „Spätabtreibung“ umfasst diejenigen Abtreibungen,³⁰ die zu einem Zeitpunkt erfolgen, bei dem das Kind mit medizinischer Unterstützung bereits potentiell oder tatsächlich außerhalb des Mutterleibes lebensfähig ist. Erst durch die damit verknüpfte Möglichkeit des Überlebens des Kindes gewinnen die Spätabtreibungen, insbesondere die embryopathisch motivierten,³¹ ihre besondere Brisanz. Der Begriff der Spätabtreibung kann dabei, so wie er hier verstanden wird, auch die Schwangerschaftsabbrüche, die am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes vorgenommen werden und bei denen, wenn möglich versucht wird, auch das Leben des Kindes zu retten, genauso wie die Schwangerschaftsabbrüche, die zugunsten des Kindes vorgenommen werden, umfassen. Auch wenn diese Konstellationen in der Medizin oft als Einleitung einer Frühgeburt und nicht als Spätabtreibung bezeichnet werden, kann doch abhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten durchaus ein tatbestandlicher Schwangerschaftsabbruch vorliegen.³²

29. In diesem Sinne bereits *Zippelius*, JuS 1983, Seite 659 (663)

30. Der Begriff der „Abtreibung“ mag eher antiquiert erscheinen, da er sich in der Terminologie des Strafgesetzbuches nicht mehr wiederfindet. Gleichwohl wird er in der rechtswissenschaftlichen Literatur, vgl. nur T / F – Fischer, Vor §§ 211 - 216 RN 25, gerade auch für „Spätabtreibungen“ verwendet. Sein hauptsächlicher Vorzug besteht darin, dass er entgegen dem Terminus „Schwangerschaftsabbruch“ nicht assoziiert, eine Schwangerschaft könne wie ein Versuch „abgebrochen“ und wiederholt werden. Gleichwohl werden, um den Sprachfluss nicht zu eintönig zu gestalten, beide Begriffe synonym gebraucht.
31. In der gegenwärtigen Bearbeitung wird, ohne Rücksicht auf den Wortlaut der Neuregelung des § 218 a Abs. 2 StGB, im Hinblick auf die dominierende Motivation dieser Begriff in Abgrenzung zu Spätabtreibungen aufgrund medizinischer Indikation im engeren Sinne verwendet. Im Übrigen wird hiermit auch einer terminologischen „Verharmlosung“ der tatsächlichen Motivationsgründe vorgebeugt.
32. So jedenfalls die hier vertretene Auffassung. Zum rechtlichen Hintergrund dieses Begriffsverständnisses vgl. die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.A.V.2 „Problemfall – die sogenannte künstliche Geburtseinleitung“

II. Extrauterine Lebensfähigkeit

Die extrauterine Lebensfähigkeit, verstanden im Sinne einer Überlebenschance Neugeborener auf Grund intensivmedizinischer Behandlung außerhalb des Mutterleibes, ist mit der steigenden Leistungsfähigkeit der Medizin stetig verbessert worden.³³ Ob die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit jemals genau zu bestimmen ist, erscheint fraglich, zumal sie sich angesichts immer neuer medizinischer Entwicklungen durchaus noch weiter verschieben könnte.³⁴ Ausweislich von Untersuchungsergebnissen sind jedenfalls nach derzeitigem Stand der Medizin Frühgeburten vor der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche³⁵ p.m., das entspricht der 20. Schwangerschaftswoche p.c.,³⁶ statistisch gesehen, nicht lebensfähig. Nach der 20. Schwangerschaftswoche ist ein Überleben des Kindes allerdings potentiell möglich.³⁷ In der 21. Schwangerschaftswoche liegt die Überlebensrate bei 10 – 20 %, nimmt aber nach Erfahrung verschiedener Studien mit jeder weiteren Schwangerschaftswoche deutlich zu: So beträgt sie in der 22. Schwangerschaftswoche schon um die 50 %, in der 23. Schwangerschaftswoche liegt sie bei 60 - 80 %.³⁸ Eine extrauterine Lebensfähigkeit des Kindes kann insofern jedenfalls mit der 22. Schwangerschaftswoche nicht mehr verneint werden,³⁹ wobei aber schon ab der 20. Schwangerschaftswoche mit einem Überleben des Kindes bei Beendigung der Schwangerschaft gerechnet werden muss.⁴⁰

- 33. Vgl. dazu *Hüttner / Weis / Maurer etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (479); ausführlich dazu *Hanke*, Seite 15 ff.
- 34. Im Moment stellt allerdings die mangelnde anatomische Entwicklung der Lunge vor der 22. Schwangerschaftswoche p.m. ein medizin-technisch nicht zu überwindendes Hindernis dar. Vgl. dazu genauer *Glöckner*, Seite 21
- 35. Zwar besteht auch zwischen Geburtsgewicht und Überlebensfähigkeit ein Zusammenhang. Anders als die Schwangerschaftsdauer, die heute in der Regel aufgrund der verbesserten Ultraschalltechnik mittels Messung des biparietalen Schädeldurchmessers (der von einem Scheitelbein zum anderen gemessene Kopfdurchmesser) gerade wenn Daten einer früheren Sonographie vorliegen, genau bestimmt werden kann, ist das Geburtsgewicht ein Umstand, der genau erst nach Beendigung der Schwangerschaft bekannt ist. Vgl. dazu *Hüttner / Weis / Maurer etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (479 f.) Für die hier vorliegende Arbeit wird deshalb, da es um die Zulässigkeit der Beendigung einer noch bestehenden Schwangerschaft geht, auf die Schwangerschaftsdauer zur Beschreibung der Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit zurückgegriffen.
- 36. Die Angabe der Schwangerschaftsdauer kann auf den ersten Tag der letzten Regelblutung (Altersberechnung post menstruationem, p.m.) oder auf den Tag der Befruchtung der Einzelle (Altersberechnung post conceptionem, p.c.) bezogen sein. Das in Schwangerschaftswochen angegebenen Alter p.m. ist allerdings nur im Durchschnitt und nur bei einem Zyklus von 28 Tagen um ca. 2 Wochen höher als das in p.c. angegebene Alter. Auch wenn in der Medizin meist eine Angabe nach p.m. erfolgt, wird im Rahmen dieser Arbeit, sofern nicht ausdrücklich anders gekennzeichnet, bei der Altersbestimmung entsprechend der Zählweise der §§ 218 ff. StGB (vgl. § 218 a Abs. 1 Nr. 3 StGB) das Schwangerschaftsalter in Schwangerschaftswochen nach der Empfängnis, also p.c., zugrunde gelegt.
- 37. Vgl. dazu nur *Allen / Donohue / Dusman*, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1599); *Fachgesellschaften*, Frühgeburt, Pädiatrische Praxis 1999, Seite 223 (225)
- 38. Die genauen Zahlen unterliegen je nach Zentrum und Untersuchung Schwankungen, vgl. *Ahner / Kohlhauser / Bikas etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (23); *Allen / Donohue / Dusman*, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1599); *Fachgesellschaften*, Frühgeburt, Pädiatrische Praxis 1999, Seite 223 (225); *Hüttner / Weis / Maurer etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (477) und Seite 479 mit einem Verweis auf weitere internationale Studien. Ein wichtiger Hinweis: Die Angabe der Schwangerschaftsdauer erfolgt in den zitierten Nachweisen ausnahmslos „p.m.“ Die hier angeführten Zahlen sind auf die Angabe „p.c.“ umgerechnet.
- 39. Ähnlich auch *Weber*, in *Friese etc.* (Hrsg.), Seite 397 (402) sowie *Wewetzer*, in: Spätabbruch, Seite 16 (18) deren Angabe der Schwangerschaftswoche aber p.m. und damit entsprechend um zwei Wochen verändert erfolgt.
- 40. Ähnlich auch *BÄK*, Erklärung, DÄBl 1998, Seite B – 2334 (B – 2336)

C. Synopse – Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch und zur Spätabtreibung

Der eigentlichen Arbeit vorangestellt werden soll hier eine Gegenüberstellung der drei alten Fassungen des Strafgesetzbuches und der aktuell geltenden Gesetzeslage beim Schwangerschaftsabbruch und der Spätabtreibung. Zum einen erleichtert diese Darstellung das Verständnis der Kritik an der derzeitigen Regelung zur Spätabtreibung ebenso⁴¹ wie der Argumentation in dieser Arbeit.⁴² Aber auch die Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch sind nur im Kontext zur zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Gesetzeslage richtig verständlich.

-
41. Zum Teil nimmt die Kritik einen Vergleich zu alten Gesetzesfassungen vor. Beispielhaft *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (155 f.)
 42. So ist die Kenntnis der unterschiedlichen Regelungen z.B. wichtig zum Verständnis der Argumentation im Abschnitt § 4.C.II.2.c.bb(2)(b) „Fetozid als verbotene mittelbar-faktische Benachteiligung“.

Alte Fassung (1) bis 1976 ⁴³	Aktuelle Fassung des § 218 a StGB ⁴⁴
<p>(§ 218a StGB)</p> <p>Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht nach § 218 strafbar, wenn seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen verstrichen sind.</p> <p>(§ 218b StGB)</p> <p>Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt nach Ablauf von zwölf Wochen seit der Empfängnis vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht nach § 218 strafbar, wenn nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft</p> <p>1. der Schwangerschaftsabbruch angezeigt ist, um von der Schwangeren eine Gefahr für ihr Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes abzuwenden, sofern die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann, oder</p> <p>2. dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann, und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind.</p>	<p>(1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.</p> <p>(2) Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.</p> <p>(3) Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten bei einem Schwangerschaftsabbruch, der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommen wird, auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 des Strafgesetzbuches begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.</p> <p>(4) Die Schwangere ist nicht nach § 218 strafbar, wenn der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung (§ 219) von einem Arzt vorgenommen worden ist und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind. Das Gericht kann von Strafe nach § 218 absehen, wenn die Schwangere sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden hat.</p>

-
43. Eingeführt durch das 5. StrRG vom 18.06.1974, BGBl. I 1974, Seite 1297 ff. 3 Tage nach Verabschiedung dieses Gesetzes untersagte das Bundesverfassungsgericht das Inkrafttreten des Gesetzes durch einstweilige (und später verlängerte) Anordnung. (BGBl I 1974, Seite 1309). Am 25.02.1975 erging das erste Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 39, Seite 1 ff.). Das oberste Gericht hat die Regelungen zur Straflosigkeit der Abtreibung in den ersten 12 Wochen nach der Befruchtung als Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 und Art. 1 Abs. 1 GG außer Kraft gesetzt und in einer Übergangsanordnung die Indikationstatbestände auf die ersten 12 Wochen ausgedehnt. Die Regelungen zur embryopathischen und medizinischen Indikation hat das Bundesverfassungsgericht nicht beanstandet. Bis zur Neuregelung 1976 galten daher die durch das 5. StrRG in § 218 b StGB eingeführten Indikationen für die gesamte Zeit der Schwangerschaft. (BVerfGE 39, Seite 1 (2))
44. Eingeführt durch das Schwangeren- und FamilienhilfeänderungsG vom 21.08.1995, BGBl. I 1995, Seite 1050 ff.

Alte Fassung (2) bis 1992 ⁴⁵	Aktuelle Fassung des § 218 a StGB ⁴⁶
<p>(1) Der Abbruch der Schwangerschaft durch einen Arzt ist nicht nach § 218 strafbar, wenn die Schwangere einwilligt und der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.</p> <p>(2) Die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr. 2 gelten auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis</p> <p>1. dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann.</p> <p>2. an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 begangen worden ist und dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass die Schwangerschaft auf der Tat beruht, oder</p> <p>3. der Abbruch der Schwangerschaft sonst angezeigt ist, um von der Schwangeren die Gefahr einer Notlage abzuwenden, die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann, und nicht auf eine andere für die Schwangere zumutbare Weise abgewendet werden kann.</p> <p>(3) In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1 dürfen seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen, in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 2 und 33 nicht mehr als zwölf Wochen verstrichen sein.</p>	<p>(1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.</p> <p>(2) Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.</p> <p>(3) Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten bei einem Schwangerschaftsabbruch, der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommen wird, auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 des Strafgesetzbuches begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.</p> <p>(4) Die Schwangere ist nicht nach § 218 strafbar, wenn der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung (§ 219) von einem Arzt vorgenommen worden ist und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind. Das Gericht kann von Strafe nach § 218 absehen, wenn die Schwangere sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden hat.</p>

-
45. Eingeführt durch das 15. StrRÄndG vom 18.05.1976, BGBl. I 1976, Seite 1213 ff. Diese Regelung blieb über ein Jahrzehnt in Kraft. Erst die deutsche Einheit gab Reformbestrebungen einen neuen Anstoß. Bei den Verhandlungen über den Einigungsvertrag konnte keine sofortige Rechtsvereinheitlichung für den Bereich des Schwangerschaftsabbruchs erreicht werden. Daher beauftragte Art. 31 Abs. 4 EV den gesamtdeutschen Gesetzgeber, bis spätestens 31.12.1992 eine neue Regelung zum Schwangerschaftsabbruch zu treffen, die für das ganze Bundesgebiet gilt.
46. Eingeführt durch das Schwangeren- und FamilienhilfeänderungsG vom 21.08.1995, BGBl. I 1995, Seite 1050 ff.

Alte Fassung (3) bis 1995 ⁴⁷	Aktuelle Fassung des § 218 a StGB ⁴⁸
<p>(1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht rechtswidrig, wenn die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.</p> <p>(2) Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschafts-abbruch ist nicht rechtswidrig, wenn nach ärztlicher Erkenntnis der Abbruch notwendig ist, um eine Gefahr für das Leben der Schwangeren oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes abzuwenden, sofern die Gefahr nicht auf andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.</p> <p>(3) Die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr. 2 gelten auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann. Dies gilt nur, wenn die Schwangere dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs.3 Satz 2 nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, und wenn seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind.</p>	<p>(1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.</p> <p>(2) Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschafts-abbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebens-verhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.</p> <p>(3) Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten bei einem Schwangerschaftsabbruch, der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommen wird, auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 des Strafgesetzbuches begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.</p>

-
47. Eingeführt durch das Schwangeren- und FamilienhilfeG vom 27.07.1992, BGBl. I 1992, Seite 1213 ff. Durch einstweilige Anordnungen des *Bundesverfassungsgerichts* vom 04.08.1992 und 25.01.1993 wurde das Inkrafttreten der Neuregelungen zum Schwangerschaftsabbruch ausgesetzt (*BVerfGE* 86, Seite 390; 88, Seite 83). Mit Urteil vom 28.05.1993 erklärte das oberste Gericht die Vorschrift des § 218 a Abs. 1 StGB in der Fassung des SFHG, die eine rechtfertigende Fristenregelung mit Beratungspflicht vorgesehen hatte, für nichtig und ersetzte diese durch eine Übergangsanordnung (genauer *BVerfGE* 88, Seite 203 (208 ff.)). § 218 a Abs. 2 und 3 StGB, die die medizinische und die embryopathische Indikation normierten, wurden dagegen nicht beanstandet (*BVerfGE* 88, Seite 203 (257)), so dass die Spätabtreibung zunächst weiterhin aus medizinischer und embryopathischer Indikation zulässig war.
48. Eingeführt durch das Schwangeren- und FamilienhilfeänderungsG vom 21.08.1995, BGBl. I 1995, Seite 1050 ff.

Alte Fassung (3) bis 1995 (Fortsetzung)	Aktuelle Fassung des § 218 a StGB (Fortsetzung)
(4) Die Schwangere ist nicht nach § 218 strafbar, wenn der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung (§ 219) von einem Arzt vorgenommen worden ist und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind. Das Gericht kann von Strafe nach § 218 absehen, wenn die Schwangere sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden hat.	(4) Die Schwangere ist nicht nach § 218 strafbar, wenn der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung (§ 219) von einem Arzt vorgenommen worden ist und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind. Das Gericht kann von Strafe nach § 218 absehen, wenn die Schwangere sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden hat.

§ 2. Verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Vorgaben

Die vom Grundgesetz und dem Bundesverfassungsgericht in seinen Abtreibungsentscheidungen vom 25.02.1975 und vom 28.05.1993 getroffenen Aussagen zur Problematik des Schwangerschaftsabbruchs binden die staatlichen Organe und haben demzufolge Ausgangspunkt jeder Interpretation der einfachgesetzlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch und zur Spätabtreibung zu sein. Zwar ist das Grundgesetz selbst eher weit gefasst, jedoch gibt es den Rahmen des einfachgesetzlich Zulässigen vor, der für den Schwangerschaftsabbruch vom Bundesverfassungsgericht präzisiert wurde. Ihm kommt dabei die Aufgabe der rechtsverbindlichen Auslegung der Verfassung zu.⁴⁹ Das höchste Gericht, das in allen Verfahren auf die Anwendung des geltenden Verfassungsrechts verwiesen ist, nimmt dabei und deshalb am Prinzip des Vorrangs der Verfassung teil,⁵⁰ d.h. alles Unterverfassungsrecht samt aller Einzelakte der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt muss sich an der Verfassung und den Prämissen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts messen lassen.⁵¹

A. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch

Ausgangspunkt für das Auffinden verfassungsrechtlicher Vorgaben zum Schwangerschaftsabbruch und insbesondere der Spätabtreibung sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch,⁵² die die grundgesetzlichen Vorgaben präzisieren.

1. Die besondere Bedeutung der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch

Besondere Bedeutung erlangen die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts dadurch, dass die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG an den Tenor und die tragenden Rechtsgründe der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung gebunden sind,⁵³ was folglich hinsichtlich der Anwendung und Auslegung der strafrechtlichen Normen zur Spätabtreibung auch und gerade für Richter und Staatsanwälte gilt. Getragen wird die Entscheidung dabei von bestimmten „Grundsätze(n) für die Auslegung der Verfassung“.⁵⁴ Gemeint sind damit auch die konkreten Entscheidungssätze, die den vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Entscheidung aufgestellten oder wiederholten allgemeinen Verfassungssatz anhand des überprüften Hoheitsaktes erläutern und subsumtionsfähig darstellen, insoweit also zwischen den „Leitsätzen“ der Entscheidung und dem konkreten,

49. Vgl. dazu nur *BVerfGE* 77, Seite 84 (104)

50. Dazu nur Isensee / Kirchhof – Roellecke, Band III, § 67 RN 22

51. Zum Vorrang der Verfassung und insbesondere der Grundrechte siehe nur Pieroth / Schlink, RN 5; vgl. dazu auch Schuppert / Bumke, Seite 48 ff.

52. *BVerfGE* 39, Seite 1 ff.; *BVerfGE* 88, Seite 203 ff.; Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts fanden ein breites und kontroverses Echo in der Literatur, beispielhaft: Abendroth, KJ 1975, Seite 121 ff.; Belling, MedR 1995, Seite 184 ff.; Eser, JZ 1994, Seite 503 ff.; Finkelnburg, EuGRZ 1975, Seite 177 f.; Frommel, KJ 1993, Seite 324 ff.; Geiger, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 ff.; Gropp, GA 1994, Seite 147 ff.; Hoerster, JuS 1995, Seite 192 ff.; Kluth, FamRZ 1993, Seite 1382 ff.; Pallasch, NZA 1993, Seite 973 ff.; Sachs – Murswieck, Art. 2 RN 215 ff.; Starck, JZ 1993, Seite 816 ff.; Stoffels, DB 1993, Seite 1718 ff.; Stürner, Rechtsgutachten; Thomas / Kluth, Das unzumutbare Kind; Tröndle, MedR 1994, Seite 356 ff.; Tröndle, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 12, Seite 91 ff.; Weiß, JR 1993, Seite 449 ff.

53. So schon *BVerfGE* 1, Seite 14 (15 LS 5); *BVerfGE* 40, Seite 88 (93); dazu auch Badura, H 61, Seite 815 f.; Lechner / Zuck - Zuck, BVerfGG, § 31 RN 28 ff.; Umbach / Clemens – Heusch, § 31 RN 54 ff, 68 ff.

54. *BVerfGE* 40, Seite 88 (93)

angegriffenen Akt vermitteln. Durch sie wird das verfassungsrechtlich Erhebliche am Einzelfall herausgestellt und zugleich festgelegt, welche anderen konkreten Einzelfälle als insofern echte Parallel- und Wiederholungsfälle zu bewerten sind, für die dann die aufgestellten Verfassungs- und Auslegungsgrundsätze auch zu gelten haben.⁵⁵ Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch haben demzufolge jeweils direkten Einfluss und unmittelbare Auswirkungen auf die strafrechtlichen und sonstigen Regelungen zur Abtreibung und zwar nicht nur bei der Gesetzgebung,⁵⁶ sondern gerade auch bei der Gesetzesanwendung.⁵⁷

Allerdings und trotzdem hat das Verfassungsgericht nur eine begrenzte Entscheidungsbefugnis. Ein Umstand, der sich noch einmal vergegenwärtigt werden muss, bevor mit der Analyse der verfassungsgerichtlichen Urteile begonnen werden kann. Ihm obliegt es grundsätzlich⁵⁸ nicht, selbst rechtsgestaltende Entscheidungen zu treffen.⁵⁹ Seine Aufgabe ist es vielmehr, anhand der Verfassung aufzuzeigen, wo die Grenzen der dem Gesetzgeber zustehenden – rechtspolitischen – Gestaltungsbefugnis liegen.⁶⁰ Das oberste Gericht konnte daher jeweils die gesetzlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch nur darauf überprüfen, ob sie das verfassungsrechtlich gebotene Minimum eingehalten haben. Denn bei den Abtreibungsentscheidungen stand kein staatlicher Eingriff in das Recht auf Leben in Frage, es war vielmehr zu untersuchen, ob der Gesetzgeber seiner aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG abgeleiteten⁶¹ Schutzpflicht im ausreichenden Maße nachgekommen ist. Zu entscheiden war durch das Gericht insoweit nur, was das verfassungsrechtlich geforderte Minimum des Lebensschutzes ist und ob der Gesetzgeber dieses eingehalten hatte, nicht, was das Optimum ist. Insofern war, in Umkehrung des für Eingriffe geltenden Übermaßverbots,⁶² das so genannte Untermaßverbot⁶³ das Maß, an dem das Gericht die

55. Vgl. dazu auch Umbach / Clemens – *Heusch*, § 31 RN 57 ff.

56. Ob und inwiefern sich durch die Bindungswirkung der normverwerfenden Bundesverfassungsgerichtsentscheidung ein echtes Normwiederholungsverbot des Gesetzgebers ergibt, ist höchst umstritten. So liegen insofern sich widersprechende Aussagen der Senate des Bundesverfassungsgerichts vor, die allerdings, zumindest zum Teil, jeweils nur *orbiter dicta* darstellen (für ein solches Verbot: *BVerfGE* 1, Seite 14 (15 LS 5, 37), *BVerfGE* 69, Seite 112 (115); dagegen: *BVerfGE* 77, Seite 84 (103 f.); vgl. dazu auch *Badura*, H 61, Seite 816; *Isensee / Kirchhof – Löwer*, Band III, § 70 RN 104 ff.; *Lechner / Zuck - Zuck*, *BVerfGG*, § 31 RN 34; *Pestalozza*, *VerfProzR*, § 20 RN 66, 85, 130; *Schlaich / Korioth*, *BVerfG*, RN 483 f.; *Umbach / Clemens – Heusch*, § 31 RN 64). Jedenfalls wird im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess aufgrund des Präjudizes der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung diese ihre faktischen Wirkungen entfalten. Vgl. zu Vor- und Nachwirkungen verfassungsgerichtlicher Kontrolle auch die Ausführungen bei *Schuppert / Bumke*, Seite 51 f.

57. Die durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommene rechtsverbindliche Auslegung der Verfassung ist aufgrund der einfachgesetzlich, d.h. durch § 31 *BVerfGG*, angeordnete Bindungswirkung jedenfalls für die Rechtsprechung und vollziehende Gewalt verbindlich. Dazu *BVerfGE* 77, Seite 84 (103 f.).

58. Es kann insoweit zwar die Nichtigkeit eines Gesetzes feststellen, der dann gem. § 31 Abs. 2 *BVerfGG* auch Gesetzeskraft zukommt, und, wie sich schon aus § 35 *BVerfGG* ergibt, die Vollstreckung der eigenen Entscheidung regeln. Der Erlass eigener Normregelung und insbesondere die Verlängerung eigener Notnormregelungen obliegt ihm insofern eigentlich nicht. Trotzdem hat das Bundesverfassungsgericht im Einzelfall diese Grenze überschritten und Übergangsanordnungen erlassen, die insofern die Lücke zwischen der Entscheidung und dem neuen Parlamentsgesetz füllen sollten (vgl. dazu nur die in der ersten Schwangerschaftsentscheidung vorgenommen Übergangsanordnung *BVerfGE* 39, Seite 1 (2)) und folglich dann im gewissen Sinne auch rechtsgestaltende Wirkung hatten. Vgl. zum Ganzen *Pestalozza*, *VerfProzR*, § 19 RN 12 ff. sowie *Schlaich / Korioth*, *BVerfG*, RN 473 f.

59. Vgl. dazu *Pestalozza*, *VerfProzR*, § 1 RN 2

60. Vgl. dazu auch *Degenhart*, *StaatsR I*, RN 743; *Isensee / Kirchhof – Roellecke*, Band III, § 67 RN 45

61. Siehe dazu *BVerfGE* 88, Seite 203 (251), genauer dazu unter § 2.A.II.2.a „Schutzpflicht des Staates“

62. Zum Übermaßverbot vgl. nur *Isensee / Kirchhof – Starck*, Band III, § 33 RN 23

ihm zur Normenkontrolle vorgelegten Gesetze zum Schwangerschaftsabbruch gemessen hat.⁶⁴ Das hatte indes zur Folge, dass das Bundesverfassungsgericht, anders als bei Grundrechtseingriffen des Staates, nicht nur judiziert hat, dass und ob eine bestimmte Regelung nicht erfolgen darf, sondern darüber hinaus das verfassungsrechtlich geforderte Minimum an effektiven Schutz genauer umreißen musste. Letztlich und gerade auch durch diese konkret formulierten Mindestanforderungen wirken sich diese beiden Urteile ganz besonders auf die Anwendung des einfachen Gesetzesrechts aus. Aber es ist eben nur das vom Grundgesetz geforderte Schutzminimum, das vom obersten Gericht festgeschrieben wurde und nicht ein gegebenenfalls erwünschtes Optimum.⁶⁵

II. Die wesentlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Angesichts der sich aus all dem ergebenden unmittelbaren Bedeutung der 1975 und 1993 ergangenen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch gerade auch für die – verfassungskonforme – Auslegung⁶⁶ der unbestimmten Rechtsbegriffe bei den Strafvorschriften zur Spätabtreibung erscheint es notwendig, zunächst die wesentlichen Aussagen und Begründungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts darzustellen. Darüber hinaus muss allerdings gesondert auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eingegangen werden. Dieses spezielle Diskriminierungsverbot zugunsten Behinderter wurde erst 1994⁶⁷, also nach den beiden Abtreibungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in das Grundgesetz eingefügt und konnte dementsprechend vom obersten Gericht nicht mitberücksichtigt werden. Jedoch spielen gerade die Wertungen dieses Artikels, wie noch zu zeigen ist,⁶⁸ eine entscheidende Rolle bei der verfassungskonformen Auslegung des die Spätabtreibung unter bestimmten Voraussetzungen gestattenden § 218 a Abs. 2 StGB.

Bei der Darstellung der tragenden Entscheidungsgründe und wesentlichen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts wird sich aber auf die Vorgaben beschränkt, die – zumindest auch – für die Spätabtreibung von Relevanz sind. Die insofern nur den Schwangerschaftsabbruch nach Beratung innerhalb der ersten 12 Schwangerschaftswochen betreffenden Entscheidungsgründe sind für diese Arbeit nicht von Bedeutung und werden daher auch bewusst nicht reflektiert.

1. Der Ausgangspunkt: die kollidierenden Rechte

Ausgangspunkt der Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Gesetzgeber für eine einfachgesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs durch das Bundesverfassungsgericht sind die Rechte des nasciturus und der Schwangeren, die beim Schwangerschaftsabbruch

63. Zum Untermaßverbot vgl. grundlegend Isensee / Kirchhof – *Isensee*, Band V, 1. Aufl., § 111 RN 90f., 165 f.

64. Vgl. dazu *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

65. Das scheint zum Teil von der doch sehr weit verbreiteten Kritik an den Abtreibungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vergessen zu werden. Beispielhaft *Geiger*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 (33 ff.); *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 71 (71 ff.); *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 12, Seite 91 (91 ff.)

66. Zur Bindungswirkung einer selbst vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen verfassungskonformen Auslegung einfachen Gesetzesrechts siehe: *BVerfGE* 40, Seite 88 (94)

67. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. I 1994, Seite 3146 (3146)

68. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.B „Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG“

miteinander kollidieren. Welche Grundrechte dies sind und inwiefern auch der Menschenwürdeschutz des Art. 1 Abs. 1 GG eine Rolle spielt, soll zunächst erläutert werden.

a. Verfassungsrechtlicher Schutz des nascitrus

Was für uns heute eine Selbstverständlichkeit ist, dass der Schwangerschaftsabbruch keine Privatsache der Frau ist, sondern und weil er elementar in Rechte des Embryo eingreift, schien das Bundesverfassungsgericht 1975, in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch, erst noch einmal fest- und klarstellen zu müssen.⁶⁹ „Da ... der nascitrus ein selbständiges menschliches Wesen ist, das unter dem Schutz der Verfassung steht, kommt dem Schwangerschaftsabbruch eine soziale Dimension zu, die ihn der Regelung durch den Staat zugänglich und bedürftig macht.“⁷⁰

aa. Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG

„Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.“ (Art. 2 Abs. 2 GG)

Als vom sachlichen wie auch persönlichen Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasst hat das Bundesverfassungsgericht den nascitrus bereits 1975 angesehen.⁷¹

Dabei lässt es das Bundesverfassungsgericht offen, ob menschliches Leben, „wie es die Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie nahe legen, ... bereits mit der Verschmelzung von Ei und Samenzelle entsteht“,⁷² da jedenfalls zum Zeitpunkt der Schwangerschaft, d.h. dem Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutter, ein individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben bestehe, welches sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickle.⁷³ Der damit beginnende Entwicklungsprozess wird vom obersten Gericht als ein kontinuierlicher Vorgang, der keine scharfen Einschnitte aufweise und eine genaue Abgrenzung der verschiedenen unabdingbaren Stufen der Entwicklung eines individuellen Menschseins nicht zulasse, bezeichnet, der auch nicht mit der Geburt beendet sei, da z.B. die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewusstseinsphänomene erst längere Zeit nach der Geburt auftreten würden.⁷⁴ „Das Recht auf Leben“, so das Gericht weiter, „wird jedem gewährleistet, der „lebt“⁷⁵, zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden.“⁷⁶ Das Grundgesetz enthalte, so in seiner Entscheidung vom 28.05.1993 ausdrücklich und betont das Bundesverfassungsgericht,

69. Sicherlich auch in Abgrenzung zur knapp 2 Jahre vorher ergangenen Entscheidung des US Supreme Court, der sogar ein (Grund)Recht auf Abtreibung statuiert hat. Vgl. dazu *Supreme Court of the United States* vom 22.01.1973, Roe et al. v. Wade, EuGRZ 1974, Seite 52 (52 ff.)
70. *BVerfGE* 39, Seite 1 (42); Damit steht das *Bundesverfassungsgericht* zumindest der Sache nach im Widerspruch zur Auffassung des *Supreme Court*, ebenda; ähnlich auch in *BVerfGE* 39, Seite 1 (37)
71. *BVerfGE* 39, Seite 1 (36 ff.); daran anknüpfend *BVerfGE* 88, Seite 203 (251 f.)
72. *BVerfGE* 88, Seite 203 (251)
73. *BVerfGE* 88, Seite 203 (251 f.)
74. *BVerfGE* 39, Seite 1 (37); 88, Seite 203 (251 f.)
75. Hervorhebung im Original
76. *BVerfGE* 39, Seite 1 (37)

keine dem Entwicklungsprozess der Schwangerschaft folgenden Abstufungen des Lebensrechts für das ungeborene menschliche Wesen.⁷⁷

Neben dem sachlichen Schutzbereich sieht das Bundesverfassungsgericht auch den persönlichen Schutzbereich für den nasciturus als eröffnet an. „Jeder“ im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sei „jeder Lebende“⁷⁸, jedes Leben besitzende menschliche Individuum und daher auch das noch ungeborene menschliche Wesen, eben gerade weil es menschliches Leben sei.⁷⁹ Insofern gibt das oberste Gericht einer weiten Schutzbereichsauslegung den Vorzug.⁸⁰ Konsequenterweise führt es insofern zur Begründung an, dass jedenfalls der Sinn und Zweck dieser Grundrechtsbestimmung es erfordern, den Lebensschutz auf die sich entwickelnde Existenz auszudehnen, damit die Sicherung der menschlichen Existenz gegen staatliche Übergriffe nicht unvollständig sei.⁸¹

Während es das Bundesverfassungsgericht dabei in seiner 1975 erlassenen Entscheidung noch offen lässt, „ob der nasciturus selbst Grundrechtsträger ist oder aber wegen mangelnder Rechts- und Grundrechtsfähigkeit „nur“⁸² von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt wird“,⁸³ spricht das Gericht dem Ungeborenen in seiner zweiten Abtreibungsentscheidung ausdrücklich ein eigenes Lebensrecht zu.⁸⁴ Dieses Lebensrecht stehe dem nasciturus von Anfang an zu und werde nicht erst durch die Annahme seitens der Mutter begründet.⁸⁵

bb. Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG⁸⁶

„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlicher Gewalt.“ (Art. 1 Abs. 1 GG)

Das Bundesverfassungsgericht stellt darüber hinaus fest, dass der nasciturus zudem auch am Schutz, den die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG gewähre, teilnehme.⁸⁷ Menschenwürde

77. *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

78. Hervorhebungen jeweils im Original

79. *BVerfGE* 39, Seite 1 (37 ff.)

80. So ausdrücklich auch *BVerfGE* 39, Seite 1 (38)

81. *BVerfGE* 39, Seite 1 (37)

82. Hervorhebung im Original

83. *BVerfGE* 39, Seite 1 (41)

84. *BVerfGE* 88, Seite 203 (203 LS 1 sowie Seite 252)

85. *BVerfGE* 88, Seite 203 (252)

86. Inwiefern Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht aufgefasst und seine Verletzung demzufolge mittels Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann, ist umstritten. Das *BVerfG* scheint jedenfalls vom Grundrechtscharakter des Art. 1 Abs. 1 GG auszugehen. (Vgl. dazu nur *BVerfGE* 1, Seite 332 (333); *BVerfGE* 12, Seite 113 (122 f.); *BVerfGE* 15, Seite 283 (286); ebenso BK – *Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 24 ff.; Mangoldt / Klein / Starck – *Starck*, Art. 1 Abs. 1 RN 28 ff.; Sachs – *Höfling*, Art. 1 RN 5 ff. je m.w.N., a. A. jedoch Dreier – *Dreier*, Art. 1 I RN 127 ff.; Maunz / Dürig – *Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 RN 18 ff.) Auch wenn die Wortlautauslegung und die Interpretation der Stellung des Art. 1 Abs. 1 GG im Text des GG keine eindeutige Entscheidung ermöglichen, spricht doch der in der Gesamtsystematik der Verfassung zu Tage tretende rechtsstaatliche Zug des Grundgesetzes im Zweifel dafür, dass der Einzelne dort, wo Rechtsnormen individuelle Interessen schützen, er auch Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann, eher für ein Verständnis als Grundrecht.(ähnlich BK – *Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 24 ff.) Insofern wird im Rahmen dieser Arbeit mit dem Bundesverfassungsgericht von einem derartigen Charakter des Art. 1 Abs. 1 GG ausgegangen.

komme schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu, nicht erst dem menschlichen Leben nach der Geburt oder bei ausgebildeter Personalität.⁸⁸ Es sei (auch) nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewusst sei und sie selbst zu wahren wisse. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten Fähigkeiten genügten, so das oberste Gericht, um die Menschenwürde zu begründen.⁸⁹ Das Verfassungsgericht betont dabei, dass unabhängig davon, in welcher der unabdingbaren Entwicklungsstufen zum individuellen Menschsein sich das Ungeborene befindet, ihm schon deshalb, weil es menschliches Leben darstelle, Menschenwürde zukomme.⁹⁰ „Diese Würde des Menschseins liegt auch für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen.“⁹¹

Das Lebensrecht des Ungeborenen sieht das Bundesverfassungsgericht dabei als das „elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht“⁹² an. „Das menschliche Leben (...) ist die vitale Basis der Menschwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte“,⁹³ betonte das oberste Gericht schon 1975. Insofern leitet es das Lebensrecht des nasciturus auch aus dem Schutzgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG ab.

b. Kollidierende Rechte der Mutter

Zu den vom Lebensrecht des Ungeborenen berührten verfassungsrechtlich relevanten Rechtsgütern der Frau äußert sich das Bundesverfassungsgericht nur kurz. Das Gericht geht dabei zunächst vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG aus.⁹⁴ Vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit⁹⁵ sowie ihr Persönlichkeitsrecht,⁹⁶ „welches die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn zum Inhalt hat und damit auch die Selbstverantwortung der Frau umfasst, sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden“,⁹⁷ seien beim Schwangerschaftsabbruch von Relevanz.

2. Verfassungsgerichtliche Vorgaben zur Konfliktlösung

Diese beim Schwangerschaftsabbruch und bei der Spätabtreibung grundsätzlich kollidierenden Interessen musste das Bundesverfassungsgericht nun zu einem verfassungsgemäßen Ausgleich bringen.

a. Schutzpflicht des Staates

Das oberste Gericht geht dabei vom Recht auf Leben des nasciturus aus. Dieses ohne Abstufungen⁹⁸ gewährte Recht auf Leben des ungeborenen Menschen nimmt den Staat nach Ansicht des Gerichts

87. *BVerfGE* 39, Seite 1 (41); *BVerfGE* 88, Seite 203 (203 LS 1, 251 f.)

88. *BVerfGE* 88, Seite 203 (251)

89. *BVerfGE* 39, Seite 1 (41)

90. *BVerfGE* 88, Seite 203 (252); ähnlich bereits *BVerfGE* 39, Seite 1 (41)

91. *BVerfGE* 88, Seite 203 (252)

92. *BVerfGE* 88, Seite 203 (252)

93. *BVerfGE* 39, Seite 1 (41)

94. Ausdrücklich *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

95. Art. 2 Abs. 2 GG - dazu *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

96. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – dazu *BVerfGE* 39, Seite 1 (42 f.); *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

97. *BVerfGE* 39, Seite 1 (43)

98. Dazu *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

in zweierlei Hinsicht in die Pflicht. Einerseits dürfe er selbst keine unmittelbaren Eingriffe in das ungeborene Leben vornehmen.⁹⁹ Zum anderen müsse er sich vom Anfang der Schwangerschaft an¹⁰⁰ schützend und fördernd vor dieses Leben stellen,¹⁰¹ es vor allem auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter bewahren¹⁰² und dabei die Entfaltung des Ungeborenen im Sinne eines eigenen Lebensrechts gewährleisten.¹⁰³ Diese Schutzpflicht obliege aller staatlichen Gewalt, d.h. dem Staat in all seinen Funktionen.¹⁰⁴ „Ihren Grund hat diese *Schutzpflicht*¹⁰⁵ in Art. 1 Abs. 1 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet; ihr Gegenstand und – von ihm her – ihr Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt“,¹⁰⁶ so das *Bundesverfassungsgericht*. Dabei sei die Verpflichtung des Staates, das sich entwickelnde Leben in Schutz zu nehmen, bezogen auf das einzelne menschliche Leben, nicht nur auf das menschliche Leben allgemein¹⁰⁷ und bestehe grundsätzlich auch gegenüber Gefahren für den nasciturus, die von Dritten, auch der Mutter, ausgingen.¹⁰⁸ Das oberste Gericht verweist insoweit darauf, dass, auch wenn „das werdende Leben (...) von Natur aus vor allem dem Schutz der Mutter anvertraut“¹⁰⁹ sei, durch eine Frau, die das Kind nicht haben wolle, letztlich die größte Gefahr für den nasciturus drohe, das ungeborene Kind somit gerade dann dem Schutz der Rechtsordnung bedürfe.¹¹⁰

„Eine Differenzierung der Schutzverpflichtung“, so das Gericht an späterer Stelle, „mit Blick auf Alter und Entwicklungsstand dieses Lebens oder die Bereitschaft der Frau, es weiter in sich leben zu lassen“, verböte sich.¹¹¹ Insofern korreliert die Schutzpflicht des Staates mit dem Lebensrecht des nasciturus, das dem Ungeborenen durch das Bundesverfassungsgericht unabhängig von seinem Entwicklungsstand ohne Abstufungen zugesprochen wird.¹¹² Eine Differenzierung hinsichtlich der Schutzfähigkeit dagegen, insoweit allerdings insbesondere mit Verweis auf die in der Frühphase der Schwangerschaft gegebene existentielle Abhängigkeit des Ungeborenen von der Mutter und ihrem Schutz sowie der darüber hinaus oft nur der Frau bekannten Gravidität, lässt das Gericht aber sehr wohl zu,¹¹³ das zu diesem Zeitpunkt einen wirksamen Schutz des nasciturus durch den Staat im Endeffekt nur mit der Mutter für realisierbar hält.¹¹⁴ Dies eröffnet damit allerdings auch umgekehrt

99. *BVerfGE* 39, Seite 1 (1 LS 1; 42); *BVerfGE* 88, Seite 203 (251)

100. Dazu insbesondere *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

101. *BVerfGE* 39, Seite 1 (1 LS 1; 42); *BVerfGE* 88, Seite 203 (251)

102. So sowohl *BVerfGE* 39, Seite 1 (42), als auch *BVerfGE* 88, Seite 203 (251)

103. *BVerfGE* 88, Seite 203 (252)

104. *BVerfGE* 88, Seite 203 (252)

105. Hervorhebung im Original

106. *BVerfGE* 88, Seite 203 (251); ähnlich bereits *BVerfGE* 39, Seite 1 (41)

107. *BVerfGE* 88, Seite 203 (203 LS 2; 252)

108. *BVerfGE* 39, Seite 1 (1 LS 2; 42); *BVerfGE* 88, Seite 203 (203 LS 3; 252)

109. *BVerfGE* 39, Seite 1 (45)

110. So zwar nicht wörtlich, doch inhaltlich *BVerfGE* 88, Seite 203 (252 f.); angedeutet bereits bei *BVerfGE* 39, Seite 1 (45)

111. *BVerfGE* 88, Seite 203 (267)

112. *BVerfGE* 88, Seite 203 (254), dazu bereits oben unter § 2.A.II.1.a.aa „Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG“

113. *BVerfGE* 88, Seite 203 (263 f.)

114. *BVerfGE* 88, Seite 203 (263; 266)

die nach dieser verfassungsgerichtlichen Prämissee zulässige und trotzdem im Einklang mit dem Primat der von Anfang an bestehenden Schutzverpflichtung stehende Möglichkeit, zum Ende der insofern zumindest dem Umfeld der Frau bekannten Schwangerschaft, eben diesen Schutz des nasciturus auch immer mehr vom Willen und der Mithilfe der Mutter zu entkoppeln. Mit Beginn der extrauterinen Lebensfähigkeit¹¹⁵ besteht gerade keine derartig enge Abhängigkeit und Anonymität¹¹⁶ der Schwangerschaft mehr wie in deren Frühstadium, so dass der Staat auch eher alleine die Fähigkeit und die Mittel hat, einen Erfolg versprechenden Schutz des ungeborenen Lebens zu gewährleisten. So ist eben im Normalfall mit intensivmedizinischer Unterstützung auch ein 30 Wochen alter Fötus schon extrauterin und damit unabhängig von seiner Mutter lebensfähig,¹¹⁷ sofern ihm, je nach Wahl der Geburts- oder Abtreibungsmethode überhaupt die Möglichkeit eröffnet wird, lebend zur Welt zu kommen. Der damit anknüpfend an die Schutzfähigkeit verfassungsrechtlich grundsätzlich erlaubte verstärkte Schutz des nasciturus zum Ende der Schwangerschaft kann und wird gerade für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit¹¹⁸ der Beschränkung der Spätabtreibung, insbesondere bezüglich des Fetozids,¹¹⁹ eine Rolle spielen.¹²⁰

b. Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs

Die Reichweite der Schutzpflicht des Staates wird durch das Bundesverfassungsgericht dabei mit „Blick auf die Bedeutung und Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts – hier des ungeborenen menschlichen Lebens – einerseits und mit ihm kollidierender Rechtsgüter andererseits“ bestimmt.¹²¹ Ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde verweist das Gericht auf das Recht der Schwangeren auf Leben und körperliche Unversehrtheit¹²² sowie ihr Persönlichkeitsrecht¹²³, die zwar ebenfalls Anerkennung und

115. Ab der 20. SSW p.c. ist ein Überleben des Kindes außerhalb des Mutterleibes möglich. Vgl. dazu nur Ahner / Kohlhauser / Bikas etc., Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (23); Allen / Donohue / Dusman, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1599)

116. Zumindest dann, wenn eine Spätabtreibung vorgenommen werden soll, werden auch Dritte, insbesondere das Krankenhaus und sein Personal, involviert, da ein solcher Eingriff im Normalfall aufgrund seiner Schwierigkeit immer stationär durchgeführt wird. Insoweit ist eine staatliche Kenntnis und Kontrolle eher möglich.

117. Ähnlich LK – Kröger, § 218 RN 24. Zwar ist ein Überleben im Einzelfall auch schon ab der 20. Schwangerschaftswoche möglich. Aufgrund der hohen Mortalität an der Grenze zur Lebensfähigkeit kann von einem Überleben als Normalfall aber erst bei fortgeschrittenerer Schwangerschaftsdauer und deutlichem Abstand von dieser Grenze gesprochen werden. Das ist bei einer Schwangerschaftsdauer von 30 Wochen jedenfalls grundsätzlich der Fall. Vgl. insofern zu den steigenden Überlebenschancen, je weiter die 20. Schwangerschaftswoche überschritten ist, nur: Ahner / Kohlhauser / Bikas etc., Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (23); Allen / Donohue / Dusman, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1599); Fachgesellschaften, Frühgeburt, Pädiatrische Praxis 1999, Seite 223 (225); Hüttner / Weis / Maurer etc., Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (477) und Seite 479 mit einem Verweis auf weitere internationale Studien

118. Mit diesem, anknüpfend an die Schutzfähigkeit, verfassungsrechtlich grundsätzlich erlaubten verstärkten Schutz des nasciturus zum Ende der Schwangerschaft korreliert ein unter bestimmten Umständen, insbesondere der Durchführung der Spätabtreibung mittels Fetozid, verfassungsrechtlich geforderter, verstärkter Schutz des nasciturus. Dazu ausführlich weiter unten in dieser Arbeit unter § 4.C.II “Fetozid”

119. Zur medizinischen Seite des Fetozids siehe unten unter § 3.A.VI “Exkurs: Wie erfolgt die Spätabtreibung medizinisch”

120. Zur rechtlichen Bewertung des Fetozids siehe unten unter § 4.C.II “Fetozid”

121. BVerfGE 88, Seite 203 (254)

122. BVerfGE 88, Seite 203 (203 LS 5; 254)

123. BVerfGE 39, Seite 1 (43); BVerfGE 88, Seite 203 (203 LS 5; 254)

Schutz beanspruchen könnten,¹²⁴ allerdings nicht soweit tragen würden, dass der Mutter, sei es auch nur für eine begrenzte Zeit, die Verfügung über das Lebensrecht des ungeborenen Kindes zur freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung überantwortet würde, da dann der rechtliche Schutz des nasciturus nicht mehr gewährleistet wäre.¹²⁵

Das Bundesverfassungsgericht begründet diese Maxime mit dem Faktum, dass die beim Schwangerschaftsabbruch miteinander kollidierenden Rechtsgüter nicht zu einem verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden könnten.¹²⁶ Auf der Seite des ungeborenen Lebens stehe nicht ein Mehr oder Weniger an Rechten, die Hinnahme von Nachteilen oder Einschränkungen in Frage, sondern das Leben selbst,¹²⁷ da es durch den Schwangerschaftsabbruch vernichtet werde.¹²⁸ „Nach dem Prinzip des schonendsten Ausgleichs konkurrierender grundgesetzlich geschützter Positionen (...) muss deshalb dem Lebensschutz des nasciturus der Vorzug gegeben werden“, so das oberste Gericht deutlich, und dieser Vorrang gelte grundsätzlich für die gesamte Zeit der Schwangerschaft.¹²⁹ Deswegen, so die Schlussfolgerung, müsse der Schwangerschaftsabbruch für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen und rechtlich verboten werden.¹³⁰ Dieses Verbot des Schwangerschaftsabbruchs erschöpfe sich dabei allerdings angesichts der einzigartigen Verbindung von Mutter und Kind nicht in einer Pflicht der Frau, den Rechtskreis eines anderen nicht zu verletzen, sondern gebe ihr zugleich ein bestimmtes Verhalten auf, nämlich das Kind auszutragen und zu gebären.¹³¹ Insofern korreliert nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts mit dem grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs die grundsätzliche Rechtspflicht der Frau zum Austragen des Kindes.¹³²

Damit wird durch die Urteile zum Schwangerschaftsabbruch eine klare Wertrangfolge festgelegt: das Lebensrecht des ungeborenen Kindes hat auch bei Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der schwangeren Frau grundsätzlich den Vorrang.

c. Ausnahmetatbestände

Allerdings konstatiert das Verfassungsgericht, dass der Schutz des Lebens nicht in dem Sinne absolut sei, dass dieses ausnahmslos (und immer) gegenüber jedem Rechtsgut Vorrang genieße, was schon Art. 2 Abs. 2 S.3 GG zeige.¹³³ Es gebe Ausnahmelagen, in denen die Rechtspflicht zum Austragen des Kindes entfallen könnte, unter bestimmten Umständen sogar entfallen müsse, weil sich die Grundrechtspositionen der Frau durchsetzen würden.¹³⁴ Voraussetzung sei dabei, dass sich im konkreten Einzelfall „schutzwürdige Positionen einer schwangeren Frau (...) mit solcher

124. *BVerfGE* 39, Seite 1 (43); *BVerfGE* 88, Seite 203 (255)

125. *BVerfGE* 88, Seite 203 (203 LS 4; 255); ähnlich bereits *BVerfGE* 39, Seite 1 (43)

126. *BVerfGE* 39, Seite 1 (43); *BVerfGE* 88, Seite 203 (255)

127. *BVerfGE* 88, Seite 203 (255)

128. *BVerfGE* 39, Seite 1 (43)

129. *BVerfGE* 39, Seite 1 (1 LS 3; 43); ähnlich *BVerfGE* 88, Seite 203 (255)

130. *BVerfGE* 39, Seite 1 (44); *BVerfGE* 88, Seite 203 (255)

131. *BVerfGE* 88, Seite 203 (256)

132. *BVerfGE* 39, Seite 1 (44); *BVerfGE* 88, Seite 203 (253)

133. *BVerfGE* 88, Seite 203 (253 f.)

134. *BVerfGE* 88, Seite 203 (204 LS 7; 257)

Dringlichkeit geltend machen, dass jedenfalls die staatliche Rechtsordnung – ungeachtet etwa weitergehender moralischer oder religiös begründeter Pflichtauffassungen – nicht verlangen kann, die Frau müsse hier dem Lebensrecht des Ungeborenen unter allen Umständen den Vorrang geben.¹³⁵ Anders gewendet gibt es damit nach Ansicht des obersten Gerichts Konstellationen, in denen zwar das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Rechtspflicht der schwangeren Frau zum Austragen des Kindes weiter bestehen bleiben, dieses höchstpersönliche Dauerverhalten angesichts der Grundrechtspositionen der Frau, insbesondere ihres Anspruchs nicht über das zumutbare Maß hinaus zur Aufopferung eigener Lebenswerte im Interesse der Respektierung des Lebensrechts des nasciturus gezwungen zu werden, aber nicht durch staatliche Gewalt eingefordert werden darf.¹³⁶ Der Umfang der Verhaltenspflicht bleibt mithin bestehen, jedoch ist das Arsenal des Staates zu ihrer Durchsetzung beschränkt.¹³⁷

aa. Das Kriterium der Unzumutbarkeit

Das Kriterium für die Anerkennung solcher Ausnahmelagen ist für das oberste Gericht das der Unzumutbarkeit der Übernahme der Pflichten, die für die Frau notwendigerweise mit dem Verbot der Tötung der Leibesfrucht verbunden seien.¹³⁸ Auch wenn die Beteiligung der Frau an dem Schwangerschaftsabbruch strafrechtlich nicht als Unterlassungsdelikt einzuordnen sei, so das Gericht, habe dieses Unzumutbarkeitskriterium deshalb seine Berechtigung, weil sich das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs angesichts der einzigartigen Verbindung von Mutter und Kind nicht in einer Pflicht der Frau erschöpfe, den Rechtskreis eines anderen nicht zu verletzen, sondern zugleich eine intensive, die Frau existentiell betreffende Pflicht zum Austragen und Gebären des Kindes enthalte und eine darüber hinausgehende Handlungs-, Sorge- und Einstandspflicht nach der Geburt über viele Jahre nach sich ziehe.¹³⁹ Anders gewendet soll die durch das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs geschaffene, insoweit für die Rechtsordnung singuläre Verknüpfung eines solchen Tötungsverbots und existentiellen, höchstpersönlichen Handlungspflichten nach Auffassung des obersten Gerichts den Rückgriff auf das Kriterium der Unzumutbarkeit rechtfertigen.

Die Schutzpflicht des Staates, die gegenüber jedem ungeborenen menschlichen Leben bestehe, sei auch in diesen Fällen nicht aufgehoben. Vielmehr führe sie dazu, dass der Staat der Frau auch weiterhin mit Rat und Hilfe beizustehen habe, um sie so womöglich doch noch für das Austragen des Kindes zu gewinnen, so das Bundesverfassungsgericht.¹⁴⁰

bb. Verfassungsrechtlich zulässige Ausnahmekonstellationen

Die inhaltliche Ausfüllung des Unzumutbarkeitskriteriums verknüpft das Bundesverfassungsgericht eng mit den von ihm für verfassungsrechtlich zulässig erachteten Ausnahmelagen. Zunächst umreißt es dabei allgemein, woher bzw. woraus eine Unzumutbarkeit herrühren kann: Es müssten Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangten,

135. *BVerfGE* 88, Seite 203 (256 f.); ähnlich bereits *BVerfGE* 39, Seite 1 (50)

136. Vgl. dazu nur *BVerfGE* 39, Seite 1 (48)

137. Vgl. *BVerfGE* 88, Seite 203 (257); dazu auch *Stürner*, JZ 1990, Seite 709 (720 f)

138. Vgl. *BVerfGE* 39, Seite 1 (48 ff.); *BVerfGE* 88, Seite 203 (256)

139. *BVerfGE* 88, Seite 203 (256)

140. *BVerfGE* 88, Seite 203 (257)

dass dies von der Frau nicht erwartet werden könne.¹⁴¹ Umstände, die im Rahmen der Normalsituation einer Schwangerschaft verbleiben würden, könnten dagegen keine Unzumutbarkeit begründen.¹⁴² Sie müssten vielmehr ein derartiges Gewicht erreichen, dass der Betroffenen die Erfüllung ihrer Pflicht außerordentlich erschwert sei und von ihr daher billigerweise nicht erwartet werden könne.¹⁴³

Unzumutbar erscheint die Fortsetzung der Schwangerschaft für die Frau dem obersten Gericht dabei jedenfalls dann, wenn „der Abbruch erforderlich ist, um eine ernste Gefahr für das Leben der Frau oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes abzuwenden“.¹⁴⁴ Darüber hinaus, so das Bundesverfassungsgericht in seiner ersten Entscheidung, stehe es dem Gesetzgeber frei, auch bei anderen außergewöhnlichen Belastungen für die Schwangere, die unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit ähnlich schwer wiegen würden, den Schwangerschaftsabbruch für straffrei zu erklären.¹⁴⁵ Angeführt werden dann die Fälle der „eugenischen“, „kriminologischen“ oder „sozialen“ Indikation.¹⁴⁶ Leicht modifiziert sieht das oberste Gericht dagegen in seiner zweiten Abtreibungsentscheidung „neben der hergebrachten medizinischen Indikation auch die kriminologische¹⁴⁷ und – ihre hinreichend genaue Umgrenzung vorausgesetzt – die embryopathische Indikation¹⁴⁸ als Ausnahmetatbestände“¹⁴⁹ an, die vor der Verfassung Bestand haben könnten.¹⁵⁰ Insofern erweitert es einerseits die von vornherein als verfassungsrechtlich unproblematisch angesehenen Indikationstatbestände über die medizinische Indikation hinaus, begrenzt dabei aber anderseits zugleich den zulässigen Rahmen für die embryopathische Indikation. Darüber hinaus könnten nach Ansicht des Gerichts andere Notlagen nur dann eine verfassungsrechtlich relevante Unzumutbarkeit begründen, „wenn in ihrer Umschreibung die Schwere des hier vorauszusetzenden sozialen oder psychisch-personalen Konflikts deutlich erkennbar wird, so dass – unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit – die Kongruenz mit den anderen Indikationsfällen gewahrt bleibt.“¹⁵¹ Obige Indikationen werden folglich nicht alsabschließend betrachtet. Psychisch-personale oder sogar soziale Umstände könnten im Einzelfall auch die Zumutbarkeit entfallen lassen.¹⁵²

141. *BVerfGE* 39, Seite 1 (49); *BVerfGE* 88, Seite 203 (204 LS 7; 256)

142. *BVerfGE* 39, Seite 1 (49); *BVerfGE* 88, Seite 203 (256)

143. *BVerfGE* 39, Seite 1 (49)

144. *BVerfGE* 39, Seite 1 (49); dazu auch *BVerfGE* 88, Seite 203 (256)

145. *BVerfGE* 39, Seite 1 (49)

146. Vgl. *BVerfGE* 39, Seite 1 (49)

147. Diese greift insofern jedoch nur innerhalb der ersten 12 Schwangerschaftswochen und spielt demzufolge in Bezug auf die Spätabtreibung keine Rolle. Vgl. dazu nur § 218 a Abs. 3 StGB

148. Deutlich hingewiesen werden muss in diesem Zusammenhang jedoch darauf, dass zum Zeitpunkt des Gerichtsurteils noch nicht das Diskriminierungsverbot für Behinderte des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in die Verfassung eingefügt war. Insofern beruht das Urteil auf einer insoweit anderen Verfassungslage. Zu den Auswirkungen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf die Möglichkeit einer embryopathischen Indikation wird auf die Ausführungen weiter unten in dieser Arbeit verwiesen. Vgl. § 2.B „Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG“

149. *BVerfGE* 88, Seite 203 (257)

150. *BVerfGE* 88, Seite 203 (257)

151. *BVerfGE* 88, Seite 203 (257)

152. *BVerfGE* 88, Seite 203 (257)

Während sich insoweit aus den Entscheidungsgründen relativ klar die nach Ansicht des Gerichts zum damaligen Zeitpunkt¹⁵³ gegebene verfassungsrechtliche Zulässigkeit der embryopathisch motivierten Eingriffe ergibt, ist eine unzweideutige Stellungnahme zum erweiterten Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation, wie sie zur Zeit geltende Gesetzeslage ist,¹⁵⁴ nicht klar zu erkennen. Im ersten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch konnte es nur die in § 218 b Nr. 1 StGB i.d.F. des 5. StrRG normierte strenge Fassung der medizinischen Indikation, die keine Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Frau¹⁵⁵ vorsah, verfassungsrechtlich bewerten. Wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten Abtreibungsentscheidung die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der „hergebrachten medizinischen Indikation“¹⁵⁶ statuiert, ist allerdings angesichts des bis dahin zum Schwangerschaftsabbruch geltenden Rechts auf den ersten Blick nicht ersichtlich, ob damit tatsächlich die reine oder die erweiterte medizinische Indikation gemeint ist. Denn bereits 1976 wurde durch das 15. StrÄG eine medizinisch-soziale Indikation, die neben der embryopathischen Indikation galt, einfaches Gesetzesrecht. Zwar sollte 1992 mit dem „Schwangeren- und Familienhilfegesetz“¹⁵⁷ eine Änderung der Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch herbeigeführt werden. Dieses ließ jedoch die hier interessierende Spätabtreibung bei rein medizinischer Indikation sowie bei embryopathischer Indikation zu. Aufgrund der einstweiligen Anordnungen des Bundesverfassungsgerichts vom 04.08.1992¹⁵⁸ und 25.01.1993¹⁵⁹ wurde das Inkrafttreten des hier relevanten Art. 13 Nr.1 SFHG¹⁶⁰ jedoch ausgesetzt.¹⁶¹ Damit war zum Zeitpunkt der zweiten Abtreibungsentscheidung des Gerichts eine erweiterte medizinische Indikation geltendes Gesetzesrecht, zur Normenkontrolle lagen ihm jedoch Regelungen¹⁶² vor, die hinsichtlich der Späabtreibung neben der embryopathischen nur eine rein medizinische Indikation enthielten.

Neben der Überlegung, dass angesichts der über 15jährigen Gültigkeit der medizinisch-sozialen Indikation¹⁶³ eine Abkehr des Gerichts von diesem Rahmen wohl deutlicher ausgefallen wäre, spricht sein Hinweis auf den bei den für verfassungsrechtlich zulässig erachteten Indikationen „vorauszusetzenden sozialen oder psychisch-personalen Konflikt“¹⁶⁴ wohl auch für ein erweitertes

153. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG wurde erst 1994 ins Grundgesetz eingefügt (vgl. dazu Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. I 1994, Seite 3146 (3146), also erst nach der am 28.05.1993 ergangenen zweiten Abtreibungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts).

154. Vgl. § 218 a Abs. 2 StGB (i.d.F.d SFHÄndG vom 21.08.1995 - BGBl I 1995, Seite 1050)

155. So jedoch die zur Zeit gültige und für die Späabtreibung relevante Fassung der medizinischen Indikation – vgl. § 218 a Abs. 2 StGB (i.d.F.d SFHÄndG vom 21.08.1995 - BGBl I 1995, Seite 1050)

156. *BVerfGE* 88, Seite 203 (257)

157. Vgl. BGBl I 1992, Seite 1398

158. *BVerfGE* 86, Seite 390 (390 ff.)

159. *BVerfGE* 88, Seite 83 (83 ff.)

160. BGBl I 1992, Seite 1398

161. *BVerfGE* 86, Seite 390 (393 ff.); *BVerfGE* 88, Seite 83 (86)

162. In der Entscheidungsformel des Bundesverfassungsgerichtsurteils wird insofern nur auf die Normen des „Schwangeren- und Familienhilfegesetzes“ verwiesen. Vgl. dazu *BVerfGE* 88, Seite 203 (208 ff.)

163. Allerdings bei gleichzeitiger Normierung einer eigenständigen embryopathischen Indikation.

164. *BVerfGE* 88, Seite 203 (257)

Verständnis der medizinischen Indikation. Denn die Feststellung einer derartigen Konfliktlage kann sinnvoll nur bei umfassender Abwägung aller – gegenwärtigen und zukünftigen – Lebensumstände erfolgen.¹⁶⁵ Anders als bei der zur Zeit geltenden Gesetzeslage war der Anwendungsbereich des als medizinisch-soziale Indikation ausformulierten Indikationsrahmens allerdings durch die eigenständige Regelung einer embryopathischen Indikation, für die das Verfassungsgericht insoweit eine hinreichende Umgrenzung voraussetzte, eingeschränkt. Daher hat das Bundesverfassungsgericht insoweit zwar die Aufnahme der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse und damit die Aufnahme sozialer Komponenten in den Indikationsrahmen gebilligt, insofern also den Rahmen der streng medizinischen Indikation bewusst gesprengt,¹⁶⁶ ob damit aber auch eine alle Fälle der embryopathischen Indikation erfassende medizinisch-soziale Indikation, wie sie der Gesetzgeber ursprünglich mit der geltenden Gesetzeslage schaffen wollte,¹⁶⁷ akzeptiert wird, erscheint allein¹⁶⁸ schon angesichts der vom Bundesverfassungsgericht verlangten hinreichend genauen Umgrenzung der embryopathischen Indikation für ihre verfassungsrechtliche Anerkennung mehr als zweifelhaft¹⁶⁹ und muss bei der verfassungskonformen Auslegung des einfachen Gesetzesrechts zur Spätabtreibung beachtet werden.

Für die Späabtreibung relevante verfassungsrechtlich zulässige Indikationen zum Zeitpunkt des Urteils waren im Ergebnis nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die embryopathische, bei hinreichender Umgrenzung, und die dadurch im Anwendungsbereich begrenzte medizinisch-soziale Indikation. Die verfassungsgerichtliche Billigung einer Einbeziehung aller Fälle der embryopathischen Indikation in eine medizinisch-soziale Indikation war für das Gericht insofern zwar nicht von Belang, erscheint aber allein schon angesichts der geforderten Beschränkung der embryopathischen Indikation als unwahrscheinlich.

cc. Die Qualifikation der Ausnahmetatbestände als nicht-rechtswidrig durch das Bundesverfassungsgericht

Dass das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten Abtreibungsentscheidung vom rechtfertigenden Charakter der Indikationstatbestände ausgeht, kommt zunächst vor allem in Form eines Umkehrschlusses zum Ausdruck, wenn in den Entscheidungsgründen ausgeführt wird, Schwangerschaftsabbrüche ohne Feststellung von Indikationen dürften nicht für gerechtfertigt erklärt werden: „Nach den bestehenden verfassungsrechtlichen Anforderungen ist er¹⁷⁰ dabei nicht frei, den Schwangerschaftsabbruch über verfassungsrechtlich unbedenkliche Ausnahmetatbestände hinaus als nicht rechtswidrig, also erlaubt, anzusehen.“¹⁷¹ oder an anderer Stelle: „Ein Schwangerschaftsabbruch darf deshalb strafrechtlich nur für gerechtfertigt erklärt werden, wenn und soweit die Rechtfertigungsgründe auf die verfassungsrechtlich zugelassenen Ausnahmen vom

165. Ähnlich auch *Hofstätter*, Seite 93

166. Vgl. dazu auch *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (142)

167. Vgl. dazu BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26

168. Vgl. zu den Auswirkungen, die die ausdrückliche Normierung des Diskriminierungsverbots für Behinderte im GG auf ein derartiges Unterfangen hat, die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.B „Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG“

169. Ähnlich *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (160)

170. Der Gesetzgeber.

171. *BVerfGE* 88, Seite 203 (261 f.)

Verbot des Schwangerschaftsabbruchs tatbestandlich begrenzt sind.“¹⁷² Insofern wird die Einordnung der vom obersten Gericht als verfassungsrechtlich zulässig qualifizierten Ausnahmetatbestände im Strafrecht als Rechtfertigungsgründe zugelassen und für verfassungskonform erklärt.¹⁷³ „Eine Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs kann nur in Betracht kommen, wenn eine – festzustellende – tatbestandlich näher umschriebene Notlage gegeben ist, die – vergleichbar den Fällen der medizinischen (oder) embryopathischen (...) Indikation¹⁷⁴ – so schwer wiegt, dass der schwangeren Frau die Austragung der Schwangerschaft nicht zugemutet werden kann.“¹⁷⁵ Bestimmte Indikationsfälle werden so über ein Unzumutbarkeitskriterium für gerechtfertigt erklärt.

Das Vorliegen eines solchen Ausnahmetatbestandes dürfe aber nicht durch eine Art „Selbstindikation“ der Frau bejaht werden,¹⁷⁶ es entspreche vielmehr „unverzichtbaren rechtsstaatlichen Grundsätzen, dass einem Ausnahmetatbestand nur dann rechtfertigende Wirkung zukommen kann, wenn das Vorliegen seiner Voraussetzungen *festgestellt*¹⁷⁷ werden muss, sei es durch Gerichte, sei es durch Dritte, denen der Staat kraft ihrer besonderen Pflichtenstellung vertrauen darf und deren Entscheidung nicht jeder staatlichen Überprüfung entzogen ist.“¹⁷⁸ „Der Staat darf sich seiner Verantwortung (...) nicht durch Anerkennung eines „rechtsfreien“ Raumes entziehen, indem er sich der Wertschätzung enthält und diese der eigenverantwortlichen Entscheidung des Einzelnen überlässt.“¹⁷⁹ Auch wenn es zur Indikationsstellung in nicht wenigen Fällen erforderlich sein würde, höchstpersönliche Beziehungen und Verhältnisse der Frau zu beleuchten, könnte sie dem aber, wenn es darum ginge, ob die Tötung des auch der Frau gegenüber geschützten Lebens des Ungeborenen erlaubt sei, keine eigenen Rechte entgegenhalten.¹⁸⁰ Folglich ist es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht mit dem Grundgesetz zu vereinbaren, wenn die am jeweiligen Konflikt essentiell beteiligten Frauen selbst mit rechtlicher Erheblichkeit feststellen könnten, ob gegebenenfalls eine Situation vorliegt, unter welcher das Austragen der Schwangerschaft unzumutbar erscheint. Darüber hinaus könne, so das Gericht, der nötige Nachweis einer derartigen Notlage auch nicht aufgrund von Erfahrungssätzen oder Indizien als allgemein erbracht angesehen werden. Es bedürfe vielmehr der jeweiligen Feststellung im Einzelfall.¹⁸¹

172. *BVerfGE* 88, Seite 203 (273 f.)

173. Eine Auseinandersetzung mit Argumenten der Gegenmeinung erfolgte erstaunlicherweise nicht. Zur Problematik der Qualifikation der bzw. aller Ausnahmetatbestände als Rechtfertigungsgründe vergleiche die Ausführungen unter § 2.A.II.2.c.dd(2)(a) „Argumente gegen eine rechtfertigende Wirkung“.

174. Verwiesen wird vom Bundesverfassungsgericht auch auf die kriminologische Indikation, die, da insofern nur innerhalb der ersten 12 Schwangerschaftswochen greifend, jedoch in Bezug auf die Spätabtreibung keine Rolle spielt.

175. *BVerfGE* 88, Seite 203 (299)

176. *BVerfGE* 88, Seite 203 (275)

177. Hervorhebung im Original

178. *BVerfGE* 88, Seite 203 (274)

179. So bereits *BVerfGE* 39, Seite 1 (44)

180. *BVerfGE* 88, Seite 203 (275)

181. *BVerfGE* 88, Seite 203 (276)

Auch wenn sich die Feststellung der Indikation im Allgemeinen oder im konkreten Fall als besonders aufwendig darstelle, würde dies keinen hinreichenden Grund bedeuten, von ihr Abstand zu nehmen, solange eine solche Feststellung weder tatsächlich noch rechtlich unmöglich sei.¹⁸² Insoweit hält das Bundesverfassungsgericht bei der Beurteilung der Umstände erheblichen Gewichts, die der Frau im Einzelfall das Austragen der Schwangerschaft unzumutbar machen könnten, nicht nur den Bezug auf objektive Komponenten, sondern auch auf physische und psychische Befindlichkeiten und Eigenschaften für zulässig.¹⁸³ Demzufolge dürfen grundsätzlich auch soziale¹⁸⁴ und psychische Faktoren bei einer Indikationsfeststellung mitberücksichtigt werden. Allerdings, so das Gericht, bedürfe die Feststellung einer Indikation in diesen Fällen eines erhöhten Aufwandes: „Eine hinreichend zuverlässige und nachvollziehbare Beurteilung dieser nur in ihrem Zusammenwirken erheblichen und möglicherweise untereinander wieder gegenläufigen Zumutbarkeitskriterien kann daher nur mit erheblichem Aufwand von erfahrenem Sachverstand möglich sein.“¹⁸⁵ Der „erfahrene Sachverstand“ auf den das Bundesverfassungsgericht dabei verweist, ist, wie an anderer Stelle deutlich wird,¹⁸⁶ die Ärzteschaft, die „schon durch Berufsethos und Berufsrecht darauf verpflichtet (ist), sich grundsätzlich für die Erhaltung menschlichen Lebens, auch des Ungeborenen, einzusetzen“¹⁸⁷ und der Staat aufgrund ihrer besonderen Pflichtenstellung vertrauen dürfe.¹⁸⁸

Kurz gesagt hält das oberste Gericht damit die Einordnung der – seiner Ansicht nach – verfassungsrechtlich zulässigen und durch das Kriterium der Unzumutbarkeit determinierten Ausnahmetatbestände im Strafrecht als nicht rechtswidrig dann für zulässig, wenn das tatsächliche Bestehen einer derartigen Ausnahmelage durch einen oder mehrere Ärzte festgestellt wird.

dd. Zur teilweisen Aufhebung der Bindungswirkung führende Widersprüche in den Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen?

Angesichts der vom Bundesverfassungsgericht zu Recht vorgenommenen Anerkennung eines eigenständigen Rechts auf Leben des Ungeborenen Kindes aus Art. 2 Abs. 2 GG und der Teilnahme des nasciturus am Schutz, den die Menschenwürde des Art. 1 I S. 2 GG gewährt, scheint die Annahme der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von bestimmten Ausnahmetatbeständen, in denen das oberste Gericht einen Schwangerschaftsabbruch dann auch noch als nicht rechtswidrig qualifiziert, den vom Bundesverfassungsgericht selbst aufgestellten Prämissen zu widersprechen.¹⁸⁹ Auch wenn sich der verfassungsrechtliche Teil dieser Arbeit insoweit weitestgehend auf die Darstellung der Entscheidungsgründe der Abtreibungsentscheidungen beschränkt, die für die Auslegung und Bewertung der einfachgesetzlichen Normen zur Spätabtreibung relevant sind, muss an dieser Stelle doch geprüft werden, ob die Aussagen des Verfassungsgerichts in diesem

182. *BVerfGE* 88, Seite 203 (275)

183. *BVerfGE* 88, Seite 203 (265); durch *BVerfGE* 88, Seite 203 (276) als „Komplex aus äußeren und inneren Tatsachen“ bezeichnet

184. In § 218 a Abs. 2 StGB durch den Bezug auf die „gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse“ vorgenommen.

185. *BVerfGE* 88, Seite 203 (266)

186. *BVerfGE* 88, Seite 203 (289 ff.)

187. *BVerfGE* 88, Seite 203 (289)

188. *BVerfGE* 88, Seite 203 (274)

189. Vgl. dazu nur die Ausführungen von Tröndle, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 12, Seite 91 (91 ff.)

Zusammenhang als Systembruch gegenüber diesen Festlegungen und damit unverwertbar für die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts angesehen werden müssen. Denn in diesem Fall wäre wohl an eine Aufhebung der Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen insoweit zu denken.

(1) Vereinbarkeit von Ausnahmetatbeständen¹⁹⁰ mit dem Menschenwürdeschutz des nasciturus

Es scheint auf den ersten Blick widersprüchlich zu sein, wenn der nascitrus auf der einen Seite unter das Schutzprinzip des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG gestellt wird, auf der anderen Seite jedoch die Vernichtung seiner biologischen Existenz durch Abtreibung in bestimmten Ausnahmefällen zugelassen wird. Die Tötung des nascitrus erscheint dabei doch als elementarste Eingriffsmöglichkeit in seine Menschenwürde, unerheblich wie man die Ausnahmetatbestände dabei nun rechtlich qualifiziert.

Anderseits ist auch das nachgeburtliche menschliche Leben nicht per se vor jeder gezielten Tötung geschützt.¹⁹¹ So stellt eine Tötung in Notwehr oder der polizeiliche Todesschuss zur Rettung einer Geisel keine Verletzung der Menschenwürde des Getöteten dar.¹⁹² Ähnlich wie beim geborenen Menschen, bei dem die Rechtsordnung den Menschenwürdeschutz und seine Verletzung nicht zwangsläufig an den Lebensschutz und seine Verletzung koppelt,¹⁹³ scheint auch das Bundesverfassungsgericht, das einerseits dem nascitrus den Schutz der Menschenwürde zuspricht, anderseits jedoch auf das in Art. 2 Abs. 2 GG nur unter Gesetzesvorbehalt gewährleistete Recht auf Leben verweist¹⁹⁴ und die Abtreibung in Ausnahmelagen zulässt,¹⁹⁵ eine solche Entkopplung für das noch ungeborene Leben vorzunehmen.¹⁹⁶ Das bedeutet, dass zwar die Existenz des individuellen Lebens die Voraussetzung der Trägerschaft und Ausübung aller Grundrechte ist und mit der Tötung auch das konkrete Subjekt der Menschenwürdegarantie entfällt, dies jedoch nicht notwendig immer eine Verletzung des Achtungs- und Schutzgebotes aus Art. 1 Abs. 1 GG zur Folge hat.¹⁹⁷ Entkopplung bedeutet dabei nicht, dass eine Tötungshandlung nicht eine Menschenwürdeverletzung implizieren könnte. Sie stellt aber eben nicht zwingend und automatisch eine solche Verletzung dar. Dafür müssen besondere Umstände hinzutreten.¹⁹⁸ Ob ein Eingriff in das Lebensrecht des nascitrus seine Menschenwürde verletzt, ist insofern auch und gerade von den näheren Umständen und

190. Unabhängig von ihrer Einordnung als Rechtfertigungsgründe

191. Insofern ist schon das Recht auf Leben in Art. 2 Abs. 2 GG nur unter Gesetzesvorbehalt gewährleistet.

192. Vgl. dazu Dreier – *Dreier*, Art. 1 I RN 67 f.; Mangoldt / Klein / Starck – *Starck*, Art. 1 Abs. 1 RN 78, 92 je m.w.N.

193. Vgl. dazu nur BK – *Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 69 ff.; *Denninger*, KJ 1992, Seite 282 (285); Dreier – *Dreier*, Art. 1 I RN 67; *Fink*, Jura 2000, Seite 210 (211); ähnlich auch Mangoldt / Klein / Starck – *Starck*, Art. 1 Abs. 1 RN 78; *Reichenbach*, Jura 2000, Seite 622 (624)

194. *BVerfGE* 88, Seite 203 (253 f.)

195. *BVerfGE* 39, Seite 1 (49); *BVerfGE* 88, Seite 203 (257)

196. Ähnlich auch BK – *Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 76; *Fink*, Jura 2000, Seite 210 (211)

197. Ähnlich *Denninger*, KJ 1992, Seite 282 (285 f.); vgl. dazu auch BK – *Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 68 ff.; *Fink*, Jura 2000, Seite 210 (211)

198. Vgl. dazu Dreier – *Dreier*, Art. 1 I RN 67 mit FN 204; *Höfling*, JuS 1995, Seite 857 (859); Sachs – *Höfling*, Art. 1 RN 67; *Hörnle*, ARSP 2003, Seite 318 (320 f.); *Schreiber*, MedR 2003, Seite 367 (370); *Steiner*, Seite 13 f.

Eigenschaften der Eingriffshandlung sowie ihrer Intentionalität abhängig.¹⁹⁹ Insofern liegt es nahe, dass auch durch einen bestimmten Modus der Abtreibung, insbesondere den Fetoziid – die gezielte Tötung des bereits lebensfähigen Kindes im Mutterleib – die Menschenwürde des Ungeborenen verletzt werden kann. Dies ist insoweit jedoch eine nicht vom Bundesverfassungsgericht entschiedene Frage, der es angesichts der bis zur Entscheidung des Gerichts bestehenden Befristung für embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche auch an Brisanz und Relevanz mangelte. Dazu werden an späterer Stelle in dieser Arbeit jedoch noch genauere Ausführungen gemacht.²⁰⁰

Die Entkopplung von Menschenwürdegarantie und Lebensschutz scheint insoweit grundsätzlich möglich zu sein, so dass trotz des Schutzes, den der nasciturus auch aus Art. 1 Abs. 1 GG genießt, die Zulassung von Ausnahmetatbeständen, die die Abtreibung im Einzelfall zulassen, nicht per se unstimmig ist. Dies wird jedenfalls dann besser nachvollziehbar, wenn man sich folgendes verdeutlicht: Wäre grundsätzlich bei einer Abtreibung die Menschenwürde verletzt, dann wäre sie auch bei jeder Abtreibung in den Fällen der engen vitalen Indikation angetastet und damit unzulässig.

(2) Die Möglichkeit der Qualifikation der Ausnahmetatbestände als nicht-rechtfertigend

Allerdings sieht sich die Einordnung dieser Ausnahmetatbestände als Rechtfertigungsgründe erheblichen Bedenken ausgesetzt.²⁰¹ Denn selbstverständlich stellt der nasciturus keinen rechtfertigenden Angreifer oder entsprechendes dar.²⁰² In Relation zu den oben genannten, anerkannten Fällen, bei denen beim geborenen Menschen trotz unter Umständen gezielter Tötung keine Menschenwürdeverletzung angenommen wird, erscheint, im Hinblick auf den Schwangerschaftsabbruch, wenn überhaupt, nur die vitale Indikation vergleichbar. Das Bundesverfassungsgericht hält allerdings auch andere Ausnahmelagen für verfassungsrechtlich zulässig und gerechtfertigt.²⁰³ Begründet wird dies mit der für unsere Rechtsordnung singulären Verknüpfung des Tötungsverbots mit den die Frau existentiell und unmittelbar treffenden Pflichten, das Kind auszutragen und zu gebären.²⁰⁴ Insofern treffen die Frau unbestritten neben den Unterlassungspflichten zugleich Einstands- und Fürsorgepflichten, denen sie zumindest bis zur Geburt nicht ausweichen kann. Ob diese Gegebenheiten jedoch ausreichen, um eine rechtfertigende Wirkung des Schwangerschaftsabbruchs in bestimmten Ausnahmetatbeständen zu begründen, ist höchst umstritten.

(a) Argumente gegen eine rechtfertigende Wirkung

Gegen eine rechtfertigende Wirkung (aller) vom Bundesverfassungsgericht für zulässig und gerechtfertigt erachteten Indikationen werden daher auch schwerwiegende verfassungsrechtliche und strafrechtsdogmatische Bedenken erhoben.

199. Allgemein dazu *Denninger*, KJ 1992, Seite 282 (285); letztlich so auch *Herzog*, JR 1969, Seite 441 (444 mit FN 32); so auch *Höfling*, JuS 1995, Seite 857 (858 f.); *Sachs – Höfling*, Art. 1 RN 67; *Hörnle*, ARSP 2003, Seite 318 (321); ähnlich BK – *Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 62, allerdings nur für eine spezielle Variante der Menschenwürdeverletzung

200. § 4.C.II „Fetoziid“

201. Dazu schon *Geiger*, FamRZ 1986, Seite 1 (1 ff.)

202. Vgl. dazu auch *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (399)

203. So ausdrücklich *BVerfGE* 88, Seite 203 (299)

204. *BVerfGE* 39, Seite 1 (48); *BVerfGE* 88, Seite 203 (256)

Ein Schwangerschaftsabbruch, so die ausdrückliche Klarstellung, ist die vorsätzliche Tötung eines unschuldigen Menschen.²⁰⁵ Die Annahme der Rechtfertigungswirkung der Ausnahmetatbestände suggeriere, entgegen dem vom obersten Gericht statuierten vollen und gleichwertigen Grundrechtsschutz des Ungeborenen, dass das menschliche Leben vor der Geburt weniger wert sei als danach.²⁰⁶ Im Fall der Kollision zweier Grundrechte habe das höherwertige, beim Schwangerschaftsabbruch das Recht auf Leben des ungeborenen Kindes, den Vorzug und brauche in keinem Fall dem kollidierenden Grundrecht geopfert zu werden. Wird dieses Verbot, aus welchem Grund auch immer übertreten, sei die Tat rechtswidrig.²⁰⁷

Auch die Unzumutbarkeit der für die Schwangere mit der Schwangerschaft im Einzelfall verbundenen außergewöhnlichen und in bestimmten Indikationen konkretisierten Belastungen führe nicht dazu, dass der Schwangerschaftsabbruch seinen rechtswidrigen Charakter verlöre. Sie gebiete im Einzelfall nur eine Zurücknahme der Strafdrohung.²⁰⁸ Zudem sei die Unzumutbarkeit kein Rechtfertigungsprinzip, dass als Kriterium der rechtlichen Billigung einer Tat dienen könne.²⁰⁹

Darüber hinaus würden die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, insbesondere Notwehr und rechtfertigender Notstand, auf die beim Schwangerschaftsabbruch denkbaren Konfliktlagen nicht passen, so die Kritik.²¹⁰

Daraus folgert eine Meinung, vertreten vor allem von *Esser*²¹¹, dass der Schwangerschaftsabbruch nie, auch nicht in den Fällen der vitalen Indikation, gerechtfertigt sei. Wenn es um das eigene (geborene) Leben ginge, würde niemand eine Pflicht zur Aufopferung für die Lebensrettung eines anderen als rechtens anerkennen. Von demjenigen, dem in Todesgefahr kein freiwillig zum Einsatz des Lebens bereiter Helfer beistehe, erwarte unsere Rechtsordnung die „heroische Hinnahme des Todesschicksals“²¹². Wegen der Gleichwertigkeit geborenen und ungeborenen Lebens müsse dasselbe auch für die Schwangere in Lebensgefahr gelten.²¹³

Moderater wird demgegenüber vertreten, dass dann, wenn Leben gegen Leben stehe, der Abtreibungskonflikt durch Anwendung der Regel über den übergesetzlichen Notstand gelöst

205. Beispielhaft *Geiger*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 (41)

206. *Lackner*, NStZ 1992, Seite 331 (333)

207. *Geiger*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 (52); dazu auch D / T – *Tröndle*, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 b f.

208. D/T – *Tröndle*, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 b; *Geiger*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 (53 f.)

209. *Belling*, Seite 105

210. Beispielhaft *Belling*, Seite 111 ff.; D/T – *Tröndle*, (42. Aufl.) Vor § 218 RN 9 c ff. - Für die Begründung eines Selbstverteidigungsrechts aus Notwehr gem. § 32 StGB fehlt es am rechtswidrigen Angriff des Kindes. Der rechtliche Notstand (auch der Defensivnotstand) gem. § 34 StGB findet seine Grenze in der Gleichwertigkeit geborenen und ungeborenen Lebens. Eine rechtfertigende Pflichtenkollision scheitert schon an der Kollision zweier Handlungspflichten, da beim Schwangerschaftsabbruch nur eine, nämlich die Austragungspflicht, besteht.

211. *Esser*, MedR 1983, Seite 57 (59)

212. *Esser*, MedR 1983, Seite 57 (59)

213. *Esser*, MedR 1983, Seite 57 (59)

werden könne.²¹⁴ Bei der vitalen Indikation sei anders als im Normalfall des Schwangerschaftsabbruchs kein Überwiegen der Rechtspositionen des Ungeborenen gegenüber denen der Schwangeren gegeben. Es sei zwar wegen der Gleichwertigkeit geborenen und ungeborenen Lebens nicht möglich, einen Ausgleich herzustellen, jedoch könne, um nicht die Schutzverpflichtung mit doppelter Wirkung zu verletzen und beide Leben zu vernichten, eine Entscheidung für das Leben der Schwangeren getroffen werden.²¹⁵ Die Tötung sei in diesem Fall dann gerechtfertigt, also nicht rechtswidrig.²¹⁶ Weitergehender wird es zum Teil noch als verfassungsrechtlich hinnehmbar angesehen,²¹⁷ darüber hinaus auch einen Rechtfertigungsgrund in den Fällen der klassisch medizinischen Indikation, wenn das Leben der Schwangeren oder ihre Gesundheit schwerwiegend bedroht ist, in Analogie zum Rechtfertigungsgrund des rechtfertigenden Notstands anzuerkennen.²¹⁸

Umstände, welche eine embryopathische Indikation oder die allgemeine Notlagenindikation i.S.v. § 218 a Abs. 2 StGB a.F. begründen würden, könnten die Tötungshandlung des Schwangerschaftsabbruchs niemals rechtfertigen.²¹⁹ Unsere Verfassung lasse es nicht zu, dass jemand sein Lebensrecht deshalb verliere, weil er sicher oder mit Wahrscheinlichkeit behindert sei oder seine Existenz seinen Eltern unzumutbar erscheine.²²⁰ Ob und unter welchen Voraussetzungen die dennoch durchgeführte Abtreibung bestraft werden muss, sei eine sekundäre Frage.²²¹

(b) Argumente für eine rechtfertigende Wirkung

Dass die Annahme einer rechtfertigenden Wirkung der Ausnahmetatbestände sich zumindest erheblichen moralisch-sittlichen Bedenken ausgesetzt sieht, kann auch von den Vertretern der Rechtfertigungsthese nicht bestritten werden.²²² Anderseits, so der Einwand, sei es aber rechtlich ebenfalls kaum vertretbar, der Schwangeren die Befugnis zum Schwangerschaftsabbruch ausnahmslos abzusprechen. Die verbrechenssystematische Einordnung gerate so zur Wahl zwischen zwei Übeln.²²³

Zwar beruhe die Einordnung der Ausnahmetatbestände als Rechtfertigungsgründe auf einem Bruch: Einerseits scheitere jede Rechtfertigung dieser Ausnahmekonstellationen nach traditionellen

- 214. Beispielhaft *Belling*, Seite 129 ff.; *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (399); D/T – *Tröndle*, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 j; *Geiger*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 (52)
- 215. D/T – *Tröndle*, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 j
- 216. Beispielhaft *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (399); D/T – *Tröndle*, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 j; *Geiger*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 (52); *Belling*, Seite 142, beschränkt die Rechtfertigungswirkung aber nur auf die Fälle der doppelt-vitalen Indikation. Diese wird von ihm dahingehend definiert, dass mangels eigener Lebensfähigkeit des Kindes insofern nur das Leben der Mutter gerettet werden kann. (*Belling*, Seite 129)
- 217. Beispielhaft *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (399);
- 218. *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (399); ähnlich wohl auch *Tröndle*, Jura 1987, Seite 66 (72) sowie *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16, Seite 95 (99); unklar insofern die Position von *Lackner*, NStZ 1992, Seite 331 (333)
- 219. *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (399); *Geiger*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 (52); *Tröndle*, Jura 1987, Seite 66 (72); *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 12, Seite 91 (101)
- 220. *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (399); ähnlich auch *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 12, Seite 91 (101)
- 221. *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (399); *Tröndle*, Jura 1987, Seite 66 (73)
- 222. So jedenfalls *Gropp*, GA 1988, Seite 1 (3)
- 223. So *Gropp*, GA 1988, Seite 1 (3); angedeutet auch von *Lackner*, NStZ 1992, Seite 331 (333)

strafrechtsdogmatischen Grundsätzen, aber auch nach verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zunächst an der Unantastbarkeit unschuldigen menschlichen Lebens, anderseits werde durch die Berücksichtigung der Interessen der Schwangeren und die Ausformulierung von bestimmten Indikationen im Strafrecht, dieser Grundsatz hinsichtlich des ungeborenen menschlichen Lebens durchbrochen.²²⁴ Dieser Bruch sei jedoch nicht mit einer geringeren Schutzwürdigkeit des Ungeborenen verbunden, sondern beruhe auf der unterschiedlichen Schutzfähigkeit von geborenem und ungeborenem Leben. Insoweit wird betont, dass sich der entwickelnde Mensch gerade im Körper der ihrerseits wieder prinzipiell unantastbaren Mutter befindet.²²⁵ Zudem seien das Allgemeininteresse an der Vermeidung von Laienabtreibungen und die damit verbundenen Gesundheits- und Lebensgefahren zu berücksichtigen.²²⁶ Andere meinen dagegen, dass dem ungeborenen Kind sowieso und gerade kein gleichwertiges, sondern vielmehr nur ein gestuftes Lebensrecht zusteünde.²²⁷ Jedoch spricht das Bundesverfassungsgericht dem nasciturus richtigerweise ein volles Lebensrecht von Anfang an zu,²²⁸ so dass auf diese Begründung der Rechtmäßigkeit allein schon aus diesem Grund hier nicht weiter eingegangen werden soll. Denn insofern ist ja gerade die Frage, ob trotz Zuerkennens eines vollen Lebensrechts die Anerkennung der rechtfertigenden Wirkung von Ausnahmetatbeständen systemkonsistent möglich oder doch eher als unvereinbarer Bruch erscheint.

Jedoch, so wird von dieser Ansicht weiter argumentiert, werde bereits mit der Anerkennung der rechtfertigenden Wirkung der vitalen Indikation die Unantastbarkeit unschuldigen menschlichen Lebens und die Prämissen des vollen und gleichwertigen Lebensrechts des Ungeborenen durchbrochen.²²⁹ Die traditionelle Strafrechtsdogmatik eröffne selbst für doppelt-vitale Kollisionslagen keine Möglichkeit der Rechtfertigung. Denn die Todgeweiheit, die zu erwartende noch so kurze Dauer eines menschlichen Lebens,²³⁰ könne keine Legitimation für eine Tötung im (Aktiv)Notstand sein.²³¹ Wie dann die Rechtfertigung strafrechtsdogmatisch begründet werden kann, ist unter den Befürwortern umstritten. Herrschend scheint insofern trotz allem der (analoge) Bezug auf den rechtfertigenden Notstand und das Prinzip des überwiegenden Interesses zu sein.²³² Der Gesetzgeber treffe mit Ausformulierung der Ausnahmetatbestände eine Art Vorwegabwägung, in welchen Fällen die Interessen der Schwangeren im Einzelfall überwiegen könnten.²³³ Zum Teil wird auf die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens abgestellt.²³⁴

224. Beispielhaft *Gropp*, GA 1988, Seite 1 (19); dazu auch Dreier – Dreier, Art. 1 I RN 69

225. Beispielhaft *Gropp*, GA 1988, Seite 1 (20)

226. T / F – *Fischer*, § 218 a RN 15

227. Beispielhaft *Dreier*, ZRP 2002, Seite 377 (381); *Hofstätter*, Seite 82 f.; Münch / Kunig – Kunig, Art. 2 RN 58 b

228. *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

229. *Dreier*, ZRP 2002, Seite 377 (381); *Gropp*, GA 1988, Seite 1 (28)

230. So wohl aber *Belling*, Seite 129 ff., der dann, wenn eines der beteiligten Menschenleben ohnehin unrettbar verloren scheint, auf den Schwangerschaftsabbruch übertragen bei doppelt-vitaler Indikationslage (ohne Schwangerschaftsabbruch sterben Mutter und noch nicht extrauterin lebensfähiges Kind gleichermaßen) eine Tötung des Ungeborenen zugunsten der Mutter für zulässig hält.

231. *Gropp*, GA 1988, Seite 1 (8 f.); *Küper*, JuS 1981, Seite 785 (793)

232. Vgl. insofern *BGHSt* 38, Seite 144 (158); *Gropp*, GA 1994, Seite 147 (151 ff.); LK – *Kröger*, Vor §§ 218 a ff. RN 38; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 21 f.; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 9 f.

233. *Gropp*, GA 1988, Seite 1 (15); Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 22; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 10

234. *Eser*, Rechtsnatur, in: *Eser* / *Koch*, Schwangerschaftsabbruch, Seite 49 (63)

Auch wenn die Unzumutbarkeit notwendige Voraussetzung eines Entschuldigungsgrundes sei, indem etwa für die Entschuldigung nach § 35 StGB ein entsprechender Motivationsdruck verlangt werde, so folge daraus nicht, dass das Abstellen auf ein Zumutbarkeitskriterium schon strukturell eine Rechtfertigung ausschlösse.²³⁵

Vor allem aber wird auf die vermeintlich unvermeidbaren praktischen Auswirkungen der Rechtswidrigkeit der Indikationstatbestände verwiesen. So wird behauptet, dass ernsthafte Konflikte vorprogrammiert seien: Die beteiligten Ärzte und das Krankenhauspersonal würden ihr Handeln nicht mehr von der Rechtsordnung gedeckt wissen, Arztverträge müssten gemäß § 134 BGB als nichtig angesehen werden; flankierende Maßnahmen wie insbesondere die Finanzierung der Eingriffe über die gesetzliche Krankenkasse und die Einräumung eventueller Lohnfortzahlungsansprüche wären unzulässig; auch Nothilfe zugunsten des ungeborenen Kindes erschiene möglich.²³⁶

Allerdings werden diese Folgen auch von den Gegnern der Rechtfertigungswirkung gesehen, hinsichtlich der Unmöglichkeit der Finanzierung der Eingriffe über die gesetzliche Krankenkasse und die Einräumung eventueller Lohnfortzahlungsansprüche, sogar gewollt.²³⁷ Die Nichtigkeit des Arztvertrages gem. § 134 BGB könne, so wird eingewandt, aus gesundheitspolitischen Gründen, Bekämpfung der Kurpfuscherei, einfachrechtlich ausgeschlossen werden.²³⁸

Auch Nothilfe zugunsten des Ungeborenen solle jedenfalls nicht grundsätzlich unmöglich gemacht werden. Der gebotene Schutz für das ungeborene Leben dürfe insoweit nicht ohne Not zurückgenommen werden, so dass keine Nothilfe zugunsten des Ungeborenen mehr zulässig sei. Auch das Ungeborene habe als selbstständiges Rechtsgut ein durch Art. 2 Abs. 2 GG garantiertes Recht auf Leben. Eine generelle Privilegierung der Schwangeren gegenüber dem gleichwertigen Ungeborenen sei insofern unzulässig.²³⁹ Lehnt man allerdings eine Rechtfertigung selbst in doppelt-vitalen Indikationslagen ab, so folgt daraus, dass Nothelfer im Interesse der Verlängerung bzw. der Erhaltung des ungeborenen Lebens die Schwangere notfalls mit Gewalt zur Hinnahme ihres Todes zwingen könnten. Selbst wenn man eine Rechtfertigung erst bei Gesundheitsinteressen der Schwangeren, egal wie schwerwiegender, ablehnte, könnte sie dann immerhin zur Hinnahme schwerster Gesundheitsschäden gezwungen werden.²⁴⁰ Das ist rechtlich konsequent, aber ob diese Folgen so auch ethisch-moralisch vertretbar sind, erscheint fraglich. Zumindest in diesen schwerwiegenden Fällen könnte dann jedoch wieder ein einfachgesetzlicher Ausschluss der Nothilfe in Betracht kommen. Dass auch trotz weiter geltendem Unrechts- und Rechtswidrigkeitsvorwurf nicht notwendig praktische und rechtliche Schwierigkeiten und Auswirkungen der beschworenen Art unvermeidbar sein müssen, zeigt insofern bereits die

235. Groppe, GA 1988, Seite 1 (15); Eser, Rechtsnatur, in: Eser / Koch, Schwangerschaftsabbruch, Seite 49 (63)

236. Vgl. dazu nur Groppe, GA 1988, Seite 1 (6)

237. Beispielaft Briefmann, JR 1991, Seite 397 (399); D / T – Tröndle, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 c ff.; Esser, MedR 1983, Seite 57 (59 f.)

238. D/T – Tröndle, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 e

239. D/T – Tröndle, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 g

240. Dazu auch Groppe, GA 1988, Seite 1 (11)

Regelung des beratenden Schwangerschaftsabbruch in den ersten zwölf Schwangerschaftswochen, der sich seiner gesetzlichen Fassung²⁴¹ zufolge als Tatbestandsausschluss darstellt.²⁴²

(c) Fazit

Wenn das Bundesverfassungsgericht dem nasciturus einerseits ein gleichwertiges Lebensrecht von Anfang an zuerkennt,²⁴³ dann jedoch Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs zulässt und diese als nicht rechtswidrig qualifiziert,²⁴⁴ kann man mit Recht mit gewichtigen Stimmen in der Literatur an der Überzeugungskraft dieser Aussage des obersten Gerichts zweifeln²⁴⁵ und eine Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts insoweit ablehnen. Durch den Ausschluss der Rechtswidrigkeit für sämtliche zur verfassungsrechtlich relevanten Unzumutbarkeit führenden Ausnahmetatbestände besteht die Gefahr der Relativierung des hohen Wertes des geschützten Rechtsgutes,²⁴⁶ wird damit doch in Zusammenhang mit den Schwangerschaftsabbrüchen erstmals ein ausdrückliches „Recht zum Töten“ unschuldigen menschlichen Lebens konstituiert. Dass sich die Einordnung der Indikationslagen als Rechtfertigungsgrund daher schwerwiegenden ethisch-moralischen, aber auch rechtlichen Bedenken gegenüber sieht, kann folglich ernsthaft nicht bezweifelt werden.

Anderseits wird bereits dann, wenn man eine Rechtfertigung nur in den Fällen der vitalen Indikation bei unmittelbarer Lebensgefahr für die Mutter zulässt, die Unantastbarkeit unschuldigen menschlichen Lebens durchbrochen. Denn auch für diese Konstellation hält die traditionelle Strafrechtsdogmatik keinen Rechtfertigungsgrund bereit. Insofern kann nur dann, wenn man wie Esser jegliche Rechtfertigung eines Schwangerschaftsabbruchs ablehnt, das Verbot der Tötung unschuldigen menschlichen Lebens auch vor der Geburt ohne Brüche aufrechterhalten werden. Falls eine Frau freiwillig zugunsten und mit ihrem Kind stirbt, verdient diese moralische und sittliche Höchstleistung größten Respekt. Eine Frau aber mit der Rechtsordnung zu zwingen, in dieser Konstellation wäre Nothilfe zugunsten des Kindes möglich, den eigenen Tod hinzunehmen, lässt die Menschenwürde der Frau völlig außer acht und stünde im eklatanten Widerspruch zu den Wertungen unserer Verfassung. Essers Meinung und damit der Ausschluss jeglicher Rechtfertigungsmöglichkeit auch für die vitale Indikation ist folglich abzulehnen.

Aber bereits mit der Anerkennung der rechtfertigenden Wirkung der vitalen Indikation durchbricht man die Unantastbarkeit unschuldigen menschlichen Lebens jedenfalls für die vorgeburtliche Zeit. Insoweit entbehrt auch die Gegenansicht,²⁴⁷ die eine Rechtfertigung der Ausnahmetatbestände über

241. § 218 a Abs. 1 StGB

242. Vgl. dazu auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts: *BVerfGE* 88, Seite 203 (274, 292, 295, 316 ff.)

243. Vgl. dazu *BVerfGE* 88, Seite 203 (252); anders jedoch das Sondervotum der Richter Mahrenholz und Sommer *BVerfGE* 88, Seite 338 (342 ff.) sowie Stimmen in der Literatur, die insoweit die Prozesshaftigkeit der Schwangerschaft mehr betonen und dementsprechend das Lebensrecht / die Schutzpflicht des Staates je nach Entwicklungsstand des nasciturus abstufen wollen: beispielhaft Dreier, ZRP 2002, Seite 377 (379 ff.); Hofstätter, Seite 82 f.; Münch / Kunig – Kunig, Art. 2 RN 58 b

244. *BVerfGE* 88, Seite 203 (261 f.; 273 f., 299)

245. So ausdrücklich Tröndle. NJW 1995, Seite 3009 (3015); ders. ähnlich bereits in Jura 1987, Seite 66 (72)

246. Dazu auch D / T – Tröndle, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 i

247. Sofern nicht auf ein gestuftes Lebensrecht des Kindes, sondern auf eine verminderte Schutzfähigkeit des Kindes abgestellt wird. So jedenfalls Gropp, GA 1988, Seite 1 (20)

die vitale Indikation hinaus zulässt, nicht eines nachvollziehbaren Gehalts. Denn insofern muss sicherlich berücksichtigt werden, dass anders als bei den klassischen Fällen der Notwehr oder des Notstands eine völlig andere Verbindung und Abhängigkeit zwischen den beiden beteiligten Menschen besteht, sich der entwickelnde Mensch gerade im Körper der ihrerseits wieder prinzipiell unantastbaren Mutter befindet. Die Schutzfähigkeit des nasciturus ist demgemäß eine andere als bei einer völlig unabhängigen Person. Insofern liegt hier eine in der Rechtsordnung einzigartige Situation vor, für die es, um es mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts zu sagen, „in anderen Lebenssachverhalten keine Parallele gibt“²⁴⁸ und die daher vielleicht auch einzigartige Lösungen erfordert. Auch der Umstand, dass die Schutzwürdigkeit des Staates nicht umfassend sein kann, muss seine Berücksichtigung finden.²⁴⁹

Ob diese Besonderheit und Singularität der Situation tatsächlich ausreichend ist, um – alle – Ausnahmetatbestände zu begründen, ist jedoch höchst fraglich. Es scheint wenig überzeugend, wenn das Bundesverfassungsgericht neben der vitalen Indikation auch allen anderen, von ihm für zulässig erachteten Ausnahmetatbeständen, insbesondere auch einer embryopathischen Indikation, eine rechtfertigende Wirkung zuerkennt. Es muss insoweit schon einen graduellen Unterschied für das Maß der Straffreiheit ausmachen, ob Leben gegen Leben steht, eine schwere Gesundheitsbeeinträchtigung droht oder lediglich die Gefahr der Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes oder gar nur eine allgemeine Notlage von der Schwangeren abgewendet werden soll.²⁵⁰ Ganz besonders die embryopathische Indikation und eine Notlagenindikation, die gerade nicht auf unmittelbare schwerwiegende Beeinträchtigungen der Gesundheit oder Lebensgefahren der Mutter abstehen, erscheinen vor dem Hintergrund eines gleichwertigen Lebensrechts des Ungeborenen höchst fragwürdig. Jedenfalls die Problematik der Rechtfertigung einer embryopathischen Indikation hat sich jedoch nach Einführung des Diskriminierungsverbotes zugunsten Behinderter in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erledigt. Denn insofern ist schon, wie an späterer Stelle noch genauer ausgeführt wird, die eigenständige Normierung einer embryopathischen Indikation nicht mehr verfassungsrechtlich zulässig und die Berücksichtigung von embryopathischen Parametern allgemein erheblich eingeschränkt.²⁵¹

Das Dilemma ist klar, eine richtige und auch in sich stringente Lösung scheint es nicht zu geben. Es spricht letztlich wesentlich mehr für die Ablehnung der Einordnung als Rechtfertigung. Das ist mindestens eine in einem hohen Maße plausible Position. Jedoch ist aber auch diese nicht konsequent durchzuhalten,²⁵² wenn man richtigerweise der vitalen Indikation rechtfertigende Wirkung zuerkennt.

Insofern kann die Ansicht des Verfassungsgerichts im Ergebnis aber nicht als völlig unstimmig bezeichnet werden. Denn wenn man eine Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruch bei vitaler

248. *BVerfGE* 39, Seite 1 (42)

249. Wozu die Berücksichtigung dieses Umstandes führt, insbesondere ob dadurch auch die Rechtswidrigkeit der bzw. einiger Ausnahmetatbestände zu entfallen habe, ist insofern jedoch strittig. Vgl. dazu nur *Geiger*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 (43). Vgl. zu den Beschränkungen der Schutzwürdigkeit des Staates die Ausführungen weiter unten in dieser Arbeit unter § 2.A.II.3 „Verfassungsgerichtliche Vorgaben zur Ausgestaltung eines Schutzkonzeptes“

250. Ähnlich D / T – *Tröndle*, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 i

251. Siehe dazu unter § 2.B.IV „Fazit“

252. Außer mit der, allerdings abzulehnenden, Auffassung von *Esser*.

Indikation annimmt, erscheint es schwierig, ohne weiteres die darüber hinaus gehende Möglichkeit der Qualifizierung einzelner anderer Ausnahmetatbestände als nicht rechtswidrig, besonders in den Konstellationen, in denen elementare Rechtsgüter der Schwangeren wie insbesondere ihre Gesundheit im schwerwiegenden Maße betroffen sind, als Systembruch zu bezeichnen.²⁵³ Gerade die Festlegung des Bereiches, in dem eine Rechtfertigung noch nicht völlig unbestimmt erscheint, ist dabei jedoch nicht eindeutig und unstreitig möglich, so dass die Ausführungen des Verfassungsgerichts nicht als offensichtlich widersprüchlich und als Systembruch erscheinen können. Folglich bleiben die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlich zulässigen Ausnahmetatbeständen bindend und werden, da tragend, für die Auslegung der Spätabtreibung betreffenden Normen herangezogen. Denn ungeachtet aller verfassungsrechtlicher Streitigkeiten sind es doch gerade die bestehenden Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch, die dazu geführt haben, dass es in der Praxis gerade bei den Spätabtreibungen erhebliche Unsicherheiten gibt.²⁵⁴

Insofern ist allerdings die Auslegung der Indikation der die Späabtreibung im Einzelfall gestattenden medizinisch-sozialen Indikation so vorzunehmen, dass sie gerade und auch im Hinblick auf den vorstehenden Konfliktstoff noch als rechtfertigend bezeichnet werden kann und insoweit zu einer Versöhnung der gegenläufigen Auffassungen führt. Gerade und insbesondere die Art der Gesetzesanwendung ist für die Wirksamkeit eines von der Verfassung verlangten und erstrebten Rechtsschutzes von entscheidender Bedeutung.²⁵⁵ Eine restriktive und enge Interpretation des Indikationsrahmens der sich ihrer gesetzlichen Fassung zufolge als Rechtfertigungsgrund darstellenden medizinisch-sozialen Indikation ist demgemäß notwendige Folge der schwerwiegenden Bedenken gegen eine rechtfertigende Wirkung jenseits der vitalen Indikation. Insbesondere muss die Unzumutbarkeit, die das Bundesverfassungsgericht als entscheidendes Kriterium für die Zulassung von Ausnahmetatbeständen begreift,²⁵⁶ objektiviert werden und rechtlich nachprüfbar sein.²⁵⁷ Sie muss folglich einen bestimmten Schweregrad in Form einer Lebens- oder schwerwiegenden Gesundheitsgefahr erreichen und ihr Vorliegen gerichtlich nachvollzogen werden können.²⁵⁸

3. Verfassungsgerichtliche Vorgaben zur Ausgestaltung eines Schutzkonzeptes

Jede gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs muss zum einen mit der Schutzwürde für das ungeborene Leben aus Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und zum anderen mit dem Anspruch der Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde, ihrem Recht auf körperliche Unversehrtheit und ihrem Persönlichkeitsrecht vereinbar sein.²⁵⁹ Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen, ist und bleibt dabei allerdings zunächst Aufgabe des Gesetzgebers. Er

253. Vgl. insofern nur die Ausführungen von *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16, Seite 95 (99), dem eine Rechtfertigung in diesen Fällen als möglich erscheint.

254. Vgl. dazu nur *Fachgesellschaften*, „Schwarzenfelder Manifest“, Frauenarzt 1998, Seite 321 (322) sowie die „Kleine Anfrage“ der Bundestagsabgeordneten *Eichhorn, Dött* etc. an die Bundesregierung, BT-Drs. 15 / 3029, Seite 4 f, Fragen 23 ff.

255. Dazu auch *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (400)

256. *BVerfGE* 88, Seite 203 (256)

257. Vgl. dazu auch *BVerfGE* 88, Seite 203 (274 f.)

258. Ausführlich zu den Voraussetzungen der medizinischen Indikation unter § 3.B „Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB“

259. *BVerfGE* 88, Seite 203 (254); *BVerfGE* 88, Seite 338 (340) – Sondervotum der Richter Mahrenholz und Sommer

muss insofern seine Schutzwürdigkeit gegenüber dem nasciturus und die Grundrechtsposition der Frau einander verhältnismäßig zuordnen.²⁶⁰ Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel, aber seine Ausgestaltung im Einzelnen nicht vor.²⁶¹ Der Gesetzgeber hat deshalb einen Abwägungs- und Gestaltungsspielraum, der auf der einen Seite durch ein Untermaßverbot gegenüber dem ungeborenen Leben, auf der anderen Seite durch das Übermaßverbot gegenüber der Frau, letztlich also dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, beschränkt wird.²⁶² Das Bundesverfassungsgericht, das insofern selbst keine rechtsgestaltenden Entscheidungen zu treffen, sondern vielmehr anhand der Verfassung die Grenzen der gesetzgeberischen Gestaltungsbefugnis aufzuzeigen hatte,²⁶³ konnte insoweit in seinen Abtreibungsentscheidungen nicht prüfen, ob der Gesetzgeber seine Schutzwürdigkeit gegenüber dem ungeborenen Leben optimal erfüllt hat, sondern hat vielmehr judiziert, was die vom Untermaßverbot geforderten Mindestanforderungen der Verfassung an die Ausgestaltung eines Schutzkonzeptes sind, die der Gesetzgeber einzuhalten hat.²⁶⁴

Insofern belässt das Schutzrecht anders als das Abwehrrecht, das die staatliche Ingerenz strikt erfasst, einen Handlungsspielraum. Zur Verdeutlichung: Die abwehrrechtliche Dimension des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verbietet dem Staat, das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu beeinträchtigen. Folglich ist ihm dadurch und insoweit jede Handlung, die eine Beeinträchtigung oder Vernichtung des Lebens bzw. der körperlichen Unversehrtheit darstellt, untersagt. Dagegen ist dann, wenn es durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geboten ist, das Leben und die körperliche Unversehrtheit gegen private Übergriffe zu schützen, nicht zugleich jede Handlung geboten, die einen Schutz bewirkt. Es gilt vielmehr nur ein Untermaßverbot.²⁶⁵ Insofern wird von der Verfassung ein Mindeststandard an effektiven Schutz verlangt. Darüber hinaus ist den Staatsorganen, insbesondere dem Gesetzgeber, ein Gestaltungsermessens bei der Erfüllung der Schutzaufgabe eingeräumt.²⁶⁶ Die Schutzhandlung ist nämlich zugleich ein Eingriff. Indem der schützende Staat im Interesse des Schutzwürdigbegünstigten, hier des ungeborenen Kindes, den Grundrechtsbeeinträchtiger, in unserem Fall insofern die abtreibungswillige Frau, in ihre Schranken verweist, greift er in ihre Rechtssphäre ein.²⁶⁷ Der Schutzwürdigbegünstigte verlangt bei der Erfüllung dieser Pflicht durch den Staat die Beachtung des Untermaßverbots, die Belange des Grundrechtsbeeinträchtiger dagegen die Beachtung des abwehrrechtlichen Prinzips des Übermaßverbots.²⁶⁸ Beide Belange muss der Staat folglich beachten.

Unter diesen Voraussetzungen und Beschränkungen sind die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an den Gesetzgeber, auf die sogleich eingegangen wird, zu verstehen, zu bewerten und einzuordnen.

260. *BVerfGE* 88, Seite 338 (340) – Sondervotum der Richter Mahrenholz und Sommer

261. *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

262. Nicht wörtlich, aber inhaltlich *BVerfGE* 88, Seite 203 (254); vgl. dazu auch die Ausführungen im Sondervotum der Richter Mahrenholz und Sommer *BVerfGE* 88, Seite 338 (340)

263. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in der Einleitung zum Verfassungsrechtlichen Teil der Arbeit.

264. Vgl. dazu *BVerfGE* 88, Seite 203 (254 f.)

265. Dazu Isensee / Kirchhof – *Isensee*, Band V, 1. Aufl., § 111 RN 90 f., 165 f.

266. Vgl. Isensee / Kirchhof – *Isensee*, Band V, 1. Aufl., § 111 RN 90

267. Dazu auch Kluth, FamRZ 1993, Seite 1382 (1386)

268. Allgemein dazu Isensee / Kirchhof – *Isensee*, Band V, 1. Aufl., § 111 RN 91

Das oberste Gericht umreißt dabei zunächst allgemein den Handlungsspielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Schutzkonzeptes: Es sei zwar Aufgabe des Gesetzgebers, „Art und Umfang des Schutzes im einzelnen zu bestimmen. (...) Die Verfassung gibt den Schutz (insofern) als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen.“²⁶⁹ „Der Staat muss (jedoch) zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, dass ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird.“²⁷⁰ Darüber hinaus verpflichtet der Schutzauftrag den Staat, „den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben.“²⁷¹ Um das Untermäßverbot nicht zu verletzen, müsse die Ausformung dieses Schutzes durch die Rechtsordnung bestimmten Mindestanforderungen genügen.²⁷²

Erster wichtiger Ansatzpunkt ist dabei für das Bundesverfassungsgericht, dass das insoweit verfassungsrechtlich gebotene Schutzmaß unabhängig vom Alter der Schwangerschaft sei, da das Grundgesetz keine für das ungeborene Leben vom Ablauf bestimmter Fristen abhängige, dem Entwicklungsprozess der Schwangerschaft folgende Abstufungen des Lebensrechts und seines Schutzes enthalte.²⁷³ Das Untermäßverbot verlange daher, den Schwangerschaftsabbruch während der gesamten Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht anzusehen²⁷⁴ und demgemäß rechtlich zu verbieten.²⁷⁵ Das die Frau grundsätzlich treffende Verhaltensgebot, die Schwangerschaft auszutragen, müsse als Rechtspflicht ausgestaltet sein. Zwar sei eine Strafdrohung nicht die einzige denkbare Sanktion, allerdings sei sie besonders wirksam.²⁷⁶ Und auch wenn der Einsatz des Strafrechts grundsätzlich die „ultima ratio“ im Instrumentarium des Gesetzgebers darstelle und seine Verwendung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliege,²⁷⁷ werde es zumindest dann eingesetzt, wenn „ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung besonders dringlich“²⁷⁸ sei. Insofern sei angesichts dessen, dass das menschliche Leben zu den wichtigsten Verfassungsgütern gehöre,²⁷⁹ „das Strafrecht regelmäßig der Ort, das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die darin enthaltene grundsätzliche Rechtspflicht der Frau zum Austragen der Schwangerschaft zu verankern“,²⁸⁰ so das

269. *BVerfGE* 88, Seite 203 (254); ähnlich bereits *BVerfGE* 39, Seite 1 (44)

270. *BVerfGE* 88, Seite 203 (203 LS 6)

271. *BVerfGE* 88, Seite 203 (204 LS 10)

272. *BVerfGE* 88, Seite 203 (254 f.)

273. *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

274. *BVerfGE* 39, Seite 1 (46); *BVerfGE* 88, Seite 203 (255)

275. *BVerfGE* 39, Seite 1 (44); *BVerfGE* 88, Seite 203 (255)

276. *BVerfGE* 88, Seite 203 (253)

277. *BVerfGE* 39, Seite 1 (47); *BVerfGE* 88, Seite 203 (258)

278. *BVerfGE* 88, Seite 203 (258)

279. *BVerfGE* 39, Seite 1 (46)

280. *BVerfGE* 88, Seite 203 (258); vgl. dazu auch die Ausführungen in *BVerfGE* 39, Seite 1 (47); sowie bereits im Leitsatz: *BVerfGE* 88, Seite 203 (204 LS 8)

Gericht.²⁸¹ Der Gesetzgeber sei dabei allerdings grundsätzlich nicht verpflichtet, die gleichen Maßnahmen strafrechtlicher Art zum Schutz des ungeborenen Lebens zu ergreifen, wie er sie zur Sicherung des geborenen Lebens für zweckdienlich und geboten hält.²⁸²

Das Bundesverfassungsgericht sieht aber in bestimmten Fällen angesichts der Grundrechtspositionen der Frau Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs als verfassungsrechtlich zulässig,²⁸³ in einigen Fällen sogar als „womöglich geboten“²⁸⁴ an. Es sei dabei Sache des Gesetzgebers, solche „Ausnahmelagen zu Ausnahmetatbeständen zu fassen“.²⁸⁵ In diesen und nur in diesen – mindestens durch vertrauenswürdige Dritte festzustellenden²⁸⁶ – Konstellationen sei es dem Gesetzgeber erlaubt, den Schwangerschaftsabbruch als nicht rechtswidrig zu qualifizieren.²⁸⁷

Des Weiteren müsse ein Schutz der Schwangeren vor Einwirkungen in Richtung eines Schwangerschaftsabbruchs aus dem familiären oder sozialen Umfeld gewährleistet sein.²⁸⁸

Darüber hinaus solle das Schutzkonzept neben repressiven auch präventive Elemente enthalten und miteinander verbinden.²⁸⁹ Insofern gibt das Gericht dem Gesetzgeber auf, auch andere Rechtsbereiche mit in den Schutz des ungeborenen Lebens einzubeziehen.²⁹⁰ Zudem weist das Bundesverfassungsgericht in erstaunlich eindringlicher Weise darauf hin, dass gerade auch die realen Lebensverhältnisse der Frau und der Familie auf die Bereitschaft zum Austragen des Kindes einen erheblichen Einfluss haben können.²⁹¹ Mutterschaft und Kinderbetreuung müssten als eine

281. Ergänzend angemerkt werden soll hier nur, dass das Bundesverfassungsgericht bei nicht gerechtfertigten Schwangerschaftsabbrüchen in der Frühphase der Schwangerschaft allerdings dann eine Ausnahme von der Pflicht des Staates zur Festschreibung einer Strafdrohung macht, wenn und falls verfassungsrechtlich ausreichende Schutzmaßnahmen anderer Art vorliegen und die rechtliche Missbilligung auf andere Weise in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommt. (*BVerfGE* 88, Seite 203 (258)). Weitere Ausführungen zu den dann vom Bundesverfassungsgericht verlangten anderweitigen Schutzmaßnahmen sind in *BVerfGE* 88, Seite 203 (261 ff.; 264 ff.) zu finden.

282. *BVerfGE* 39, Seite 1 (45)

283. Siehe dazu bereits oben in dieser Arbeit unter § 2.A.II.2.c.bb „Verfassungsrechtlich zulässige Ausnahmekonstellationen“

284. *BVerfGE* 88, Seite 203 (255). Das Bundesverfassungsgericht judiziert dabei – wohl auch angesichts einer eher liberalen Gesetzgebungspraxis – nicht, in welchen Konstellationen das Übermaßverbot einen Dispens der Frau von ihrer grundsätzlichen Rechtspflicht zum Austragen des Kindes verlangt. Zumindest im Fall einer ernsten Gefahr für das Leben der Frau würde eine trotzdem weiterbestehende Verpflichtung die Grundrechtspositionen der Frau unverhältnismäßig einschränken. Alle darüber hinaus gehenden Fälle können wohl nicht mehr so eindeutig ein verfassungsrechtliches Gebot zur Ausnahme vom Verbot begründen. Bei darüber hinaus gehenden Ausnahmetatbeständen kommt es insofern nur auf eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Ausnahmen an. Ein insoweit anderer Ansatzpunkt.

285. *BVerfGE* 88, Seite 203 (255)

286. *BVerfGE* 88, Seite 203 (274)

287. *BVerfGE* 88, Seite 203 (261 f., 273 f., 299)

288. *BVerfGE* 88, Seite 203 (Seite 204 LS 9, 253); vgl. dazu den mit Art. 8 des SFHÄndG (BGBl. I 1995, Seite 1050 (1055)) neu eingefügten § 170 Abs. 2 StGB

289. *BVerfGE* 39, Seite 1 (44); *BVerfGE* 88, Seite 203 (Seite 204 LS 6, 255)

290. *BVerfGE* 39, Seite 1 (44); *BVerfGE* 88, Seite 203 (204 LS 6)

291. Vgl. *BVerfGE* 88, Seite 203 (258) – Die Schutzwicht berühre sich darin mit dem Schutzauftrag des Staates aus Art. 6 Abs. 1, 4 GG.

Leistung betrachtet werden, die auch im Interesse der Gemeinschaft liegen und deren Anerkennung verlangen.²⁹² Nachteile, die einer Frau aus der Schwangerschaft für Ausbildung und Beruf erwachsen könnten, seien nach Möglichkeit auszuschließen. Der Staat müsse zudem nach weiteren Möglichkeiten der Entlastung von Eltern suchen.²⁹³ „Die Bedeutung solcher Leistungen als Maßnahmen präventiven Lebensschutzes hat der Gesetzgeber in Rechnung zu stellen, wenn es erforderlich wird, staatliche Leistungen im Hinblick auf knappe Mittel zu überprüfen.“²⁹⁴

Wichtiger Schlusspunkt und Abrundung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ist dabei seine Mahnung, dass die Schutzpflicht zu einer Beobachtungs- und gegebenenfalls Korrektur- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers führt, wenn und soweit der verfassungsrechtlich erforderliche Schutz durch das Gesetz nicht bewirkt wird.²⁹⁵

B. Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG²⁹⁶

„Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG)

Neben den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts spielen die Wertungen des erst 1994²⁹⁷ in Art. 3 Abs. 3 GG eingefügten speziellen Diskriminierungsverbot zugunsten Behindter bei der – verfassungskonformen – Auslegung des einfachen Gesetzesrechts eine wesentliche Rolle. Es wurde damit klargestellt, dass eine Behinderung nicht als sachliches Differenzierungskriterium zu einer Benachteiligung dieses Grundrechtsträgerkreises führen darf. Insofern konkretisiert und verstärkt Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG den Förderungs- und Integrationsauftrag des Sozialstaatsprinzips und ergänzt diesen um ein striktes Benachteiligungsverbot.²⁹⁸

Angesichts dieser verfassungsrechtlich veränderten Lage ist fraglich, inwieweit und inwiefern die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur (Spät)Abtreibung ergänzt oder revidiert werden müssen. Insbesondere die Zulässigkeit der eigenständigen Regelung einer embryopathischen Indikation, aber auch die Berücksichtigung embryopathischer Parameter im Rahmen einer medizinisch-sozialen Indikation, müssen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG kritisch hinterfragt werden.

I. Schutz- und Geltungsbereich

Eine Erfassung des nasciturus vom persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erscheint dabei, zumindest auf den ersten Blick, nicht selbstverständlich zu sein.²⁹⁹

292. *BVerfGE* 88, Seite 203 (258 ff.)

293. *BVerfGE* 88, Seite 203 (259)

294. *BVerfGE* 88, Seite 203 (260 f.)

295. Vgl. *BVerfGE* 88, Seite 203 (309 f.)

296. Als Grundrecht in *BVerfG NJW* 1998, Seite 131 (132, 134) anerkannt.

297. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. I 1994, Seite 3146 (3146)

298. Vgl. dazu Dreier – Heun, Art. 3 Abs. 3 RN 134

299. Auch wenn im Schrifttum z.T. ohne weitere Begründung davon ausgegangen wird, dass der Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auch den nasciturus erfasst. Vgl. insofern nur Tröndle, NJW 1995, Seite 3009 (3015); Schuhmann / Schmidt-Recla; MedR 1998, Seite 497 (504)

Zunächst ist insoweit schon fraglich, ob sich die grundrechtliche Gewährleistung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in persönlicher Hinsicht überhaupt auf den nasciturus erstreckt.³⁰⁰ Dabei ist Anknüpfungspunkt die im Gesetz befindliche Formulierung: „niemand“. Wenn man jedoch mit dem Bundesverfassungsgericht von einer Erstreckung des Schutzbereiches des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf das ungeborene menschliche Leben ausgeht, der nasciturus insoweit „jemand“ i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist, muss er ebenso „niemand“ i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sein können, da dann zumindest zum Zeitpunkt der Schwangerschaft bereits ein Träger individueller Grundrechte existiert.³⁰¹ Die Vorschriften stellen insofern semantische Gegenstücke dar. Eine Differenzierung hinsichtlich geborenem und ungeborenem Leben kann bei beiden Grundrechten nur einheitlich oder überhaupt nicht erfolgen.³⁰² Eine Erstreckung des persönlichen Geltungsbereiches der Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf den nasciturus kann folglich nur der ablehnen, der dem ungeborenen menschlichen Leben auch ein eigenständiges Lebensrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verwehrt.³⁰³

Auch die sachliche Anwendung des Behindertenbegriffs auf das Ungeborene ist nicht ohne genauere Deduktion möglich. So knüpft der Großteil des verfassungsrechtlichen Schrifttums ebenso wie das Bundesverfassungsgericht zur Bestimmung des Behindertenbegriffs mangels

Vorgaben des Verfassungsgebers³⁰⁴ grundsätzlich an den bis 2001 gültigen³⁰⁵ § 3 Abs. 1 S. 2 SchwbG an,³⁰⁶ der insoweit das zum Zeitpunkt der Grundgesetzänderung gebräuchliche Begriffsverständnis widerspiegelt.³⁰⁷ Danach ist Behinderung „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht“.³⁰⁸ Eine Beschränkung auf Schwerbehinderte wird dabei zwar

- 300. Davon wird ohne weitere Begründung von einem Teil des Schrifttums ausgegangen. Vgl. dazu *Tröndle*, NJW 1995, Seite 3009 (3015); *Schuhmann / Schmidt-Recla*; MedR 1998, Seite 497 (504); ausdrücklich bejahend Dreier – *Heun*, Art. 3 Abs. 3 RN 136; *Sachs*, RdJB 1996, Seite 154 (167); ohne nähere Begründung ablehnend jedoch *Sachs – Osterloh*, Art. 3 RN 308 FN 684
- 301. Ähnlich Dreier – *Heun*, Art. 3 Abs. 3 RN 136; letztlich so auch *Buch*, Seite 88 ff.; *Reichenbach*, Jura 2000, Seite 622 (625 f.)
- 302. So auch *Hofstätter*, Seite 69
- 303. Insofern ist der Streitstand um die Grundrechtsträgerschaft des nasciturus im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf diesen Zusammenhang übertragbar. Zum Streitstand vgl. beispielhaft die Ausführungen bei Dreier – *Schulze-Fielitz*, Art. 2 Abs. 2 RN 39
- 304. Was unter einer Behinderung zu verstehen ist, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht unmittelbar entnehmen. (Vgl. dazu BT-Drs. 12 / 6000, Seite 52 f.; BT-Drs. 12 / 6323, Seite 11 f.; BT-Drs. 12 / 8165, Seite 28 f.) Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat aber erkennbar an das Begriffsverständnis angeknüpft, das im Zeitpunkt der Verfassungsänderung gebräuchlich war.
- 305. Am 19.06.2001 wurde die eigenständige Regelung für Schwerbehinderte im Schwerbehindertengesetz aufgegeben und in das SGB IX eingefasst. BGBl. I 2001, Seite 1046 (1047 ff.)
- 306. *BVerfGE* 96, Seite 288 (301) zugleich *BVerfG* NJW 1998, Seite 131 (131); *BVerfGE* 99, Seite 341 (356 f.); AK-GG – *Eckertz-Höfer*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG RN 135; BK – *Rüfner*, Art. 3 Abs. 2 und 3 RN 870; *Jarass / Pieroth – Jarass*, Art. 3 RN 144; *Mangoldt / Klein / Starck – Starck*, Art. 3 Abs. 3 RN 418; *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 176; *Münch / Kunig – Gubelt*; Art. 3 RN 104 c; *Sachs*, RdJB 1996, Seite 154 (163); *Sachs – Osterloh*, Art. 3 RN 309; *Schramm*, Lenckner-FS, Seite 539 (540)
- 307. *BVerfGE* 96, Seite 288 (301) zugleich *BVerfG* NJW 1996, Seite 131 (131)
- 308. § 3 Abs. 1 S. 1 SchwbG

weitestgehend abgelehnt,³⁰⁹ jedoch wird zumindest zum Teil eine erhebliche Beeinträchtigung, die die Gefahr der Diskriminierung der betroffenen Personen in sich birgt, verlangt.³¹⁰ Während jedoch beim geborenen Menschen gerade dann, wenn er eine starke oder deutliche Behinderung hat, die Gefahr einer relevanten Diskriminierung besonders hoch ist und geringfügige Beeinträchtigungen in der Regel nicht oder kaum zu einer Erschwerung der Lebensführung im Vergleich zu Nichtbehinderten führen,³¹¹ bedarf der nasciturus gerade dann des verstärkten Schutzes der Rechtsordnung, wenn er aufgrund nur leichter Schädigung zur Disposition steht. Denn während es auf der einen Seite derart schwere Fehlbildungen gibt, die aufgrund infauster Prognose einen Schwangerschaftsabbruch im Einzelfall durchaus nahelegen können, ist unterhalb dieser Schwelle das ungeborene behinderte Leben gerade besonders schutzbedürftig. Denn nur bei schwersten, nicht therapierbaren Schädigungen des Kindes ist überhaupt eine derartige nachgeburtliche Überlastung einer an sich gesunden Frau denkbar, dass diese sich gesundheitlich niederschlägt. Insofern ist eine drohende Gesundheitsgefahr der Mutter, ausgelöst allein³¹² durch die zusätzliche nachgeburtliche Be- und Überlastung aufgrund der Schädigung des Kindes desto weniger vorstellbar, je geringer die kindliche Schädigung ist.³¹³

Da der persönliche Geltungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auch den nasciturus erfasst, kann der sachliche Schutzbereich bei ungeborenem und geborenem Leben keine unterschiedliche Wirkung entfalten. Folglich ist von einem weiten Behindertenbegriff auszugehen. Ausreichend ist damit eine Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen geistigen, körperlichen oder seelischen Zustand beruht und von einer gewissen Dauer ist. Auf eine bestimmte Schwere der Funktionsbeeinträchtigung kann es dabei nicht ankommen.³¹⁴

II. Das unmittelbare Anknüpfungsverbot

Das sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergebene Verbot, wegen der Behinderung benachteiligt zu werden, führt zunächst und vor allem dazu, dass die Behinderung grundsätzlich kein direkter Anknüpfungspunkt für eine nachteilige rechtliche Ungleichbehandlung sein darf,³¹⁵ d.h. jede

309. *BVerfGE* 96, Seite 288 (301) zugleich *BVerfG NJW* 1998, Seite 131 (131); AK-GG – *Eckertz-Höfer*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG RN 135; BK – *Rüfner*, Art. 3 Abs. 2 und 3 RN 871; Dreier – *Heun*, Art. 3 Abs. 3 RN 135; *Jarass / Pieroth – Jarass*, Art. 3 RN 144; *Mangoldt / Klein / Starck – Starck*, Art. 3 Abs. 3 RN 418 f.; *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 176; *Münch / Kunig – Gubelt*; Art. 3 RN 104 c; *Sachs – Osterloh*, Art. 3 RN 310; *Schramm*, Lenckner-FS, Seite 539 (540); *Spranger*, DVBl 1998, Seite 1058 (1059 ff.)

310. BK – *Rüfner*, Art. 3 Abs. 2 und 3 RN 871; *Jarass / Pieroth – Jarass*, Art. 3 RN 144; ähnlich auch *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 176; a.A. jedoch beispielsweise *Herdegen*, Seite 25; *Mangoldt / Klein / Starck – Starck*, Art. 3 Abs. 3 RN 419

311. Vgl. dazu auch *Jarass / Pieroth – Jarass*, Art. 3 RN 144; dazu auch *Spranger*, DVBl 1998, Seite 1058 (1060 f.), der dabei jedoch deutlich darauf hinweist, dass die Diskriminierung in der Praxis eher an die Erkennbarkeit der Behinderung anknüpft als an die Schwere der Funktionsbeeinträchtigung

312. Anders möglicherweise, wenn die Frau aufgrund von Vorerkrankungen nur mit Mühe bereits ein völlig gesundes Kind gebären und aufziehen könnte

313. Vgl. dazu auch die Ausführungen zum Indikationsrahmen der medizinisch-sozialen Indikation unter § 3.B „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB“

314. Ausdrücklich für eine weite Schutzbereichsauslegung *Hofstätter*, Seite 69; *Münch / Kunig – Gubelt*; Art. 3 RN 104 c; *Spranger*, DVBl 1998, Seite 1058 (1059 ff.)

315. Vgl. dazu *BVerfGE* 85, Seite 191 (206); *BVerfGE* 96, Seite 288 (302); *Buch*, Seite 120; Dreier – *Heun*, Art. 3 Abs. 3 RN 137 i.V.m. RN 107; *Rüfner*, Friauf-FS, Seite 331 (333); *Sachs*, Grenzen, Seite 428 ff.; *Sachs – Osterloh*, Art. 3 RN 311

Verwendung des Merkmals „Behinderung“ als Voraussetzung nachteiliger Rechtsfolgen muss von vornherein ausgeschlossen sein.³¹⁶

Eine kindliche Schädigung als alleiniger Abbruchsgrund ohne jedwede weitere Voraussetzungen stellt folglich angesichts dieses unmittelbaren Anknüpfungsverbots für eine benachteiligende Ungleichbehandlung eindeutig einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot Behindter dar.

Aber auch die früher ausdrücklich geregelte embryopathische Indikation, bei der die Unzumutbarkeit für die Frau direkt und *de lege lata* an eine kindliche Schädigung geknüpft wurde, erscheint mindestens als verfassungsrechtlich höchst problematisch.³¹⁷ Zwar hatte § 218 a Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F. die Zulässigkeit der Abtreibung an die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft durch die Frau gekoppelt, diese Unzumutbarkeit aber direkt und ausdrücklich gesetzlich geregelt mit einer Behinderung des ungeborenen Kindes verknüpft. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG wird trotzdem vereinzelt mit der Behauptung bestritten, dass die Motivation für den Schwangerschaftsabbruch zumindest in den ersten 12 Schwangerschaftswochen unbeachtlich sei und die darüber hinausgehende befristete Zulassung der embryopathischen Indikation dem Lebensschutz der Ungeborenen diene und daher als Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz sachlich gerechtfertigt sei³¹⁸. Letztlich wird damit die Nachteiligkeit der Ungleichbehandlung bestritten. Es gibt sicherlich unbestritten Einzelfälle, in denen durch die verlängerte Frist die Wahrnehmung pränataler Diagnostik ermöglicht und dadurch die Ausräumung des Verdachts einer kindlichen Schädigung bewirkt wird. Aber von einer grundsätzlich lebensschützenden Tendenz der Ausformulierung einer embryopathischen Indikation mit entsprechender Frist bis zur extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes zu sprechen, ist gewagt. Denn selbst wenn eine solche embryopathische Indikation sehr eng ausgestaltet ist, wird doch immer ein gewisser Kreis von geschädigten Kindern erfasst, die dann durch eine gerade benachteiligende ausdrückliche Anknüpfung an ihre Behinderung um so stärker einer Abbruchgefahr ausgesetzt sind. Das stellt dann aber schon einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot Behindter dar. Eine Opferung bestimmter Minderheiten dem Schutz vermeintlicher Mehrheiten ist schon dadurch, dass die für die Minderheiten nachteilige Regelung an ihre Behinderteneigenschaft anknüpft, nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Ein ausdrückliches Anknüpfen an kindliche Parameter entfaltet folglich niemals geringere indikatorische Wirkung als die Beseitigung solcher Umschreibungen. Insofern ist es dann auch nicht primär die Frist innerhalb der embryopathischen Indikation, die im Widerspruch zum Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG steht, sondern das unmittelbare Anknüpfen an kindliche Parameter sowie das untrennbare, direkte und ausdrückliche Verbinden der Zumutbarkeitsentscheidung mit diesen.³¹⁹

316. *Sachs*, RdJB 1996, Seite 154 (169 f.)

317. Vgl. dazu auch BK – *Rüffner*, Art. 3 Abs. 2 und 3 RN 881; *Mangoldt / Klein / Starck – Starck*, Art. 3 Abs. 3 RN 418; *Sachs*, RdJB 1996, Seite 154 (167, 171); *Tröndle*, NJW 1995, Seite 3009 (3015); a.A. jedoch *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (504); ähnlich auch *Reichenbach*, Jura 2000, Seite 622 (628), allerdings deswegen, weil er meint, es läge hier nur ein mittelbarer Bezug zur Behinderung des Kindes vor. Dies ist nicht recht verständlich, da die embryopathische Indikation direkt und ausdrücklich an eine kindliche Schädigung anknüpft, die unmittelbar und direkt mit der Zumutbarkeitsentscheidung verbunden ist.

318. *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (504)

319. Vgl. zum ganzen auch *Hofstätter*, Seite 70

So wäre eine eigenständige embryopathische Indikation mit einer ausdrücklichen, direkten und untrennbaren Anknüpfung an kindliche Parameter letztlich tatsächlich nicht mehr haltbar gewesen.³²⁰

Auch ein in engen Grenzen zulässiger Ausnahmetatbestand greift hier nicht. Zwar normiert Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG insofern grundsätzlich als vorbehaltlos gewährtes Grundrecht einen absoluten Diskriminierungsschutz. Jedoch werden als Grenze des Differenzierungsverbotes die Vorgaben der biologischen Existenz des Menschen gesehen. Dementsprechend wird eine Ungleichbehandlung insoweit für zulässig gehalten, wenn sie zur Lösung von Problemen, die in der Behinderung selbst angelegt sind, zwingend erforderlich ist.³²¹ Diese Ausnahme ist sehr restriktiv zu handhaben. Notwendig ist, dass keine andere Möglichkeit als die der Ungleichbehandlung besteht.³²² Ein sachlicher Grund reicht anders als im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes zur Rechtfertigung keinesfalls aus.³²³ Ein verfassungsrechtlich legitimer zwingender Grund dafür, dass ein behindertes Kind bereits dann, wenn das weitere Austragen der Schwangerschaft der Frau unzumutbar ist, abgetrieben werden kann, bei einem gesunden Kind aber zumindest eine schwerwiegende Gesundheitsgefahr vorliegen muss, ist nicht ersichtlich. Jedwede Begründung für die Unterscheidung wäre unmittelbar mit der Behinderung des ungeborenen Kindes verknüpft und damit unzulässig³²⁴

Die jetzt gültige Gesetzesfassung lässt eine Spätabtreibung aufgrund embryopathischer Indikation nicht mehr zu. Vielmehr erfolgt im Rahmen einer medizinisch-sozialen Indikation ein Anknüpfen an den Gesundheitszustand der Schwangeren.³²⁵ Ein Verstoß gegen das unmittelbare Anknüpfungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt folglich nicht vor.

III. Verbot versteckter unmittelbarer Diskriminierung

Die Einbeziehung von Fallgruppen einer embryopathischen Indikation bzw. von embryopathischen Parametern in eine medizinische Indikation könnte jedoch dem darüber hinaus aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG abgeleiteten Verbot mittelbarer Diskriminierung³²⁶ widersprechen. Eine

- 320. So auch BK – *Rüfner*, Art. 3 Abs. 2 und 3 RN 881; Mangoldt / Klein / Starck – *Starck*, Art. 3 Abs. 3 RN 421; *Tröndle*, NJW 1995, Seite 3009 (3015); anders die diesen Sachzwang verkennende Begründung des Gesetzgebers, der nach eigenem Bekunden nur ein Missverständnis und nicht eine Verfassungswidrigkeit beseitigen wollte. Vgl. dazu BT - Drs. 13 / 1850, Seite 26; a.A. auch *Reichenbach*, Jura 2000, Seite 622 (628), der die Zumutbarkeit für die Schwangere als primären Anknüpfungspunkt sieht, dabei aber verkennt, dass trotzdem explizit in § 218 a Abs. 2 Nr.1 StGB a.F. auf die Schädigung des Kindes verwiesen wird und dieser Umstand bereits ausreichend ist für einen Verstoß gegen das unmittelbare Anknüpfungsverbot.
- 321. Vgl. zum Ganzen *Hagmann*, Seite 46 f., dazu auch *Buch*, Seite 136 ff.; *Sachs – Osterloh*, Art. 3 RN 314 ff.; *Jarass / Pieroth – Jarass*, Art. 3 RN 149 z.T. m.w.N.
- 322. *Hagmann*, Seite 47
- 323. *Hagmann*, Seite 47
- 324. Siehe dazu auch *Buch*, Seite 120, 136
- 325. § 218 a Abs. 2 StGB n.F.: „Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.“
- 326. Die wohl überwiegende Meinung leitet aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auch ein Verbot mittelbarer Diskriminierung ab. Beispielhaft *BVerfGE* 97, Seite 35 (43); *BVerfGE* 104, Seite 373 (393); AK-GG – *Eckertz-Höfer*,

solche mittelbare Ungleichbehandlung liegt vor, wenn von den (Rechts-) Folgen einer Rechtsnorm zwar nicht ausschließlich, jedoch überwiegend ein durch ein verbotenes Merkmal gekennzeichneter Personenkreis erfasst wird.³²⁷ Dabei sind zwei Fallgruppen der mittelbaren Diskriminierung zu unterscheiden: zum einen die mittelbare rechtliche Ungleichbehandlung, auch als versteckte Diskriminierung bezeichnet, und die faktische Benachteiligung.³²⁸ Dabei werden an dieser Stelle der Arbeit die Auswirkungen des faktischen Benachteiligungsverbotes des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht vertieft,³²⁹ weil dies eine rechtliche Bewertung der konkreten Auswirkungen der einfachgesetzlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch in der Lebenswirklichkeit erfordert. Dies ist sinnvoll jedoch erst nach Darstellung der einfachgesetzlichen Rechtslage möglich. Im Rahmen des vorliegenden verfassungsrechtlichen Teils dieser Arbeit geht es demgegenüber zunächst um die Herausarbeitung des für den Gesetzgeber durch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gesteckten Rahmens für die Einbeziehung von embryopathischen Parametern in eine Regelung zum Schwangerschaftsabbruch.

Entscheidend sind dafür Inhalt und Auswirkungen des Verbots mittelbarer rechtlicher Diskriminierung. Eine solche versteckte Diskriminierung liegt vor, wenn die gesetzliche Regelung zwar nicht direkt an das Merkmal der Behinderung, jedoch an typische Eigenschaften oder Gegebenheiten dieser Gruppe anknüpft.³³⁰ Die Norm selbst enthält in ihrem „Tatbestand“ zwar scheinbar neutrale oder im Hinblick auf ein verbotenes Merkmal synonome Kennzeichen, die aber typischerweise, nicht notwendig ausschließlich, genau den gleichen Personenkreis kennzeichnen wie das verbotene Merkmal selbst, auch wenn dies nicht offensichtlich wird.³³¹ Allerdings ist nicht per se jede mittelbare Diskriminierung i.d.S. verboten. Ansonsten würde die staatliche Aktivität über Gebühr eingeschränkt, da jede Maßnahme daraufhin überprüft werden müsste, ob sie besondere, auch nur unbeabsichtigte Auswirkungen auf eine der in Art. 3 Abs. 3 S.3 GG abgegrenzten Gruppen hat. Eine notwendige oder sinnvolle Regelung wäre häufig blockiert, wenn man in jedem Fall auch die nur typischerweise bei einer der geschützten Gruppen vorliegenden Merkmale als hinreichend für einen Verstoß ansieht.³³² Verhindert werden soll letztlich unter Missbrauchsgesichtspunkten, dass trotz formaler rechtlicher Gleichbehandlung durch das Abstellen auf faktische Verschiedenheiten zwischen den Menschen eine subjektiv gewollte Ungleichbehandlung ermöglicht wird.³³³ Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG liegt folglich dann vor, wenn die indirekte Diskriminierung gezielt zur Zurücksetzung und Benachteiligung einer der nach Art. 3 Abs. 3 GG abgegrenzten Gruppe und damit zur bewussten Umgehung der

Art. 3 Abs. 2, 3 GG RN 138; Dreier – *Heun*, Art. 3 Abs. 3 RN 137 i.V.m. RN 122 ff.; *Huster*, Seite 314 f.; *Jarass / Pieroth – Jarass*, Art. 3 RN 145; *Rüfner*, Friauf-FS, Seite 331 (333 ff.); *Sachs*, Grenzen, Seite 451 ff.; *Sachs – Osterloh*, Art. 3 RN 311 i.V.m. RN 255

327. Vgl. *Straßmair*, Seite 182

328. Vgl. Dreier – *Heun*, Art. 3 RN 108; *Straßmair*, Seite 182

329. Eine entscheidende Rolle kommt dem Verbot faktischer Benachteiligung Behinderter bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Fetozids zu. Dieser stellt eine faktische Auswirkung der einfachgesetzlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch dar. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.c „Der Fetozid als verfassungsrechtlich unzulässige Benachteiligung Behinderter“

330. AK-GG – *Eckertz-Höfer*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG RN 138; *Rüfner*, Friauf-FS, Seite 331 (336); *Sachs – Osterloh*, Art. 3 RN 311 i.V.m. RN 255

331. Vgl. *Straßmair*, Seite 181

332. Vgl. dazu *Rüfner*, Friauf-FS, Seite 331 (334 f.), der darauf hinweist, dass dann auch Regelungen für Arbeitsverhältnisse, in denen typischerweise überwiegend Männer oder Frauen tätig sind, verboten wären.

333. *Straßmair*, Seite 181

verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote eingesetzt wird.³³⁴ Ausreichend ist dabei auch, dass eine erkennbar objektiv-behindertendiskriminierende Tendenz einer Maßnahme festgestellt werden kann. Die Absicht der Umgehung des Art. 3 Abs. 3 GG muss nicht nachgewiesen sein, ehe ein Verstoß angenommen werden kann.³³⁵ Entscheidend ist, ob die Behinderung des ungeborenen Kindes auch nach der neuen Gesetzeslage gleichwohl wesentliches Kriterium für eine Unterscheidung darstellen soll und darstellt.³³⁶ Letztlich bedeutet das, dass § 218 a Abs. 2 StGB n.F. dann nicht grundrechtskonform ist,³³⁷ wenn mit der Neureglung der Spätabtreibung der gleiche Effekt bezweckt und erreicht wird, wie mit der embryopathischen Indikation in ihrer überkommenen Fassung, die aufgrund der direkten für das ungeborene Kind nachteiligen Anknüpfung an die Behinderteneigenschaft und der gegenüber der medizinischen Indikation, die mindestens das Vorliegen einer schwerwiegenden Gesundheitsgefahr voraussetzt, leichteren Abtreibungsmöglichkeit bei behinderten Kindern, es reicht, dass das weitere Austragen der Schwangerschaft der Frau unzumutbar ist, gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verstößt.³³⁸

Insofern ist streitig, ob durch das Diskriminierungsverbot zugunsten Behindter die Einbeziehung jedweder embryopathischer Parameter im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation verboten ist.³³⁹ Konkreter gesagt, kann und darf im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG der aufgrund einer Schädigung hervorgerufene Pflege- und Sorgeaufwand im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation eine Rolle spielen. Die Ansichten, insbesondere im verfassungsrechtlichen Schrifttum, schwanken dabei zwischen Extremen. Während *Reichenbach*³⁴⁰ eine Einbeziehung embryopathischer Parameter ohne irgendwelche Be- und Einschränkungen entsprechend dem ursprünglich³⁴¹ geäußerten Willen des Gesetzgebers³⁴² als zulässig ansieht,³⁴³ bestreitet eine andere Auffassung, dass nach der Grundgesetzänderung überhaupt noch die Möglichkeit bestünde,

334. Vgl. dazu *Rüfner*, Friauf-FS, Seite 331 (336); ähnlich auch Dreier – *Heun*, Art. 3 Abs. 3 RN 124; *Huster*, Seite 315

335. Vgl. dazu *Rüfner*, Friauf-FS, Seite 331 (336)

336. Vgl. dazu allgemein *Straßmair*, Seite 181

337. Ähnlich auch *Hofstätter*, Seite 75

338. Vgl. dazu die Ausführungen unter § 2.B.II „Das unmittelbare Anknüpfungsverbot“

339. Ohne Ergebnis insofern jedoch *Schramm*, Lenckner-FS, Seite 539 (541 f. m. FN 17)

340. *Reichenbach*, Jura 2000, Seite 622 (626 f.)

341. Recht bald wurde durch die Bundesregierung jedoch eine strenge Indikationsstellung vorausgesetzt. Vgl. dazu nur BT-Drs. 13 / 5364, Seite 8; BT-Drs. 15 / 1566, Seite 3

342. Vgl. dazu BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26 „Zwar beruhten seit jeher die Regelungen betreffend die embryopathische Indikation demgegenüber auf der Erwägung, dass sich in solchen Fällen eine unzumutbare Belastung für die Schwangere ergeben kann. Durch die Formulierung der medizinischen Indikation in § 218a Abs. 2 StGB (...) können diese Fallkonstellationen aufgefangen werden.“ – Ein Erfassen aller Fälle der embryopathischen Indikation, so es denn tatsächlich überhaupt jemals gewollt war, (davon ausgehend jedoch ein Großteil des Schrifttums: beispielhaft *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (141 f.); *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 38; *Simon*, in: *Spätabbruch*, Seite 57 (59); *Tröndle*, NJW 1995, Seite 3009 (3015)) die Formulierung in den Gesetzesmaterialien ist da nicht ganz eindeutig, ist auch einfachgesetzlich nur bei äußerst weiter Auslegung des Begriffs der Gesundheitsgefahr denkbar.

343. Ähnlich im Ergebnis auch *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (504), die trotz Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG von der Zulässigkeit einer eigenständigen embryopathischen Indikation ausgehen. Vgl. dazu bereits oben unter § 2.B.II „Das unmittelbare Anknüpfungsverbot“

embryopathische Konstellationen im Rahmen der medizinischen Indikation zu berücksichtigen.³⁴⁴ Nach vermittelnder Ansicht soll Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht zu einem totalen Verbot der Einbeziehung embryopathischer Parameter führen, sondern wirke in grundrechtsverstärkender Weise für den behinderten nasciturus und steuere die verfassungsrechtliche Güterabwägung im Sinne einer lebensschutzverstärkenden Ausstrahlung mitentscheidend.³⁴⁵

Ein unbesehener und unbeschränkter Rückgriff auf embryopathische Parameter, wie er von *Reichenbach* vertreten wird und vom *Gesetzgeber* angedacht war, soll ein Erfassen aller Fälle der früheren embryopathischen Indikation erlauben.³⁴⁶ Das ist zwar theoretisch über ein extrem weites Verständnis bzw. ein Aufweichen des Begriffs der Gesundheitsgefahr in § 218 a Abs. 2 StGB insbesondere unter Einbeziehung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren für die Fälle einer schweren Behinderung des Kindes erreichbar. Die zukünftigen, auch sozialen, Lebensverhältnisse der Frau müssten dabei anders als beim nichtbehinderten Kind grundsätzlich eine herausgehobene Bedeutung bei der Bestimmung der Gesundheitsgefahr haben. Letztlich würde diese Überbetonung der zukünftigen Lebensverhältnisse dann, wenn ein schwer geschädigtes Kind vorliegt, aber dazu führen, dass je nachdem, ob ein gesundes oder ein behindertes Kind zur Disposition steht, unterschiedliche Maßstäbe im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation gelten würden. Eine Behinderung des Kindes würde bei einem derartigen Gesetzesverständnis in der Lebenswirklichkeit typischerweise zu einer Abtreibung führen. Behinderung des Kindes und Abtreibung wären aufgrund dieses im Regelfall vorliegenden Automatismus in einer erweiterten abstrakten, vom Einzelfall unabhängigen Kausalkette miteinander verbunden. Im Endeffekt wäre die Behinderung des Kindes dadurch wesentliches Kriterium für die gegenüber nichtbehinderten Kindern erweiterte Auslegung der medizinisch-sozialen Indikation. Die Intention, embryopathische Parameter ohne Einschränkung und möglichst so in die medizinisch-soziale Indikation einzubeziehen, dass alle Fälle der ursprünglichen embryopathischen Indikation erfasst werden, hätte eine verbotene, weil intendierte, mittelbare Benachteiligung der behinderten ungeborenen Kinder zur Folge, würde also eine unzulässige Umgehung des Anknüpfungsverbotes bedeuten.³⁴⁷ *Reichenbach* greift demgemäß mit seinem Verständnis des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu kurz, wenn er meint, dass eine verbotene mittelbare Benachteiligung nur dann vorläge, wenn durch die Bezugnahme auf die Zumutbarkeit der Schwangerschaft für die betroffene Frau verdeckt werden solle, dass der nasciturus als „vermindert lebenswert“ angesehen werde.³⁴⁸ Eine verbotene mittelbare Benachteiligung Behindeter muss nicht notwendig mit einem derartigen Unwerturteil verbunden sein, es reicht bereits aus, dass durch die mittelbare Bezugnahme auf die Behinderteneigenschaft der gleiche benachteiligende Effekt erreicht wird, wie mit der embryopathischen Indikation, folglich eine unzulässige Umgehung des

344. BK – *Rüfner*, Art. 3 Abs. 2 und 3 RN 881; Mangoldt / Klein / Starck – *Starck*, Art. 3 Abs. 3 RN 421; vgl. dazu auch die Ausführungen von *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (160) sowie *Tröndle*, NJW 1995, Seite 3009 (3015)

345. Beispielhaft *Hofstätter*, Seite 76; *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 177; *Straßmair*, Seite 251

346. Vgl. BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26; *Reichenbach*, Jura 2000, Seite 622 (627), der die embryopathische Indikation jedoch nicht als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ansieht.

347. Im Ergebnis ebenso Mangoldt / Klein / Starck – *Starck*, Art. 3 RN 421

348. *Reichenbach*, Jura 2000, Seite 622 (627) – Hervorhebung im Original

unmittelbaren Anknüpfungsverbots vorliegt.³⁴⁹ Folglich widerspricht ein Auffangen all dieser embryopathischen Fallkonstellationen der embryopathischen Indikation a.F., wie sie wohl auch der einfache Gesetzgeber ursprünglich³⁵⁰ durch die Ausformulierung der medizinisch-sozialen Indikation ermöglichen wollte,³⁵¹ dem Verbot mittelbarer Diskriminierung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, da letztlich mangels Be- und Einschränkung der gleiche Effekt wie bei der gerade nicht mehr verfassungsrechtlich zulässigen embryopathischen Indikation erreicht und damit eine Umgehung des Anknüpfungsverbotes vorliegen würde.

Überzeugender erscheint demgegenüber zunächst ein Verbot der Einbeziehung jedweder kindlicher Parameter. Denn „ob ein behindertes Kind wegen der Unerwünschtheit seiner Behinderung („minderwertiges Leben“) oder der sich aus der Behinderung ergebenen Belastung der Eltern („lästiges Leben“) getötet wird,“³⁵² bleibe sich gleich.³⁵³ Insofern wird konsequenterweise die Trennung von Behinderung des Kindes und zur Unzumutbarkeit führenden Belastungen als „Scheinargument“ verworfen.³⁵⁴ Das Bundesverfassungsgericht habe in anderem Zusammenhang entschieden,³⁵⁵ dass „die Behinderung nicht als Anknüpfungspunkt für eine – benachteiligende – Ungleichbehandlung dienen darf.“³⁵⁶ Die Unzumutbarkeit müsse demzufolge, damit keine diskriminierende Wirkung vorläge, unabhängig vom Gesundheitszustand des nasciturus gegeben sein. Das wird aber bei embryopathisch begründeten Abtreibungen bestritten, da die Unzumutbarkeit für die Mutter eindeutig an die Behinderung des Kindes anknüpfe.³⁵⁷ Eine Einbeziehung embryopathischer Fallkonstellationen ohne wirksame Einschränkung und Beschränkung der Bedeutung im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist tatsächlich angesichts Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht mehr haltbar. Allerdings ist trotz dieser Kritik ein völliges Ausklammern embryopathischer Parameter aus der Palette möglicher Ursachen vom Diskriminierungsverbot Behinderter weder gefordert noch überzeugend. Zum einen ist es ein gewichtiger und entscheidender Unterschied, dass nicht die Behinderung selbst, sondern die sich hieraus ergebende Belastung ihrerseits zu einer schwerwiegenden Gesundheitsgefahr für die Schwangere führen muss, aber, und das ist wichtig, gerade nicht automatisch führt. Notwendig ist damit dann eine enge Auslegung des geltenden § 218 a Abs. 2 StGB. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt hat nicht nur de lege lata, sondern auch tatsächlich, der Gesundheitszustand der betroffenen Frau zu sein. Dass die gesundheitlich drohende Beeinträchtigung in einer weiterführenden Kausalkette auf verschiedenen Ursachen beruhen kann, ist klar. Insofern können aber auch im Einzelfall die Belastungen, die für die Frau mit der bloßen Existenz eines nichtbehinderten Kindes verbunden sind, solcherart sein, dass sie zu einer schwerwiegenden

349. Vgl. dazu bereits die Ausführungen weiter oben in diesem Abschnitt. Allgemein zu den Voraussetzungen einer verbotenen mittelbaren Diskriminierung: Dreier – Heun, Art. 3 Abs. 3 RN 124; Huster, Seite 315; Rüfner, Friauf-FS, Seite 331 (336)

350. Recht bald wurde durch die Bundesregierung jedoch eine strenge Indikationsstellung vorausgesetzt. Vgl. dazu nur BT-Drs. 13 / 5364, Seite 8; BT-Drs. 15 / 1566, Seite 3

351. Vgl. dazu BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26

352. Beckmann, MedR 1998, Seite 155 (160)

353. Beckmann, MedR 1998, Seite 155 (160)

354. Beckmann, MedR 1998, Seite 155 (160); ähnlich auch Tröndle, NJW 1995, Seite 3009 (3015)

355. Vgl. dazu nur BVerfGE 85, Seite 191 (206); BVerfGE 96, Seite 288 (302)

356. Beckmann, MedR 1998, Seite 155 (160)

357. Beckmann, MedR 1998, Seite 155 (160); Tröndle, NJW 1995, Seite 3009 (3015)

Beeinträchtigung der mütterlichen Gesundheit führen.³⁵⁸ Ausschlaggebend sind dabei immer die Grundkonstitution und der Gesundheitszustand der Frau.

Sicherlich und insoweit sollte man die Augen nicht vor den Realitäten verschließen, sind es gerade Fälle, in denen eine Schädigung des Kindes diagnostiziert wurde, in denen der eigentlich bestehende Kinderwunsch erlischt.³⁵⁹ Eine Umgehung von und ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegen aber dann nicht vor, wenn maßgeblicher Anknüpfungspunkt nicht die Behinderung selbst, sondern die Belastung der Frau ist, die ihrerseits zu einer schwerwiegenden Gesundheitsgefahr für die Frau führen muss. Eine entscheidend differenziertere Betrachtungsweise, die, stringent befolgt, einen Automatismus - Schädigung des Kindes gleich Abtreibung - gerade ausschließt, da ausschlaggebender und entscheidender Bezugspunkt allein die Gesundheitsgefahr für die Frau ist. Denn dass die durch eine Schädigung des Kindes ausgelösten Belastungen der Frau zur Gefahr einer schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigung führen, ist gerade nicht der Regelfall.

Zum anderen würde ein Außerachtlassen jedweder embryopathischer Parameter dazu führen, dass die Frau, gerade weil sie ein schwerst behindertes oder geschädigtes Kind erwartet, dazu gezwungen wäre, dieses – um jeden Preis³⁶⁰ – auszutragen. Der ohne Frage aufgrund einer Schädigung hervorgerufene erhöhte Pflege- und Sorgeaufwand dürfte im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation keine Rolle spielen. Ob demnach ein entsprechender Aufwand trotz aller Unterstützung eine solche Belastung für die jeweils betroffene Frau bedeutet, dass eine schwere Gesundheitsbeeinträchtigung wahrscheinlich ist, wäre unerheblich. Entgegen den bei schwersten Behinderungen vorhandenen faktischen Auswirkungen auf die Lebenssituation der Frau und trotz einer sich aus diesen Belastungen im Einzelfall, aber gerade nicht automatisch, ergebenden schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigung dürfte die Frau gerade nicht abtreiben. Denn die letztlich durch die faktischen Auswirkungen der Schädigung des Kindes ausgelöste Gesundheitsgefahr dürfte, weil in einer weiterführenden Kausalkette auf einer Behinderung des nasciturus beruhend, trotz einer im Einzelfall durchaus möglichen erheblichen Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht berücksichtigt werden. In logischer Konsequenz würden auch pränataldiagnostische Verfahren selbst bei schwersten Schädigungen ihre Berechtigung verlieren. Denn gerade falls im Rahmen einer solchen vorgeburtlichen Untersuchung ein pathologischer Befund festgestellt würde, müsste der Frau mitgeteilt werden, dass dieser gerade zum Ausschluss jeglicher Indikation führt. Ein solches Vorgehen wäre schon im Hinblick auf die Psyche der Schwangeren nicht zu rechtfertigen.

Nach all dem erscheint es nicht sachgerecht zu sein, die Frau staatlich zu verpflichten, auch bei echter und ehrlich schwerwiegender Gesundheitsgefahr, das Kind auszutragen, wenn und weil diese Gefahr durch eine Behinderung des Kindes ausgelöst wird.³⁶¹

Wenn demnach eine grundsätzliche Mitberücksichtigung embryopathischer Parameter im Rahmen der Zumutbarkeitsentscheidung zulässig ist, wird deren Gewichtung durch die

358. Siehe dazu auch *Hofstätter*, Seite 75

359. So zutreffend *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (160)

360. Im Extremfall sogar ein aufgrund seiner Schädigung lebensunfähiges Kind.

361. Vgl. zum Ganzen auch *Hofstätter*, Seite 72 ff.

lebensschutzverstärkende Ausstrahlungswirkung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, die gerade und auch bei der Auslegung und Interpretation der medizinisch-sozialen Indikation besondere Berücksichtigung verlangt, doch entscheidend gebremst.³⁶² Sie führt zum einen zu einer stärkeren Betonung des geforderten Schweregrades der Gesundheitsbeeinträchtigungen der Frau und zum anderen zu einer Verschärfung der Anforderung an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Gesundheitsgefahr.³⁶³ Demzufolge ist eine gesundheitsgefährdende Belastung im Allgemeinen nur bei sicheren Anzeichen für eine extrem schwerwiegende und nicht therapierbare Schädigung des nascitrus denkbar. Dass das Vorliegen einer Behinderung des Kindes zu Belastungen führt, die das Niveau einer erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigung bei der Mutter erreichen, ist eben gerade nicht der Regelfall. In jedem Einzelfall ist exakt überprüfungsbedürftig, dass und ob die mit einer derartigen Schädigung des Kindes verbundenen Be- und Überlastungen der Frau tatsächlich zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung führen können.³⁶⁴ Ein Indikationsautomatismus, Schädigung des Kindes gleich Abtreibung, ist auszuschließen. Bei Beachtung dieser Ein- und Beschränkungen kann und wird mit der Neuregelung der medizinisch-sozialen Indikation nicht der gleiche Effekt erreicht, wie bei der embryopathischen Indikation in ihrer überkommenen Form, eine Umgehung des Anknüpfungsverbotes ist nicht gegeben, so dass keine gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbotene mittelbare Diskriminierung Behinderter vorliegt.

Auch wenn daher ein grundsätzliches Verbot der Einbeziehung jedweder kindlicher Schädigung und Beeinträchtigung³⁶⁵ im Rahmen einer medizinisch-sozialen Indikation auf den ersten Blick am ehesten mit dem speziellen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Einklang zu stehen scheint, kann die völlige Ausklammerung einer kindlichen Schädigung im Rahmen der Belastbarkeits- und Unzumutbarkeitsprüfung letztlich nicht überzeugen. Von einer Tötung allein der Behinderung wegen kann jedenfalls bei einer durch diese Prämissen beschränkten Interpretation des Indikationsrahmens der medizinisch-sozialen Indikation nicht die Rede sein.³⁶⁶

IV. Fazit

Angesichts des in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eingefügten speziellen Diskriminierungsverbots zugunsten Behinderter müssen folglich die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur (Spät)Abtreibung tatsächlich revidiert und ergänzt werden. Die eigenständige Regelung einer embryopathischen Indikation, wie sie vom Bundesverfassungsgericht in seiner 1993 ergangenen Abtreibungsentscheidung noch für zulässig erachtet wurde,³⁶⁷ ist als Verstoß gegen das unmittelbare Anknüpfungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verfassungsrechtlich nicht mehr haltbar. Aber auch die Berücksichtigung einer möglichen Behinderung des ungeborenen Kindes im Rahmen der Zumutbarkeitsentscheidung ist nur eingeschränkt gestattet. Insoweit kann zwar die Gesundheitsbeeinträchtigung im Rahmen einer medizinisch-sozialen Indikation in einer weiterführenden konkreten Kausalkette auch durch eine Schädigung des nascitrus verursacht

362. So auch die vermittelnde Ansicht. Vgl. dazu nur *Herdegen*, Seite 53; *Hofstätter*, Seite 76; *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 177

363. *Herdegen*, Seite 53; *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 177 mit FN 12

364. So auch *Herdegen*, Seite 53; *Hofstätter*, Seite 76; *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 177 mit FN 12

365. So ausdrücklich *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (160)

366. Vgl. dazu auch die Ausführungen über die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation unter § 3.B „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB“

367. *BVerfGE* 39, Seite 1 (49); *BVerfGE* 88, Seite 203 (257)

werden, die Gewichtung dieser embryopathischen Parameter bei der Feststellung einer Gesundheitsgefahr wird jedoch durch die lebensschutzverstärkende Ausstrahlungswirkung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG entscheidend gebremst. Ausschlaggebender und entscheidender Bezugspunkt hat die mütterliche Gesundheitsgefahr zu bleiben. Eine gesundheitsgefährdende Belastung für eine an sich gesunde Frau ist dementsprechend nur bei sicheren Anzeichen für eine extrem schwerwiegende und nicht therapierbare Schädigung des nascitrus überhaupt denkbar. Ob und inwiefern die mit einer derartigen Schädigung des Kindes verbundenen Be- und Überlastungen der Frau dann auch tatsächlich zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung führen können, ist dann jedoch in jedem Einzelfall exakt überprüfungsbedürftig. Eine Art Indikationsautomatismus, im Sinne einer abstrakten Kausalkette: Schädigung des Kindes gleich Abtreibung ist als Verstoß gegen das Verbot mittelbarer Diskriminierung Behindter keinesfalls statthaft.

C. Die wesentlichen, verfassunggerichtlichen und -rechtlichen Vorgaben

Auch wenn das Verfassungsrecht allein schon aufgrund seiner Abstraktheit keine ausdifferenzierte endgültige Lösung vorschreiben kann, setzt es doch einen Rahmen, der nicht unter- bzw. überschritten werden darf. Es kann sicherlich auch keine allgemeingültige, allseitig befriedigende Regelung des Schwangerschaftsabbruchs geben. Denn jede Regelung wäre und ist geprägt von Wertvorstellungen, denen die für eine Allgemeingültigkeit erforderliche Absolutheit fehlt.³⁶⁸ Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht mit seinen Abtreibungsurteilen bindende und für die Gesetzesnormierung und -auslegung wesentliche Prämissen aufgestellt, die insofern ein festes Schutzminimum für das ungeborene Leben vorschreiben. Zusammengefasst und aufs wesentliche beschränkt, sind insbesondere folgende, durch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG modifizierte, Aussagen des obersten Gerichts für die Interpretation der einfachgesetzlichen Regelungen zur Spätabtreibung mitentscheidend und prägend und im Sinne eines verfassungsrechtlich geforderten Schutzminimums zu beachten:³⁶⁹

Das ungeborene Kind genießt sowohl den Schutz aus Art. 1 Abs. 1 GG als auch aus Art. 2 Abs. 2 GG. Dabei steht ihm ein eigenes Lebensrecht von Anfang an und in vollem Umfang zu. Der sich daraus für den Staat ergebende Schutzauftrag für das Kind im Mutterleib muss mit den betroffenen Rechten der Frau, in Betracht kommen dabei insbesondere ihre Menschenwürde, ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht und ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in Konkordanz gebracht werden. Da und weil ein verhältnismäßiger Ausgleich beider Seiten jedoch nicht möglich ist, das Leben des nascitrus kann nicht nur teilweise oder für eine bestimmte Zeit beeinträchtigt werden, sondern wird, wenn es zurücktreten soll oder muss, vollständig vernichtet, ergibt sich eine klare Wertrangfolge: das Lebensrecht des nascitrus hat auch bei Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der schwangeren Frau grundsätzlich während der gesamten Dauer der Schwangerschaft den Vorrang. Der Schwangerschaftsabbruch ist demzufolge während der ganzen Zeit der Gravidität als Unrecht anzusehen. Er muss grundsätzlich verboten und strafbewehrt sein.

In Ausnahmefällen, die durch das Kriterium der Unzumutbarkeit der Übernahme der Pflichten, die für die Frau notwendigerweise mit dem Verbot der Tötung der Leibesfrucht verbunden sind, determiniert werden, kann die Rechtspflicht der Frau zum Austragen des Kindes entfallen und eine

368. So auch *Cramer*, ZRP 1992, Seite 136, 140; *Eser*, ZRP 1991, Seite 291 (291); *Lackner*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 1, Seite 13 (13 f.)

369. Ausführlich dazu, insbesondere auch mit kritischen Anmerkungen zu einigen Vorgaben und Aussagen, bereits unter § 2.A.II. „Die wesentlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts“

Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs im Einzelfall zulässig und gerechtfertigt³⁷⁰ sein. Das Vorliegen und tatsächliche Bestehen dieser Ausnahmekonstellationen muss dabei durch vertrauenswürdige Dritte, Ärzte, objektiv festgestellt werden und durch Gerichte überprüfbar sein. Verfassungsrechtlich möglich und zulässig sind Spätabtreibungen nur im Fall einer medizinischen Indikation, bei deren Indikationsfeststellung und -ausformung allerdings auch soziale und psychische Faktoren mitberücksichtigt werden können. Nach der Festschreibung eines Diskriminierungsverbotes zugunsten Behinderter in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist eine eigenständige Normierung einer embryopathischen Indikation verfassungsrechtlich nicht mehr zulässig. Die Berücksichtigung von embryopathischen Parametern bei der Indikationsfeststellung im Rahmen einer medizinischen Indikation ist zwar nicht per se ausgeschlossen, jedoch allgemein erheblich eingeschränkt. Insoweit kann zwar die Gesundheitsbeeinträchtigung im Rahmen einer medizinischen oder medizinisch-sozialen Indikation in einer weiterführenden Kausalkette auch durch die mit einer Schädigung des nasciturus verbundenen erhöhten Belastungen der Mutter verursacht werden. Ausschlaggebender und entscheidender Bezugspunkt hat im Rahmen einer medizinischen oder auch in einer medizinisch-sozialen Indikation jedoch immer die mütterliche Gesundheits- oder Lebensgefahr zu bleiben, deren Vorliegen im Einzelfall auch tatsächlich festgestellt werden muss.

Neben dem Strafrecht müssen auch andere Rechtsbereiche mit in den Schutz des ungeborenen Lebens einbezogen werden.

370. Zur Problematik der Rechtmäßigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen vgl. die Ausführungen unter § 2.A.II.2.c.dd(2) „Die Möglichkeit der Qualifikation der Ausnahmetatbestände als nicht-rechtswidrig“

§ 3. Die einfachgesetzliche Rechtslage im Hinblick auf die Spätabtreibung

Grundlage des geltenden Rechts über die Spätabtreibung sind die strafrechtlichen Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch, insbesondere die §§ 218, 218 a Abs. 2, Abs. 4; 218 b StGB aufgrund von Art. 13 SFHG i.d.F. von Art. 8 SFHÄndG vom 21.08.1995. Bei der Darstellung und systematischen Aufarbeitung der davon die Spätabtreibung betreffenden Regelungen muss immer eine verfassungskonforme Auslegung erfolgen, die die verfassungsrechtlichen Vorgaben, wie sie durch das Bundesverfassungsgericht in seinen beiden Entscheidungen konkretisiert und durch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG modifiziert wurden, berücksichtigt.

A. Späabtreibung als tatbestandlicher Schwangerschaftsabbruch

Die Späabtreibung stellt grundsätzlich einen Schwangerschaftsabbruch dar und unterfällt damit der Strafnorm des § 218 StGB.³⁷¹ Folglich erscheint es sinnvoll, zunächst den Tatbestand des § 218 StGB und seinen Regelungsbereich, soweit für die Späabtreibung relevant, zu skizzieren.

I. Das durch § 218 StGB geschützte Rechtsgut -Schutzgut; Tatobjekt

Die §§ 218 ff. StGB haben ihre gesetzesystematische Stellung im 16. Abschnitt des Strafgesetzbuches „Straftaten gegen das Leben“. Sie stellen damit einen Teilbereich des den umfassenden Schutz der menschlichen Existenz in seiner Gesamtheit bezweckenden Regelungsgeflechts des 16. Abschnitts des StGB dar. Geschütztes Rechtsgut³⁷² des § 218 StGB ist nach nahezu unbestrittener Ansicht das ungeborene menschliche Leben.³⁷³

Sicherlich ist das ungeborene Leben noch (mehr oder weniger) entwicklungsbedürftig. Dies führt aber nicht dazu, dass ihm ein anderer Wert, als dem bereits geborenen Leben beizumessen ist.³⁷⁴ Zwar ist die Verletzung des ungeborenen Lebens strafrechtlich weniger hoch bzw. abgestuft sanktioniert.³⁷⁵ Dies erklärt sich aber nicht aus einer unterschiedlichen Wertqualität, sondern zum einen aus dem notwendigen Ausgleich der objektiven Interessenkollision, in die Mutter und Fötus aufgrund ihrer „Zweiheit in der Einheit“ geraten können und zum anderen aus Rücksicht auf die subjektive Konfliktsituation der Schwangeren.³⁷⁶ Auch andere Straftatbestände sind darauf ausgerichtet, schwer auflösbare Konfliktsituationen über eine Modifikation der Strafandrohung

371. Zu den Einzelheiten sogleich.

372. Unter einem Rechtsgut versteht man als sozial wertvoll erkannte Rechtsgüter des Einzelnen oder der Gemeinschaft, die speziell unter dem besonderen Schutz des Strafrechts stehen; vgl. hierzu Sch/Sch – Lenckner / Eisele, Vor §§ 13 ff. RN 9

373. So u.a. BGHSt 28, Seite 11 (15); Lackner / Kühl – Kühl, § 218 RN 1; NK – Merkel, § 218 RN 7; Sch / Sch – Eser, Vorbem § 218 RN 9; T / F – Fischer, Vor §§ 218 – 219b RN 2; Wessels / Hettinger, BT 1, RN 223

374. Dem Geburtsvorgang wird keine lebenswertsteigernde Qualität beigegeben. So schon BVerfGE 39, Seite 1 (37)

375. Die Verwirklichung des § 218 Abs. 1 StGB (Schwangerschaftsabbruch) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, in einem besonders schweren Fall gem. § 218 Abs. 2 StGB mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Währenddessen werden die benachbarten Tötungsdelikte, u.a. § 212 Abs. 1 StGB (Totschlag) mit einer Strafdrohung von mindestens fünf Jahren und § 212 Abs. 2 StGB (Totschlag in einem besonders schweren Fall) mit lebenslanger Freiheitsstrafe, wesentlich härter geahndet. Hier liegt zweifellos eine rechtliche Abstufung vor.

376. Überwiegende Meinung; beispielhaft BVerfGE 39, Seite 1 (48); BVerfGE 88, Seite 203 (256); Otto, BT, § 13 RN 6; Sch / Sch – Eser, Vorbem §§ 218 ff. RN 9; kritisch insoweit jedoch Maurach / Schröder / Maiwald, BT 1, § 6 RN 9; T / F – Fischer, Vor §§ 218 – 219b RN 2 a

angemessen auszugleichen.³⁷⁷ Die grundsätzliche Gleichwertigkeit des ungeborenen und des geborenen Lebens setzt die ungleiche Gewichtung der Strafzumessung daher nicht außer Kraft. Wenn und weil eine solch grundsätzliche Gleichwertigkeit von Leben vor und nach der Geburt besteht, ist der Fötus³⁷⁸ unabhängig von seinem Entwicklungsstand als Träger eines eigenständigen, höchstpersönlichen und vom Leben und Schutzwollen der Mutter unabhängigen Rechtsguts anzuerkennen.³⁷⁹

Die sogenannte Frühphase der Schwangerschaft bis zur Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutter ist allerdings, wohl vor allem aus praktischen Nachweisbarkeitsmängeln,³⁸⁰ vom Schutzbereich ausdrücklich ausgenommen.³⁸¹

Neben dem ungeborenen Leben wird in § 218 StGB sekundär auch die Gesundheit, Schutz vor Schädigung durch Nichtärzte und die Entscheidungsfreiheit der Schwangeren, ihre Einwilligung ist Voraussetzung für die straffreie Vornahme der Abtreibung, geschützt.³⁸²

II. Systematischer Überblick

§ 218 Abs. 1 StGB normiert das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs. Dabei wird nicht ausdrücklich zwischen Selbstabbrüchen und Fremdabbrüchen unterschieden.³⁸³ Der Gesetzgeber gewährt jedoch der Betroffenen über § 218 Abs. 3 StGB bei Selbstvornahme des Abbruchs eine nicht unerhebliche Strafmilderung.³⁸⁴ Zudem wird gem. § 218 Abs. 4 StGB die Schwangere nicht wegen Versuchs bestraft. Eine Strafschärfung für besonders schwere Fälle ist in § 218 Abs. 2 StGB vorgesehen.

§ 218 a StGB enthält unterschiedlich ausgeformte Strafbefreiungsgründe. Gem. § 218 a Abs. 1 StGB ist für sogenannte „beratende Schwangerschaftsabbrüche“³⁸⁵ grundsätzlich Straffreiheit vorgesehen.³⁸⁶ Die medizinisch-soziale Indikation gem. § 218 a Abs. 2 StGB und die in § 218 a

377. So z.B. § 216 Abs. 1 StGB (Tötung auf Verlangen)

378. Geschützt ist der Fötus allerdings nur, wenn und solange er zum Zeitpunkt des Eingriffs noch lebt. Nicht um menschliches Leben handelt es sich bei der sog. Mole. Darunter versteht man ein krankhaft entartetes Ei, bei dem nur die Zellelemente weiterwachsen, ohne dass sich die Fruchtanlage des Keims entwickelt.; Vgl. dazu beispielhaft Hoffstätter, Schwangerschaftsabbruch, Seite 36; Otto, BT, § 13 RN 7

379. Überwiegende Meinung: beispielhaft Lackner / Kühl – Kühl, § 218 RN 1; Otto, BT, § 13 RN 6; Sch / Sch – Eser, Vorbem § 218 ff. RN 9; Wessels / Hettinger, BT 1, RN 223 je m.w.N; so auch deutlich BVerfGE 88, Seite 203 (252, 254)

380. So jedenfalls Lackner / Kühl – Kühl, § 218 RN 8; Sch / Sch – Eser, Vorbem § 218 ff. RN 35

381. § 218 Abs. 1 S. 2 StGB

382. Ob es sich insoweit nur um einen Schutzreflex (so u.a. Otto, BT, § 13 RN 6; Wessels / Hettinger, BT 1, RN 224) oder um selbständige mitgeschützte Rechtsgüter (so NK – Merkel, § 218 RN 7; Sch / Sch – Eser, Vorbem § 218 ff. RN 12;) handelt, ist eine im wesentlichen rechtstheoretische Frage, deren Beantwortung von Inhalt und Grenzen des umstrittenden Rechtsgutsbegriffs abhängt und hier nicht weiter vertieft werden soll.

383. Vgl. stellvertretend Sch / Sch – Eser, § 218 RN 1; T / F – Fischer, § 218 RN 5 ff.

384. Der Selbstabbruch kann mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe geahndet werden.

385. Dieser beratende Schwangerschaftsabbruch ist innerhalb von 12 Wochen nach der Empfängnis möglich.

386. Welcher Rechtsnatur dieser Tatbestandsausschluß ist, ob es sich also um einen „normalen Tatbestandsausschluß“, einen „Tatbestandsausschluß unter Mißbilligung der Handlung als rechtswidrig“ bzw. einem „Tatbestandsausschluß mit rechtlicher Ambivalenz“ handelt, ist problematisch, muss hier aber unerörtert bleiben. Vgl. dazu die Zusammenfassung bei Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 13 – 18.

Abs. 3 StGB normierte kriminologische Indikation stellen dagegen de lege lata Rechtfertigungsgründe dar. Schließlich enthält § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB einen Strafausschließungsgrund für die Schwangere. Sofern der Abbruch durch einen Mediziner nach ordnungsgemäßer Beratung innerhalb der ersten 22 Schwangerschaftswochen erfolgt ist, erlangt die Schwangere volle Straffreiheit. In § 218 Abs. 4 S. 2 StGB eröffnet das Gesetz die Möglichkeit, von Strafe für die Schwangere abzusehen, ohne dass die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 oder Abs. 4 S. 1 StGB erfüllt sind, wenn diese sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrägnis befunden hat.

Der insoweit subsidiäre § 218 b StGB³⁸⁷ soll die ordnungsgemäße ärztliche Indikationsstellung gewährleisten. § 218 c StGB sanktioniert ärztliche Pflichtverletzungen beim Schwangerschaftsabbruch, u.a. Verstöße gegen die Darlegungs-, Beratungs- und Vergewisserungspflichten des Arztes entsprechend den verfassungsgerichtlichen Vorgaben. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in den §§ 219 a³⁸⁸ und 219 b³⁸⁹ StGB unterschiedliche Anstiftungs- und Beihilfehandlungen im Vorbereitungsstadium zum Schwangerschaftsabbruch als abstrakte Gefährdungsdelikte unter Strafe gestellt.

Zusammenfassend lässt sich damit konstatieren, dass es vom grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs mehrere in § 218 a StGB normierte Ausnahmen gibt. Zudem wird die Schwangere in vierfacher Weise privilegiert: Durch das Herabsetzen des Strafrahmens in § 218 Abs. 3 StGB, durch die Erlangung voller Straffreiheit unter den Voraussetzungen des § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB, ferner durch die Straffreiheit des Versuchs gem. § 218 Abs. 4 S. 2 StGB und schließlich durch die in § 218 a Abs. 4 S. 2 StGB normierte Möglichkeit des Absehens von Strafe bei besonderer Bedrägnis der Schwangeren. Daneben bleibt anzumerken, dass sich eine mögliche Strafbarkeit des Arztes nach seiner Funktion und Beteiligung am Schwangerschaftsabbruch richtet. Die §§ 218, 218 a sowie die §§ 218 b Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und 218 c Abs. 1 Nr. 1 – 3 StGB erfassen den abbrechenden Arzt, § 218 b Abs. 1 S. 2 StGB den die Indikation erstellenden Arzt und schließlich § 218 c Abs. 1 Nr. 4 StGB den beratenden Arzt.

III. Geltungsbereich der §§ 218 ff. StGB

§ 218 Abs. 1 StGB setzt den Abbruch einer Schwangerschaft voraus, d.h. die Schwangerschaft darf noch nicht beendet sein.

Üblicherweise wurde die gesetzliche Formulierung³⁹⁰ aus § 217 Abs. 1 StGB³⁹¹ Kindstötung als entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen tatbestandsmäßiger Einwirkung im Sinne von § 218 Abs. 1 S. 1 StGB und deliktisch relevanter Handlung im Hinblick auf Tötungsdelikte, §§ 211 ff. StGB, und / oder Körperverletzungsdelikte, §§ 223 ff. StGB, herangezogen.³⁹² Durch diesen wurden entsprechende Einwirkungen auf den Fötus durch die Mutter in der Geburt bereits

387. Schwangerschaftsabbruch ohne ärztliche (Indikations)Feststellung; unrichtige ärztliche Feststellung

388. Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft

389. Inverkehrbringen von Mitteln zum Abbruch der Schwangerschaft

390. „Eine Mutter, welche ihr ... Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird ... bestraft“

391. Vorschrift aufgehoben durch das 6. StrRG vom 26.01.1998 – BGBl I 1998, Seite 164 (174)

392. Vgl. dazu nur BGHSt 31, 348 (351); BGHSt 32, Seite 194 (194 f.); OLG Karlsruhe, NStZ 1985, Seite 314 (315); Sch / Sch – Eser, 25. Aufl., § 218 RN 40; Ulsenheimer, Seite 244

als Tötungsdelikte klassifiziert. Der Zeitpunkt des „Beginns der Geburt“ markierte demnach die entscheidende Zäsur zwischen dem Anwendungsbereich der §§ 218 ff. StGB und den Tötungs- bzw. Körperverletzungsdelikten. Der Geburtsbeginn wurde dabei medizinisch durch das Einsetzen der jeweiligen Eröffnungswehen bestimmt. Dabei war der tatsächliche Beginn dieser Wehen entscheidend, gleichgültig, ob diese auf natürliche Art und Weise eintraten oder künstlich hervorgerufen wurden,³⁹³ wobei bei atypischem Geburtsverlauf auch der terminnahe Blasensprung den Beginn der Geburt markieren konnte. Bei operativer Entbindung war dagegen der die Eröffnungsperiode ersetzende Eingriff, in der Regel das Öffnen des Uterus,³⁹⁴ maßgeblich.³⁹⁵ Folglich eröffneten Verletzungshandlungen, die sich erst ab Beginn der Eröffnungswehen³⁹⁶ auswirkten, den Anwendungsbereich der §§ 223 ff StGB und / oder §§ 211 ff. StGB. Während ein strafrechtsbewehrter Abbruch der Schwangerschaft gem. § 218 Abs. 1 S. 1 StGB einen Eingriff voraussetzte, der sich vor Beginn der Eröffnungswehen auswirkte. Dabei kam es nicht auf den Zeitpunkt des Tötungserfolges, sondern vielmehr auf den Auswirkungsbeginn³⁹⁷ der Tathandlung an. Dementsprechend konnten die Strafbefreiungsgründe des § 218 a StGB nur vor Beginn der Geburt durchgreifen, während nach Einsetzen der Eröffnungswehen kein Raum mehr für die Anwendung des § 218 a StGB blieb. Durch das 6. StrRG ist mit der Streichung des § 217 Abs. 1 StGB zwar das positiv rechtlich normierte Abgrenzungskriterium weggefallen, ohne dass damit aber eine Änderung der Grenzziehung zwischen den Tötungsdelikten und der Abtreibung beabsichtigt war.³⁹⁸ Wenn keine zwingenden Gründe ersichtlich sind, ist auch ohne ein gesetzlich vorgegebenes Abgrenzungskriterium weiterhin von den oben dargestellten Grundsätzen auszugehen.³⁹⁹ Zumal das noch ungeborene Kind gerade in der besonders gefahrenträchtigen Zone des Geburtsvorgangs wie der geborene Mensch des erhöhten Schutzes gegen vorsätzliche Verletzungen der körperlichen Integrität, aber auch gegen fahrlässig herbeigeführte Schädigungen an Leib oder Leben, bedarf.⁴⁰⁰ Insofern sperrt sich das Merkmal Schwangerschaft in § 218

393. BGHSt 32, Seite 194 (196 f.); OLG Karlsruhe, NStZ 1985, Seite 314 (315)

394. Beispielhaft *Otto*, BT, § 2 RN 5; a.A., zumindest für die abdominale Schnittentbindung, *Lüttger*, Heinitz-FS, Seite 359 (365 f.), der den Beginn der Geburt schon in der Öffnung der Bauchdecke zum Zweck der Schnittentbindung sieht; Gegen diese Ansicht spricht aber schon, dass die Öffnung der Bauchdecke objektiv verschiedenen Zwecken dienen, die innere Zielvorstellung des Arztes aber nicht den Beginn eines Lebens ausmachen kann.

395. Überwiegende Meinung auch heute noch: beispielhaft Lackner / Kühl – *Kühl*, Vor § 211 RN 3; LK – *Jähnke*, Vor. § 211 RN 3; *Otto*, BT, § 2 RN 5; Sch / Sch – *Eser*, Vorbem §§ 211 ff. RN 13; T / F – *Fischer*, Vor §§ 211 - 216 RN 2 je m.w.N

396. Stellten im Einzelfall der Blasensprung oder die Öffnung des Uterus den Beginn der Geburt dar, war natürlich bzgl. einer Abgrenzung der Körperverletzungs- und / oder Tötungsdelikte vom Schwangerschaftsabbruch, auf den Beginn dieser Ereignisse abzustellen. Insofern gelten diese Ausführungen entsprechend.

397. BGHSt 31, Seite 348 (352); Sch / Sch – *Eser*, 25. Aufl., § 218 RN 40

398. So *Gropp*, GA 2000, Seite 1 (14); Sch / Sch – *Eser*, Vorbem § 211 RN 13. Bei Aufhebung des § 217 I StGB scheint es dem Gesetzgeber vielmehr nicht bewußt gewesen zu sein, dass er insofern auch die Grenzziehung zwischen den Tötungsdelikten und der Abtreibung tangierte. Vgl. BT-Drs. 13 / 8587, Seite 34, 81

399. Ähnlich Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 RN 3 und *Küper*, GA 2001, Seite 515 (532 ff.), die darauf hinweisen, dass nach der Wortbedeutung des in den §§ 218 ff. StGB verwendeten Begriffs Schwangerschaft, ein Ende der Schwangerschaft mit den Geburtswehen als ohne weiteres vereinbar anzusehen und zudem gewohnheitsrechtlich legitimiert sei. A.A. jeweils *Herzberg*, Geilen - FS, Seite 39 (39 ff.); NK - *Merkel*, § 218 RN 33 ff., *Wirth*, Seite 42 ff., die erst mit Vollendung der Geburt die „Mensch“-Werdung i.S.d. §§ 211 ff., §§ 223 ff. annehmen, jedoch dadurch das Kind schutzlos gegenüber Verletzungen der körperlichen Integrität und fahrlässiger Tötung im besonders sensiblen Bereich des Geburtsvorgangs stellen und ohne Not eine Strafbarkeitslücke eröffnen.

400. *Küper*, GA 2001, Seite 515 (536); Sch / Sch – *Eser*, Vorbem § 211 RN 13

Abs. 1 StGB seiner sprachlichen Bedeutung nach auch nicht gegen eine restriktive Auslegung, die seine zeitliche Grenze nach wie vor mit dem Beginn der Eröffnungswehen zieht.⁴⁰¹ Ab der Geburt greifen daher die Tötungs- und Körperverletzungsdelikte.

*Lüttger*⁴⁰² sowie weitergehender *Gerchow / Schewe*⁴⁰³ problematisieren allerdings nicht grundlos die Grenzziehung von Leibesfrucht und Mensch durch den tatsächlichen Geburtsbeginn. Es sei nicht angemessen, auch bei der Ausstoßung unreifer Feten, deren Überlebenschance aufgrund der Unreife gering sind oder bei denen gar keine Überlebenschancen bestehen, eine Veränderung der Objektsqualität allein durch die Geburt anzunehmen. Ein Prozess, der gänzlich unabhängig vom eigentlichen Schutzobjekt, entweder durch den mütterlichen Organismus oder durch extern intensiv-medizinischen Einfluss bestimmt werde, könne nicht das maßgebliche Abgrenzungskriterium sein. Die Geburt als solche bedeute keine Steigerung des „Lebenswertes“. Vielmehr sei für eine sachgerechte Grenzziehung auf den Reifegrad des Nasciturus abzustellen. Ob einer Leibesfrucht Menschqualität im strafrechtlichen Sinne beizumessen sei oder nicht, müsse damit letztlich auf Grund einer rechtlich-sozialen Wertung der biologischen Qualitäten der Leibesfrucht selbst entschieden werden.⁴⁰⁴

Auch wenn man dem Kritikansatz eine gewisse Plausibilität nicht absprechen kann, ist eine dementsprechende Vorgehensweise zumindest zum jetzigen Zeitpunkt weder tatsächlich praktikabel noch rechtlich verantwortbar. Zum einen ist es juristisch noch nahezu ungeklärt, bis zu welchem Zeitpunkt von einer wie oben von *Lüttger* und *Gerchow / Schewe* vorausgesetzten Unreife auszugehen ist. Zum anderen kann der strafrechtliche Lebensschutz angesichts der Lebensgarantie des Art. 2 Abs. 2 GG weder von der physischen Lebensfähigkeit und insbesondere Lebenserwartung, geschweige denn von einer sozialen Funktionsfähigkeit oder gesellschaftlichen Wertschätzung abhängig gemacht werden.⁴⁰⁵ Zu bedenken ist aber vor allem, dass die Einführung einer solchen unteren Grenze des rechtlichen „Mensch“-Status auch für geborene Individuen eine so weitreichende Änderung der Rechtslage wäre, dass diese und ihre Folgeprobleme, wie die Frage des strafrechtlichen Schutzes⁴⁰⁶ des extrem unreifen, geborenen Fötus, nur vom Gesetzgeber vorgenommen werden kann.⁴⁰⁷ Insbesondere sollte auch nicht verkannt werden, dass die psychische Hemmschwelle für eine Tötung nach Beendigung des eigentlichen Geburtsvorganges gesonderter Berücksichtigung bedarf.⁴⁰⁸

401. *Küper*, GA 2001, Seite 515 (534 ff.)

402. *Lüttger*, Heinitz-FS, Seite 359 (371); JR 1971, Seite 133 (136)

403. *Gerchow / Grewe*, Beiträge 27 (1970), Seite 61 (63 ff.)

404. *Gerchow / Grewe*, Beiträge 27 (1970), Seite 61 (63 ff.); *Lüttger*, Heinitz-FS, Seite 359 (371); JR 1971, Seite 133 (136)

405. Vgl. dazu auch Sch / Sch – Eser, Vorbem §§ 211 ff. RN 14

406. Nach *Lüttger* und *Gerchow / Schewe* sollen bei extrem unreifen, geborenen Individuen die Tötungs- und Körperverletzungsdelikte gerade nicht zur Anwendung kommen. Aber auch § 218 StGB greift schon mangels Schwangerschaft bei einem Neugeborenen, egal wie „unreif“ er sein mag, nicht mehr. Auch die Anwendung des Embryonenschutzgesetzes scheidet aus. Es kann aber nicht sein, dass das geborene Individuum unterhalb der zeitlichen Lebensschutz - Schwelle völlig ohne strafrechtlichen Schutz ist.

407. So auch *Merkel*, Seite 110

408. So zumindest bei aktiver Tötung die sog. Hemmschwellentheorie – Vgl. *BGH*, NJW 1992, Seite 583; StV 1993, 307 (307)

Anders ist dagegen der Kritikansatz von *Gropp*.⁴⁰⁹ Dieser will das Menschsein i.S.d. Tötungs- und Körperverletzungsdelikte nicht erst an den Beginn der Geburt, sondern bereits an die extrauterine Lebensfähigkeit des Ungeborenen knüpfen. Zum einen sieht er in der Geburt keinen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung von extrauterin-lebensfähigem Fötus und gerade geborenem Kind und insofern eine verfassungsrechtlich bedenkliche Schieflage, zum anderen wäre das Ungeborene besser vor Körperverletzungen und fahrlässiger Tötung, z.B. während der Pränataldiagnostik oder -therapie, geschützt.⁴¹⁰ Dagegen spricht aber zumindest die Gesetzessystematik. Denn dann wäre die fahrlässige Tötung sowie die vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzung des Fötus in jedem Fall⁴¹¹ und durch jeden strafbar. Das würde auch und insbesondere der Schwangeren in den letzten Wochen der Schwangerschaft unzumutbare Sorgfaltspflichten auferlegen und ihre Lebensführung in unerträglicher Weise einschränken.⁴¹² Auch wenn diese Ansicht einige interessante und überlegenswerte Ansätze enthält, kann sie im Moment (noch) nicht zu einer anderen Abgrenzung von Schwangerschaftsabbruch und Tötungs- bzw. Körperverletzungsdelikten führen. Entscheidendes Abgrenzungskriterium bleibt weiterhin der Beginn der Geburt, der bei normalem Geburtsverlauf grundsätzlich durch das Einsetzen der Eröffnungswehen determiniert wird.

Ab der Geburt ist der verantwortliche Mediziner daher in konsequenter Anwendung und Auslegung der strafrechtlichen Vorschriften zum einen bei unsachgemäßen Manipulationen in der Geburt aus Körperverletzungs- und Tötungsdelikten strafbar, zum anderen als Garant gegenüber dem Kind grundsätzlich nicht mehr befugt, möglicherweise lebensrettende oder lebensverlängernde Maßnahmen zu unterlassen bzw. einzustellen. Der die Spätabtreibung im Einzelfall erlaubende § 218 a Abs. 2 StGB wirkt jedenfalls mit Geburtsbeginn als Rechtfertigungsgrund nicht weiter.⁴¹³

IV. Tatobjekt bei Schwangerschaftsabbruch und Spätabtreibung

Im Gegensatz zum Rechtsgut als einem vergeistigten ideellen Wert, ist das Tat- oder auch Handlungsobjekt der konkrete „Gegenstand“, der Objekt der Täterhandlung ist.⁴¹⁴ Obwohl die Umschreibung der gesetzlichen Voraussetzungen dies nicht ohne weiteres erkennen lässt,

wird hierunter bei § 218 StGB eine lebendige Frucht im Mutterleib⁴¹⁵ verstanden.⁴¹⁶ Dabei kommt es auf die Art und Weise der Zeugung oder die Entwicklungsstufe des Embryos nicht an, so dass auch eine Insemination⁴¹⁷ oder eine Vergewaltigung taugliche Angriffsobjekte zur Folge haben.⁴¹⁸

409. *Gropp*, GA 2000, Seite 1 (6 ff.)

410. *Gropp*, GA 2000, Seite 1 (8 ff.)

411. Sofern die Strafbarkeitsvoraussetzungen der jeweils in Betracht kommenden Delikte verwirklicht sind.

412. Dieses Problem ist auch *Gropp* bewußt. Ohne eine Gesetzesänderung, die u.a. die Strafbarkeit der Schwangeren ausschließt, ist seine Ansicht nicht praktikabel. Letztlich will *Gropp* daher seine Ausführungen auch nur als Denkanstoß und Diskussionseröffnung verstanden wissen; *Gropp*, GA 2000, Seite 1 (17 f.).

413. Ausführlich dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.A „Die Ausgangslage: Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburt nach erlaubter Abtreibung“

414. Baumann / Weber / Mitsch - *Weber*, AT, § 3 RN 18

415. Nicht erfasst werden demgemäß Extrauterinschwangerschaften (also u.a. Bauchhöhlen- und Eileiterschwangerschaften – vgl. insofern nur den Wortlaut des § 218 Abs. 1 S. 2 StGB, der eine Einnistung in die Gebärmutter voraussetzt) – sowie Abortiveier, bei denen die Embryonalanlage fehlt, oder sog. Molen, bei denen die Embryonalanlage entweder a priori nicht entwicklungsfähig ist oder frühzeitig zu grunde geht; Vgl. beispielhaft LK – Kröger, § 218 RN 3 f.; Otto, Jura 1996, Seite 135 (140); Sch / Sch – Eser, § 218 RN 7; T / F – Fischer, § 218 RN 3 f.. Dass damit auch grundsätzlich die anenzephale Leibesfrucht taugliches Tatobjekt ist,

Allerdings ist das Leben im Mutterleib strafrechtlich nicht in jeder Entwicklungsphase geschützt, sondern, wie aus § 218 Abs. 1 S. 1 StGB zu entnehmen ist, erst mit Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter.⁴¹⁹ Letzteres ist natürlich bei den erst nach der 12. Schwangerschaftswoche erfolgenden Spätabtreibungen immer der Fall.⁴²⁰

V. Tathandlung, Taterfolg bei Schwangerschaftsabbruch und Spätabtreibung

1. Regelfall

Tathandlung ist – trotz der immer wieder als missverständlich bezeichneten Umschreibung⁴²¹ „Abbruch der Schwangerschaft“ – das Abtöten der Leibesfrucht.⁴²² Auf welche Art und Weise der Tod der Leibesfrucht bewirkt wird, ist dabei unerheblich. In Betracht kommen sowohl unmittelbare Einwirkungen auf den Fötus,⁴²³ als auch Einwirkungen auf die Schwangere, die mittelbar zum Absterben des Embryos führen.^{424, 425}

Da der Eingriff / Abbruch eine gegen die Leibesfrucht als geschütztem Rechtsgut⁴²⁶ gerichtete Handlung darstellen muss, reicht für die Vollendung des § 218 StGB nicht schon die Beendigung der Schwangerschaft durch vorzeitige Herbeiführung der Geburt aus, vielmehr muss als Taterfolg noch der Tod der Leibesfrucht, egal ob schon im oder erst außerhalb des Mutterleibes, hinzukommen.⁴²⁷

jedenfalls sofern noch funktionsfähige Hirnstammstrukturen bestehen, begründet *Gescher* (*Gescher*, Seite 37 ff.) ausführlich und überzeugend.

- 416. Herrschende Meinung: Vgl. nur RGSt 8, Seite 198 (204); Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 RN 2 ff.f.; LK – *Kröger*, § 218 RN 2 ff.; NK – *Merkel*, § 218 RN 10 ff.; Otto, Jura 1996, Seite 135 (140); Sch / Sch – *Eser*, § 218 RN 4 ff.; T / F – *Fischer*, § 218 RN 3 f.
- 417. Künstliche Befruchtung
- 418. Vgl. Sch / Sch – *Eser*, § 218 RN 7; T / F – *Fischer*, § 218 RN 3
- 419. Vgl. dazu nur NK – *Merkel*, § 218 RN 13; außerhalb des Mutterleibes ist ein früher Schutz durch das „Gesetz zum Schutz von Embryonen“ jedoch möglich.
- 420. Der tatsächliche Nidationszeitpunkt ist schwer zu bestimmen. In der Regel ist jedoch die Nidation mit Ablauf des 12. Tages nach der Empfängnis abgeschlossen.; *Schuhmann / Stolz*, Funktionelle Morphologie, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV. Seite 13 (13)
- 421. Vgl. nur *Hoffstätter*, Schwangerschaftsabbruch, Seite 40; LK – *Kröger*, § 218 RN 6; Otto, Jura 1996, Seite 135 (140); T / F – *Fischer*, § 218 RN 2; *Wessels / Hettinger*, BT 1, RN 226
- 422. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 RN 3; LK – *Kröger*, § 218 RN 6; Otto, Jura 1996, Seite 135 (140); Sch / Sch – *Eser*, § 218 RN 19; T / F – *Fischer*, § 218 RN 2; *Wessels / Hettinger*, BT 1, RN 225
- 423. Wie etwa das Absaugen (Vakuumaspiration), Ausschaben der Gebärmutter (Kürrelage), die Verwendung sonstiger mechanischer Werkzeuge bzw. chemischer, medikamentöser (z.B. Prostaglandinanwendung, Antigestagene oder intrakardinale Injektion von Herzgiften), thermischer oder elektrischer Mittel
- 424. Wie z.B. die einer Schwangeren verabreichten oder von ihr eingenommenen Medikamente oder Drogen, sofern sie (auch) zur Vernichtung des Embryos geeignet sind.
- 425. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 RN 4; NK – *Merkel*, § 218 RN 88; Sch / Sch – *Eser*, § 218 RN 20; T / F – *Fischer*, § 218 RN 5
- 426. Vgl. dazu genauer oben unter B.I.1. „Geschütztes Rechtsgut“
- 427. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 RN 4; NK – *Merkel*, § 218 RN 46; Otto, Jura 1996, Seite 135 (140); Sch / Sch – *Eser*, § 218 RN 22; T / F – *Fischer*, § 218 RN 5

Dabei soll nach einer vermeintlich dem Bundesgerichtshof folgenden Ansicht⁴²⁸ die Verwirklichung des § 218 StGB für den Fall, dass der Tod der Leibesfrucht erst außerhalb des Mutterleibes eintritt, darauf beschränkt sein, dass die Todesursache in der mangelnden Ausreifung des Kindes liegt. Jedoch ist zum einen in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes niemals expressiv verbis ausgesprochen, dass nur beim Vorliegen des genannten Kriteriums § 218 StGB erfüllt sein könne. Vielmehr spricht der Bundesgerichtshof davon, dass der „Tatbestand... nicht dadurch ausgeschlossen (wird), dass der Eingriff zur Geburt eines (...) lebensunfähigen Föten (führt)“⁴²⁹; das bedeutet aber gerade nicht, dass der erst außerhalb des Mutterleibes eintretende Tod des Fötus nur aufgrund seiner Unreife, sondern auch aufgrund der Unreife des Fötus erfolgen und damit tatbestandsmäßig sein kann. Zum anderen verlangt § 218 StGB, der nach einhelliger Ansicht als Erfolgsdelikt zu verstehen ist⁴³⁰, wenn er vom Abbruch der Schwangerschaft spricht, nur, dass der Abbruch für den Tod des Kindes ursächlich ist. Ob das Kind extrauterin lebensunfähig oder zwar an sich genügend entwickelt ist, aber an einer Vorschädigung oder an Schäden, die durch die Aborthandlung an sich begründet wurden, stirbt, ist damit unerheblich. Der Ursachenzusammenhang ergibt sich in diesen Fällen jeweils aus dem vom Täter bestimmten konkreten Todeszeitpunkt.⁴³¹ Die von *Wessels / Hettinger* und *Tröndle* vertretene Ansicht⁴³² stellt damit letztlich eine nicht gerechtfertigte Einschränkung des Tatbestandes dar. Entscheidend ist damit, dass der Fötus den Tod infolge des Abbruchs oder sogar in direkter Folge des Eingriffs findet.⁴³³ Insofern kann die Tathandlung statt mit „Abtöten der Leibesfrucht“ genauer beschrieben werden als ein Eingriff, mit dem vor Beginn der Geburt auf den Fötus eingewirkt wird und durch den der Tod des Nasciturus – entweder schon im Mutterleib oder nach der Geburt als unmittelbare Folge des Eingriffs – herbeigeführt wird.⁴³⁴

- 428. T / F – *Tröndle*, (49. Aufl.), § 218 RN 5; *Wessels / Hettinger*, BT 1, RN 226 mit auf den BGH verweisenden Nachweisen
- 429. *BGHSt* 10, Seite 5 (5); Vgl. auch *BGH MDR* 1953, Seite 597 (597); *BGH NJW* 1957, Seite 191 (191); *BGHSt* 10, Seite 291 (293); 13, Seite 21 (24); 31, Seite 348 (352)
- 430. Vgl. dazu nur *BGH NJW* 2002, Seite 2636 (2639); *Arzt / Weber*, BT, Seite 119; *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 RN 4; *LK – Kröger*, § 218 RN 6; *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (140); *Sch / Sch – Eser*, § 218 RN 19; T / F – *Fischer*, § 218 RN 5; *Wessels / Hettinger*, BT 1, RN 225
- 431. Vgl. nur *Gropp*, Schwangerschaftsabbruch, Seite 19 f.; *LK – Kröger*, § 218 RN 9
- 432. Allerdings scheint insbesondere auch vielen Frauenärzten nicht bewußt zu sein, dass auch die medizinisch indizierte Geburtseinleitung objektiv einen Schwangerschaftsabbruch darstellt. Dies wird zum Beispiel aus der Darstellung der ethischen Bedenken beim Schwangerschaftsabbruch von *Schneider / Beller*, in: *Schneider / Husslein / Schneider* (Hrsg.), Seite 51 (53 f.), deutlich. Insofern sehr treffend *Weise*, Frauenarzt 1997, Seite 1218 (1219), der anmerkt, dass aufgrund der unter Gynäkologen üblichen Bezeichnung der vorzeitigen Schwangerschaftsbeendigung bei Lebensfähigkeit des Kindes als vorzeitige Geburtseinleitung auch vielen Frauenärzten nicht mehr bewußt sei, dass es sich dabei in der Regel um medizinisch indizierte Schwangerschaftsabbrüche handele.
- 433. Streitig ist, ob und inwiefern ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Geburt und Todeseintritt zu fordern ist und wie lange ein solcher enger zeitlicher Zusammenhang angenommen werden kann. (Für eine solche Begrenzung die herrschende Meinung: *BGHSt* 10, Seite 5 (5), 13, Seite 21 (24); 31, Seite 348 (352); *Arzt / Weber*, BT, Seite 119; *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 RN 4; *LK – Kröger*, § 218 RN 15; ähnlich auch *Gropp*, Schwangerschaftsabbruch, Seite 21; gegen eine Begrenzung u.a. *Sch / Sch – Eser*, § 218 RN 23. Dieser Streit kann hier nicht weiter vertieft werden. Es sei aber so viel angemerkt: Ein gewisser zeitlicher Zusammenhang erscheint notwendig. Zumindest solche Fälle, in denen der Tod des Kindes erst Jahre nach dem Abbruch eintritt, müssen ausscheiden. Hier liegt dann in der Regel schon eine wesentliche Abweichung vom Kausalverlauf vor.)
- 434. So auch *NK – Merkel*, § 218 RN 51

Maßgeblich für § 218 StGB als Erfolgsdelikt ist folglich, dass durch den Eingriff das Kind nicht nur geschädigt, sondern in seiner Lebensfähigkeit zerstört wird.⁴³⁵

2. Problemfall – die sogenannte künstliche Geburtseinleitung

Ein Taterfolg soll nach verbreiteter Ansicht⁴³⁶ allerdings auch in den Fällen nicht gegeben sein, in denen durch einen Eingriff im letzten Schwangerschaftstrimester die Geburt eines vermeintlich bereits lebensfähigen Kindes herbeigeführt werden soll, dieses aber bereits tot geboren wird oder in so schwachem Zustand zur Welt kommt, dass es stirbt. Hier liege gerade kein Abbruch, sondern eine bestimmungsgemäße Beendigung der Schwangerschaft vor. Es fehle zudem an der gegen die Leibesfrucht gerichteten feindlichen Tendenz.⁴³⁷

Zweifelhaft erscheint jedoch, ob es rechtlich richtig ist, die künstliche Einleitung der Geburt von vornherein von den Fällen der Spätabtreibung und damit des zumindest objektiv tatbeständlichen Schwangerschaftsabbruchs auszunehmen. Sicherlich liegt in der Regel bei dieser Fallgestaltung letztlich tatsächlich kein tatbestandsmäßiger oder jedenfalls strafbarer Schwangerschaftsabbruch vor. Es fehlt jedoch nicht am tatbestandsmäßigen Handeln oder am Taterfolg, sofern und falls eine nach den allgemeinen Grundsätzen zurechenbare Lebensverkürzung des Kindes erfolgt ist.⁴³⁸ Die Eingriffshandlung an sich, ist sie nun als Abbruch oder Beendigung, i.S.v. bestimmungsgemäßer Beendigung, gedacht, kann nahezu gleich sein, führt jedenfalls in beiden Fällen zum Ende der Schwangerschaft und ist zudem auch kausal zurechenbar für den möglicherweise eintretenden Tod des Kindes. Die objektive Zurechnung kann in diesen Fällen auch nicht mit dem Kriterium der Risikoverringerung abgelehnt werden, da der Arzt insofern nicht eine bestehende Gefahr⁴³⁹ abschwächt, sondern ein Risiko durch ein anderes Risiko ersetzt.⁴⁴⁰ Zudem meint Abbruch und Beendigung dasselbe und kann nicht als formales Abgrenzungskriterium zwischen einer Strafbarkeit gem. § 218 StGB und einer straflosen Einleitung der Geburt verwendet werden, wie die oben zitierte Ansicht meint. Darüber hinaus weist allein schon der Begriff „bestimmungsgemäße“ Beendigung der Schwangerschaft darauf hin, dass Unterscheidungskriterium auch und vor allem die Intention, der Vorsatz ist.⁴⁴¹

Auch die von einigen Autoren⁴⁴² verlangte, gegen die Leibesfrucht gerichtete feindliche Tendenz der Handlung ist ein subjektives Element⁴⁴³ und kann und wird bei der Frage des Vorsatzes und nur

435. Eser, Schwangerschaftsabbruch, in: Eser, Hirsch (Hrsg.), Seite 105, 108

436. Beispielhaft Lackner, Neuregelung, NJW 1976, Seite 1233 (1235); LK – Jähnke, 10. Aufl., § 218 RN 6; NK – Merkel, § 218 RN 86 f.; Sch / Sch – Eser, § 218 RN 19; ähnlich auch Wessels / Hettinger, BT 1, RN 226; Oft als Nachweis für diese Ansicht herangezogen, aber falsch bzw. ungenau zitiert, RegE BT-Drs. VI/3434, Seite 13, die insofern nur von einem Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit in diesen Fällen spricht. Wodurch die Tatbestandsmäßigkeit nicht gegeben ist, einem Fehlen der objektiven oder eben erst der subjektiven Tatbestandmerkmale ist damit nicht gesagt und sollte sauber auseinander gehalten werden.

437. Lackner, NJW 1976, Seite 1233 (1235); Lackner / Kühl – Kühl, § 218 RN 5; Sch / Sch – Eser, § 218 RN 19; T / F – Tröndle, (49. Aufl.), § 218 RN 6

438. Vgl. dazu LK – Kröger, § 218 RN 12

439. Was für Gefahren für den Fötten im Mutterleib insofern in Betracht kommen, dazu sogleich weiter unten in diesem Abschnitt.

440. Vgl. dazu nur Kühl, AT, § 8 RN 119

441. Im Ergebnis so auch LK – Kröger, § 218 RN 12; T / F – Fischer, § 218 RN 6

442. Lackner, NJW 1976, Seite 1233 (1235); Lackner / Kühl – Kühl, § 218 RN 5; Sch / Sch – Eser, § 218 RN 19; T / F – Tröndle, (49. Aufl.), § 218 RN 6

dort eine Rolle spielen. Ihr Fehlen lässt jedenfalls nicht den Taterfolg entfallen, anderenfalls würde der objektive Tatbestand unsachgemäß eingeengt werden.⁴⁴⁴

Es wird und soll aber keine Pönalisierung geburtshelferischer Maßnahmen vorgenommen werden. Sofern der Arzt gewissenhaft gearbeitet und entschieden hat, wird er, was ja eigentliches und zu billigendes Ziel obiger Ansicht ist, straffrei bleiben. Bei der Beurteilung der Strafbarkeit der Beendigung der Schwangerschaft ist richtigerweise danach zu entscheiden, aus welchem Grund, welcher Intention die Schwangerschaft frühzeitig beendet wurde und zu welchem Zeitpunkt. Dabei kann nach folgenden Fallkonstellationen differenziert werden:

1. Fall: Ein Schwangerschaftsabbruch wird vorgenommen aufgrund gegenwärtiger, konkreter tödlicher Gefahr für das Kind bei weiterem Verbleiben im Mutterleib, wobei die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit deutlich überschritten ist.
2. Fall: Ein Schwangerschaftsabbruch wird durchgeführt aufgrund der gegenwärtigen, konkreten Gefahr schwerer Gesundheitsschäden für das Kind bei weiterem Verbleiben im Mutterleib, wobei die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit deutlich überschritten ist.
3. Fall: Ein Schwangerschaftsabbruch wird notwendig aufgrund einer Krankheit der Mutter, die für sie die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder sogar lebensbedrohlicher Komplikationen bei weiter Fortdauer der Schwangerschaft in sich birgt, wobei die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes deutlich überschritten ist.

In diesen Konstellationen fehlt es in der Regel schon am Vorsatz. Ist die Grenze der selbständigen Lebensfähigkeit deutlich überschritten, kann und wird jeder gewissenhafte Arzt darauf vertrauen, dass das Kind lebend zur Welt kommt.⁴⁴⁵ Dies ist insbesondere der Fall, wenn das Kind schon voll lebensfähig ist, d.h. dass es aufgrund der weit fortgeschrittenen Schwangerschaft aller Voraussicht nach über die normale geburtshelferische Versorgung hinaus zu seiner Erhaltung keiner besonderen ärztlichen Betreuung mehr bedarf.⁴⁴⁶ Wird der Eintritt der Geburt um den errechneten Geburtstermin mit wehenfördernden Mitteln beschleunigt, fehlt es demzufolge in der Regel schon am Abbrucherfolg, dem Tod des Kindes, jedenfalls aber am – selbst nur bedingten – Tötungsvorsatz. Im dritten Fallbeispiel liegt zugleich und unabhängig davon auch eine (originäre) medizinische Indikation⁴⁴⁷ gem. § 218 a Abs. 2 StGB und damit – de lege lata – ein Rechtfertigungsgrund vor.⁴⁴⁸

443. Was wird mit der Handlung beabsichtigt?

444. So auch LK – Kröger, § 218 RN 12; ähnlich jetzt auch T / F – Fischer, § 218 RN 6; a.A. jedoch NK – Merkel, § 218 RN 87, der, wenn er die Rettungstendenz als objektive medizinische Erforderlichkeit begreift, letztlich auch danach versucht zu differenzieren, ob eine bestimmungsgemäße, objektiv *lege artis* durchgeführte, Beendigung der Schwangerschaft vorliegt. Dass dies jedoch wegen der unter Umständen nahezu gleichen Eingriffshandlung wie beim Schwangerschaftsabbruch im engeren Sinne gerade nicht taugliches Abgrenzungskriterium sein kann, ist bereits dargelegt worden.

445. Ähnlich auch LK – Kröger, § 218 RN 12

446. Zum Begriff der vollen Lebensfähigkeit vgl. LK – Jähnke, 10. Aufl., § 218 RN 7

447. Zu den Voraussetzungen der medizinischen Indikation genauer unten: „§ 3.B. Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB“

448. Von der Rechtfertigung umfasst sind aber nur solche Abbruchmethoden, die eine möglichste Schonung des Fötus gewährleisten. Ausführlich dazu § 3.B.II.5 „Sonstige allgemeine Voraussetzungen“

4. Fall: Ein Schwangerschaftsabbruch wird vorgenommen aufgrund gegenwärtiger, konkreter tödlicher Gefahr für das Kind bei weiterem Verbleiben im Mutterleib, wobei die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit, zumindest vermeintlich, knapp überschritten ist, so dass für den Fötus ein hohes Risiko dafür besteht, während oder nach der Beendigung der Schwangerschaft zu sterben.⁴⁴⁹

Im Fall 4 ist die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit nur knapp überschritten. Der handelnde Arzt müsste sich daher zumindest des erhöhten Risikos des Todes des Kindes bei der Schwangerschaftsbeendigung in diesem Stadium bewusst sein und dessen Eintritt für möglich halten. Vertraut er trotz des hohen Todesrisikos darauf, dass das Kind die Beendigung überlebt, fehlt es auch hier am Vorsatz. Ein möglicherweise gegebener Gefährdungsvorsatz reicht insofern zur Tatbestandsverwirklichung des § 218 StGB nicht aus.⁴⁵⁰ Bei einem so kurzen Überschreiten der Schwelle der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes muss und wird jeder gewissenhafte Arzt in der Regel aber, gerade wenn er sorgfältig handelt und abwägt, mit der Möglichkeit des Todes des Kindes oder schwerer Gesundheitsschäden bei Einleitung einer Frühgeburt ernstlich rechnen und nicht auf ein Überleben des Kindes vertrauen können, auch wenn er sich dieses erhofft. Um der Rettung des Kindes vor der ihm drohenden weitaus größeren Gefahr bei weiterem Verbleiben im Mutterleib willen und zur Vermeidung des – sicheren – Todes des Kindes im Mutterleib, handelt er aber trotzdem und findet sich dadurch mit einer eventuellen Deliktsrealisierung – auch wenn ihm der Eintritt des Todes des Kindes durch den Schwangerschaftsabbruch (äußerst) unerwünscht ist – wohl oder übel ab, nimmt ihn letztlich – als das geringere Risiko – in Kauf. Damit handelt er aber schon mit (Eventual-)Vorsatz.⁴⁵¹ Zu beachten ist jedoch, dass der Mediziner die extrem frühe vorzeitige Schwangerschaftsbeendigung in dieser Konstellation im Normalfall, und davon wird hier ausgegangen, nur vornimmt, wenn nach seiner ärztlichen Erkenntnis die Risiken für das Kind wesentlich höher sind, wenn es, auch nur kurzfristig, weiterhin im Mutterleib bleibt⁴⁵² oder anders

449. Vgl. zum Todesrisiko bei Frühgeborenen *Ahner / Kohlhauser / Bikas etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (23); *Allen / Donohue / Dusman*, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1597 ff.); *Fachgesellschaften*, Frühgeburt, Pädiatrische Praxis 1999, Seite 223 (225); *Hüttner / Weis / Maurer etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (477) und Seite 479 ein Verweis auf weitere internationale Studien

450. Dazu auch Sch / Sch – Eser, § 218 RN 41

451. So auch LK – Kröger, § 218 RN 12; a.A. jedoch *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (501), die bei der künstlichen Geburtseinleitung aus medizinischen Gründen einen Vorsatz des Arztes im Allgemeinen ablehnen. Zumindest aber in den Fällen, in denen die Geburtseinleitung an der Grenze der Lebensfähigkeit des Kindes erfolgt, erfolgen muss, kann jedoch nicht, schon gar nicht pauschal, ein Eventualvorsatz des handelnden Arztes verneint werden. Vgl. dazu auch LK – Kröger, § 218 RN 12. Auch *Roxin*, AT I, § 12 RN 38; *Roxin*, JuS 1964, Seite 53 (58) FN 51; *Schmidhäuser*, GA 1957, Seite 305 (307 f.) verweisen darauf, dass auch bei einem sozial gebilligten oder sogar erwünschten Handeln (z.B. einer indizierter Operation) bedingter Tötungsvorsatz vorliegen kann, sofern der Handelnde einen tödlichen Ausgang der Handlung (z.B. der Operation) ernstlich für möglich hält. Wenn die Handlung jedoch das Mittel zur Rettung vor dem sicheren Tode gewesen sei, dann sei sie aber entweder aufgrund von Einwilligung, mutmaßlicher Einwilligung oder rechtfertigendem Notstand objektiv rechtmäßig.

452. Ein weiteres Verbleiben des Fötus im Mutterleib müsste die Gefahren für den Fötus erhöhen und auch nicht die größeren Überlebenschancen, die mit jeder Woche, die er im Mutterleib bleibt, weiter steigen, aufwiegen. Insbesondere im gerade kritischen Bereich zwischen der 22. bis 25. Schwangerschaftswoche p.m. ist der Reifefortschritt, den eine Woche bringen kann, beträchtlich. Dazu *Ahner / Kohlhauser / Bikas etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (23); *Allen / Donohue / Dusman*, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1599); *Fachgesellschaften*, Frühgeburt, Pädiatrische Praxis 1999, Seite 223 (225);

gewendet, wenn und weil es sich beim Schwangerschaftsabbruch um die letzte und insofern einzige Rettungsmöglichkeit für das Kind handelt. Damit greift dann im Endeffekt eine Rechtfertigung des Arztes gem. § 34 StGB.⁴⁵³

5. Fall: Ein Schwangerschaftsabbruch wird durchgeführt aufgrund der konkreten und gegenwärtigen Gefahr schwerer Gesundheitsschäden für das Kind bei weiterem Verbleiben im Mutterleib, wobei aber die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit nur knapp oder vermeintlich überschritten ist, so dass für den Fötus ein hohes Risiko dafür besteht, während oder nach der Beendigung der Schwangerschaft zu sterben.

Auch in Fall 5 ist die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit nur knapp überschritten. Im Wesentlichen gilt hier das oben zu Fall 4 Gesagte: Der handelnde Mediziner wird in der Regel den Tod des Kindes durch die vorzeitige Schwangerschaftsbeendigung notgedrungen mit in Kauf nehmen und damit vorsätzlich handeln. Auch in dieser Konstellation kommt eine Rechtfertigung des Arztes nach § 34 StGB in Betracht. Zu beachten ist jedoch, dass dem Kind im Gegensatz zur obigen Konstellation keine Todes-, sondern insofern nur schwere Gesundheitsgefahren bei weiterem Verbleiben im Mutterleib drohen. Dem stehen gerade bei einer sehr frühen Beendigung an der Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes konkrete Lebensgefahren für dieses bei Abbruch der Schwangerschaft gegenüber. Angesichts dessen muss der handelnde Mediziner gerade hier besonders genau prüfen, ob für das Kind nicht eine Fortsetzung der Schwangerschaft für ein oder zwei Wochen oder auch nur weitere Tage vertretbar erscheint. Nur wenn der Schwangerschaftsabbruch das einzige und letzte Mittel darstellt, um schwere und schwerste Gesundheitsgefahren vom Kind abzuwenden und die konkreten Risiken für das Kind trotz der erhöhten Mortalitäts- und Morbiditätsrate bei Frühgeborenen⁴⁵⁴ höher sind, wenn es weiterhin im Mutterleib bleibt, kann eine Rechtfertigung aus § 34 StGB greifen.⁴⁵⁵ Diese Konstellation ist damit dann aber in praxi auf seltenste Ausnahmefälle beschränkt.

6. Fall: Ein Schwangerschaftsabbruch wird notwendig aufgrund von Krankheit der Mutter, die für sie die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder sogar lebensbedrohlicher Komplikationen bei weiterer Fortdauer der Schwangerschaft mit sich bringt, wobei aber die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit nur knapp oder vermeintlich überschritten ist, so dass für den Fötus ein hohes Risiko dafür besteht, während oder nach der Beendigung der Schwangerschaft zu sterben.

Hier fehlt es dann am Vorsatz, wenn der Arzt trotz des höheren Risikos des Todes des Kindes auf den Nichteintritt dieses Erfolges vertraut. In der Regel dagegen muss der gewissenhafte Arzt gerade aufgrund des hohen Risikos bei sehr frühen Schwangerschaftsbeendigungen den Tod des Kindes mit in Kauf nehmen, so dass er vorsätzlich handelt. Aber auch hier liegt, wie in Fall 3, eine medizinische Indikation und damit ein Rechtfertigungsgrund vor.

Hüttner / Weis / Maurer etc., Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (477) und Seite 479 ein Verweis auf weitere internationale Studien

- 453. Ausführlich zum rechtfertigenden Notstand in diesen Konstellationen unter „§ 3.C. Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“
- 454. Siehe dazu nur Pawłowski / Böttcher / Gietzelt, in: Friese (Hrsg.), Seite 373 (374 ff.)
- 455. Zu § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund für Spätabtreibungen, die zugunsten des Kindes erfolgen, vgl. die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“

In den Zwischenbereichen, wenn also die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit weder knapp erreicht, noch das natürliche Ende der Schwangerschaft nahe ist, kommt es, wie so oft, auf den Einzelfall und eine gewissenhafte Abwägung der Risiken durch den Arzt an. Je weiter die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit überschritten ist, desto seltener dürfte ein Vorsatz des Arztes i.S. eines notgedrungenen In-Kauf-Nehmens des möglichen Todes der Leibesfrucht gegeben sein. Wägt er sorgfältig ab und stellt ein wesentlich höheres Risiko für den Fötus fest, falls er im Mutterleib bleibt, ist jedenfalls auch immer der rechtfertigende Notstand gegeben. Bei schweren Gesundheitsgefahren für die Mutter kommt es auf das Vorliegen einer medizinischen Indikation an.

Letztlich scheidet also im Allgemeinen *tatsächlich* in obigem Fall, der von den Medizinern als künstliche Geburtseinleitung bezeichnet wird, eine Strafbarkeit des Arztes aus und zumeist, insbesondere wenn das natürliche Ende der Schwangerschaft nahe ist, fehlt es dabei bereits an der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung. Zum Teil kann aufgrund der medizinischen Gegebenheiten, insbesondere dem frühen Schwangerschaftsalter, nicht vom Fehlen des bedingten Vorsatzes ausgegangen werden. In diesen Konstellationen entfällt die Strafbarkeit des Arztes auf der Ebene der Rechtfertigung. Dabei ist zu differenzieren, ob die Schwangerschaftsbeendigung zur Rettung der Mutter, dann ist der Abbruch durch die medizinische Indikation des § 218 a Abs. 2 StGB⁴⁵⁶ gedeckt, oder zur Rettung des Kindes, dann ist § 34 StGB⁴⁵⁷ einschlägig, erfolgt.⁴⁵⁸ Nur falls der handelnde Mediziner nicht sorgfältig die Risiken für das Kind, die mit einer frühen Beendigung der Schwangerschaft kurz nach Überschreiten der Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus verbunden sind, in Beziehung zu den Gefahren setzt, die für den Fötus bestehen, wenn er weiterhin im Mutterleib bleibt, kann in Ausnahmefällen, selbst falls eigentlich die Geburt eines lebensfähigen Kindes herbeigeführt werden sollte, eine Strafbarkeit nach § 218 StGB gegeben sein.

VI. Exkurs: Wie erfolgt die Spätabtreibung medizinisch

Kurz dargestellt werden soll, wie die Späabtreibung medizinisch erfolgt. Vorgenommen wird der Eingriff von einem Mediziner. Über nichtärztlich durchgeführte Abbrüche in diesem Stadium wird eigentlich nicht mehr berichtet. Der Schwangerschaftsabbruch nach der 12. SSW p.c. bei der Späabtreibung unterscheidet sich grundlegend von dem Schwangerschaftsabbruch in den ersten Wochen der Schwangerschaft. Während bis zur 12. SSW p.c. insbesondere chirurgische Methoden wie z.B. die Saugkürettage, auch bezeichnet als Vakuumaspiration, sowie die chirurgische Kürettage (jeweils mit oder ohne Vorbereitung des Zervix) und neuerdings zum Teil auch medikamentöse Verfahren⁴⁵⁹ zur Anwendung kommen,⁴⁶⁰ sind nach der 12. SSW p.c. vor allem weheninduzierende Mittel die Methode der Wahl.⁴⁶¹ Nach der 12. SSW p.c. ist die Verknöcherung

456. Vgl. die Ausführungen zu den Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation des § 218 a Abs. 2 StGB weiter unten in dieser Arbeit unter: § 3.B „Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB“

457. Vgl. zur Anwendbarkeit des § 34 StGB beim Schwangerschaftsabbruch und seinen Voraussetzungen die Ausführungen weiter unten in dieser Arbeit unter: § 3.C „Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 34 StGB“

458. Vgl. zum Ganzen auch LK – Kröger, § 218 RN 12

459. Z.B. Mifepriston

460. Beck / Woopen, Der Gynäkologe, 1998, Seite 297 (300); Schneider / Beller, in: Schneider / Husslein / Schneider (Hrsg.), Seite 51 (54 ff.); Dietl / Seelbach-Göbel, in: Martius / Rath (Hrsg.), Seite 340 (343); Holzgreve / Danzer, in: Dudenhhausen / Schneider / Bastert (Hrsg.), Seite 128 (131 ff.); Wittenburg, Seite 56 ff.

461. Vgl. Beck / Woopen, Der Gynäkologe 1998, Seite 297 (301); Schneider / Beller, in: Schneider / Husslein / Schneider (Hrsg.), Seite 51 (57 f.); Dietl / Seelbach-Göbel, in: Martius / Rath (Hrsg.), Seite 340 (343); Wittenburg, Seite 56 ff.

des Fötus in der Regel so weit fortgeschritten, dass die Saugkürettage nur noch bedingt möglich ist.⁴⁶² Zudem ist das Verletzungsrisiko für die Schwangere durch instrumentelle Dehnung des Muttermundes zu hoch und auch das Risiko der inkompletten Entfernung des Fötus steigt mit zunehmendem Schwangerschaftsalter.⁴⁶³ Anwendung finden daher als weheninduzierende Mittel vor allem Prostaglandine⁴⁶⁴. Allerdings werden meistens keine nativen Prostaglandine verwendet, sondern aufgrund der besseren Verträglichkeit synthetische Prostaglandin-Derivate, wie z.B. Sulproston und Gemeprost. Die Applikationsformen und Dosierungen hängen dabei vom Gestationsalter ab.⁴⁶⁵ Im III. Trimenon wird zudem oft Oxytocin (meist in Verbindung mit Prostaglandin-Präparaten) eingesetzt.⁴⁶⁶ Das Vorgehen ist ähnlich: Zunächst wird mittels lokaler und / oder systemischer Applikation die Spontanausstoßung des Fötus induziert, also eine künstliche Fehlgeburt eingeleitet. Nach der Spontanausstoßung erfolgt oft sicherheitshalber eine Nachräumung des Uterus durch Kürettage.⁴⁶⁷ Diese ist aber, insbesondere wenn die vollständige Leerung des Uterus sicher ist, nicht obligat.⁴⁶⁸ Prostaglandine sind für die Einleitung einer Abtreibung im späten Stadium der Schwangerschaft besonders geeignet, da sie keine Wehenbereitschaft, wie sie erst gegen Ende der Schwangerschaft besteht, voraussetzen.⁴⁶⁹ Anzumerken bleibt insoweit jedoch, dass häufig die einmalige Verabreichung, Instillation, der Prostaglandine, unabhängig davon, ob als Gel oder Tablette, nicht ausreichend ist und die Prozedur wiederholt werden muss.⁴⁷⁰

Als Alternative zur Prostaglandinapplikation zwecks Aborteinleitung wird teilweise die für die Mutter nebenwirkungsärmere Applikation von Ethacridinsäure, auch als Rivanol bezeichnet, vorgenommen.⁴⁷¹ Die Effektivität ist allerdings bei Anwendung von Ethacridinsäure geringer.⁴⁷² Das Mittel wird in einen Teil der Fruchtblase geträufelt, weicht dann den Muttermund auf bevor die Wehentätigkeit beginnt und stößt die natürliche Prostaglandinsynthese in der Gebärmutter an.⁴⁷³

462. Schneider / Beller, in: Schneider / Husslein / Schneider (Hrsg.), Seite 51 (57)

463. Kersting / Bätz, Gynäkologe 2002, Seite 785 (788)

464. Prostaglandine sind hormonähnliche Substanzen. Ihre Wirkung auf den Uterus besteht in der Auslösung rhythmischer Kontraktionen an dessen sog. glatter Muskulatur und in einem erweichenden Effekt auf den Gebärmutterhals; dazu Egarter / Husslein, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VI, Seite 45 (58 ff.)

465. Vgl. Beck / Woopen, Der Gynäkologe 1998, Seite 297 (301); Schneider / Beller, in: Schneider / Husslein / Schneider (Hrsg.), Seite 51 (58); Louwen/Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (359); Moenning, Seite 228; Winkler / Rath, Zeitschrift für Geburtshilfe und Neonatologie 201 (1997), Seite 39 (39 f.); Wittenburg, Seite 58 ff.

466. Dazu Schneider / Beller, in: Schneider / Husslein / Schneider (Hrsg.), Seite 51 (58 f.); Lippert, in: Eser, Hirsch (Hrsg.), Seite 91 (99)

467. Dietl / Seelbach-Göbel, in: Martius / Rath (Hrsg.), Seite 340 (343 f.); Wittenburg, Seite 61

468. Schneider / Beller, in: Schneider / Husslein / Schneider (Hrsg.), Seite 51 (58); Wittenburg, Seite 61 m.w.N.

469. Dazu Holzgreve / Danzer, in: Dudenhausen / Schneider / Bastert (Hrsg.), Seite 128 (131 f.); Kaminski, Spät-abtreibungen, in: Westphalen (Hrsg), Offensive, Seite 125 (127 f.)

470. Dazu Ludwig, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. Seite 212 (234); Kaminski, Spät-abtreibungen, in: Westphalen (Hrsg), Offensive, Seite 125 (126)

471. Holzgreve / Danzer, in: Dudenhausen / Schneider / Bastert (Hrsg.), Seite 128 (132); Kersting / Bätz, Gynäkologe 2002, Seite 785 (788); Louwen / Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (359)

472. Holzgreve / Danzer, in: Dudenhausen / Schneider / Bastert (Hrsg.), Seite 128 (132); Wittenburg, Seite 60

473. Hanke, Seite 25

Rivanol wirkt aufgrund seines hohen Alkoholgehalts stark fetotoxisch und führt wohl in der Regel zum Herzstillstand des Fötus, bevor er zur Welt kommt.⁴⁷⁴

Die früher häufig angewendete intraamniale⁴⁷⁵ Applikation von Harnstoff und hypertonen Kochsalzlösungen wird wegen konkreter Kreislaufgefahren nur bei Kontraindikationen für die Prostaglandinanwendung als Methode zum Abbruch der Schwangerschaft verwendet.⁴⁷⁶

Die durch die Medikamente künstlich und frühzeitig eingeleiteten Wehen führen zur Ausstoßung des Kindes, welches besonders in frühen Schwangerschaftsstadien sehr verletzlich ist, so dass es der Enge des Geburtskanals nicht genügend Widerstand entgegensetzen kann und deswegen oft im Laufe der künstlich eingeleiteten Geburt stirbt. Der Schädel des Kindes ist so angelegt, dass er, allerdings erst am normalen Geburtstermin, die mütterlichen Weichteile während der Geburt quasi auswalzen kann. Dem Kopf des früh geborenen Kindes fehlt dagegen die Widerstandskraft.⁴⁷⁷ Auch kann der Einsatz von Prostaglandinen eine Dauerkontraktion bewirken, durch die das Kind seine Sauerstoffversorgung verliert und bereits intrauterin abstirbt.⁴⁷⁸

Besonders in Amerika fand noch ein weiteres Verfahren, die sog. „Dilatation und Evakuierung/Extraktion“, Anwendung, das mittlerweile aber verboten ist.⁴⁷⁹ Nach Vorbehandlung des Zervix wird der Uterus mit speziellen Zangen operativ ausgeräumt.⁴⁸⁰ Dabei muss jedoch bei der Spätabtreibung aufgrund der Größe des Fötus dieser intrauterin zerstückelt werden.⁴⁸¹

Jedenfalls ab der 20. Schwangerschaftswoche p.c. und damit dem Beginn der potentiellen extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes⁴⁸² wird teilweise in den Konstellationen eines embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbruchs vor der eigentlichen Weheninduktion die Tötung des Kindes durch aktive Eingriffe in Lebensvorgänge vorgenommen.⁴⁸³ Um ein Überleben des Kindes zu verhindern und das Ziel des eben auch embryopathisch motivierten Abbruchs, Beseitigung der Gesundheits- und / oder Lebensgefahr durch Tötung des Kindes, zu erreichen, erfolgt bei potentieller extrauteriner Lebensfähigkeit der Leibesfrucht ein Schwangerschaftsabbruch teils durch chemisches oder medikamentöses Abtöten des Fötus im Mutterleib. Begrifflich handelt

474. Hanke, Seite 25 f.; Hofstätter, Seite 150; Kaminski, Spätabtreibungen, in: Westphalen (Hrsg), Offensive, Seite 125 (127 f.)

475. In die Haut, die die Leibesfrucht umgibt, aus *med. Duden*, Stichwort: intra und amniale

476. Beck / Woopen, in: Der Gynäkologe 1998, Seite 297 (301); Lippert, in: Eser, Hirsch (Hrsg.), Seite 91 (94 f.); Louwen/Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (359)

477. Dazu Kaminski, Späabtreibungen, in: Westphalen (Hrsg), Offensive, Seite 125 (126). Anzumerken ist vielleicht noch, dass dann, wenn keine Späabtreibung, sondern nach der Intention eine Frühgeburt eines erwünschten Kindes vorliegt, diesem in der Regel mit Hilfe von Instrumenten der Geburtskanal geweitet wird. Vgl. dazu Kaminski, Späabtreibungen, in: Westphalen (Hrsg), Offensive, Seite 125 (126)

478. Beller, Zeitschrift für Geburtshilfe und Neonatologie 202 (1998), Seite 220 (222)

479. Darüber berichtet Beller, Zeitschrift für Geburtshilfe und Neonatologie 202 (1998), Seite 220 (222)

480. Hirsch, in: Eser, Hirsch (Hrsg.), Seite 80 (84); Wittenburg, Seite 59

481. Hirsch, in: Eser, Hirsch (Hrsg.), Seite 80 (84)

482. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 1.B.II „Extrauterine Lebensfähigkeit“

483. Kaisenberg etc., DÄBI 2005, Seite A - 133 (A - 133); Wernstedt etc., Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2005, Seite 761 (762)

es sich dabei um den sogenannten Fetozid. Die Tötung erfolgt mittels einer unter Ultraschallsicht vorgenommenen Herzlähmung durch Injektion von Kaliumchlorid oder mittels einer mechanischen Unterbrechung des Blutflusses durch Applikation von Fibrinkleber in das Herz des Ungeborenen.⁴⁸⁴ Zunehmend werden das Kaliumchlorid bzw. der Fibrinkleber auch in die Nabelschnur des Fötus injiziert.⁴⁸⁵ Vor der Injektion des Kaliumchlorids oder des Fibrinklebers wird dabei in der medizinischen Literatur eine Analgesie⁴⁸⁶ und Anästhesie⁴⁸⁷ des Fötus empfohlen⁴⁸⁸ und wohl auch in der Regel durchgeführt.⁴⁸⁹ Die tote Leibesfrucht muss dann anschließend mittels Schnittentbindung oder medikamentös hervorgerufenen Wehen entfernt werden.⁴⁹⁰

VII. Vorsatz

Der Vorsatz muss sich auf den gesamten objektiven Tatbestand beziehen. Er muss die Kenntnis der Schwangerschaft, die Tauglichkeit des Abtreibungsmittels und insbesondere den Taterfolg, das Absterben der Leibesfrucht, umfassen. Dabei genügt dolus eventualis,⁴⁹¹ der immer schon dann vorliegt, wenn der Täter mit der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung ernstlich rechnet, aber um des erstrebten Ziels willens, was eben auch im Einzelfall die Bewahrung des Kindes vor dem sicheren Tod im Mutterleib sein kann, trotzdem weiterhandelt, und sich dadurch mit einer gegebenenfalls eintretenden Deliktsrealisierung – sei diese ihm auch noch so unerwünscht – notgedrungen abfindet.⁴⁹² Folglich ist der Fall in dem der Arzt an sich nur eine Frühgeburt herbeiführen will, dabei den Tod des Kindes aber, sei es auch nur notgedrungen, mit in Kauf nimmt, grundsätzlich von § 218 StGB miterfasst.⁴⁹³

VIII. Fazit

Sind die soeben erläuterten Voraussetzungen erfüllt, sind ein Schwangerschaftsabbruch und insbesondere die Spätabtreibung grundsätzlich als rechtswidrige Handlung anzusehen. Dies gilt auch und gerade für den kunstgerecht erfolgten Eingriff durch einen Mediziner. Die Einwilligung der Schwangeren kann allein keine Rechtfertigung sein und damit keine Straffreistellung

- 484. *Bollmann / Jahnke*, Gynäkologe 1998, Seite 254 (255 f.); *Gropp*, GA 2000, Seite 1 (3); *Pfleiderer*, Vorsorgeuntersuchungen, Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 298 (311); *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (498)
- 485. *Bollmann / Jahnke*, Gynäkologe 1998, Seite 254 (256); *Kersting / Bätz*, Gynäkologe 2002, Seite 785 (788)
- 486. Aufhebung der Schmerzempfindung, aus *med. Duden*, Stichwort: Analgesie
- 487. Schmerzunempfindlichkeit infolge Narkose oder lokaler Schmerzbetäubung, aus *med. Duden*, Stichwort: Anästhesie
- 488. Beispielhaft *Kersting / Bätz*, Gynäkologe 2002, Seite 785 (788)
- 489. Vgl. dazu den Hinweis bei *NK – Merkel*, § 218 a RN 111
- 490. *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (498)
- 491. Vgl. nur *BGH NJW* 1951, Seite 412 (412 f.); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 RN 9; *LK – Kröger*, § 218 RN 46; *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (140); *Sch / Sch – Eser*, § 218 RN 41; *T / F – Fischer*, § 218 RN 11
- 492. *Roxin*, AT I, § 12 RN 27; *Roxin*, JuS 1964, Seite 53 (58); *Stratenwerth / Kuhlen*, AT, § 8 RN 121
- 493. Siehe oben A.I.5.b. „Problemfall“; dazu auch *Eser*, Schwangerschaftsabbruch, in: *Eser, Hirsch (Hrsg.)*, Seite 105, 109

bewirken.⁴⁹⁴ Das folgt schon aus der Eigenständigkeit des geschützten Rechtsgutes „*werdendes / ungeborenes Leben*“.⁴⁹⁵

Je nach Fallgestaltung kann sich, sofern die Voraussetzungen vorliegen, eine Straflosigkeit der Spätabtreibung aus der in § 218 a Abs. 2 StGB normierten medizinisch-sozialen Indikation⁴⁹⁶, in seltenen Fällen auch aus § 34 StGB⁴⁹⁷ und § 218 a Abs.4 StGB⁴⁹⁸ ergeben.

B. Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB

§ 218 a Abs. 2 StGB enthält eine medizinisch-soziale Indikation. Liegen deren Voraussetzungen vor, ist eine Späabtreibung grundsätzlich⁴⁹⁹ zulässig. § 218 a Abs. 2 StGB erlaubt neben der Berücksichtigung körperlicher auch die seelischer und sozialer Gefahren für die Schwangere, und zwar nicht nur solcher, die aus ihrem gegenwärtigen Zustand der Schwangerschaft entstehen, sondern auch solcher, die ihre „*zukünftigen Lebensverhältnisse*“ belasten können, sofern sie sich gesundheitlich niederschlagen.⁵⁰⁰

Die medizinisch –soziale Indikation beruht dabei auf der Erwägung, dass die Schwangere in unzumutbarer Weise überfordert würde, falls das Austragen der Schwangerschaft selbst auf Kosten ihres eigenen Lebens oder Gesundheitszustandes von ihr verlangt werden könnte.⁵⁰¹ Obwohl also das ungeborene Leben in diesen Fällen nicht weniger schützenswert ist, wird ihr deshalb eine entsprechende strafbewehrte Verpflichtung zum Austragen der Schwangerschaft nicht auferlegt.⁵⁰² Rechtsdogmatisch handelt es sich um einen Sonderfall der Interessenkollision nach § 34 StGB, in dem der Gesetzgeber die Grenzbereiche unzumutbarer Konfliktsituationen hinreichend umschrieben und zur Abwägung der Rechtsgüter „*werdendes / ungeborenes Leben*“ gegen Leben oder Gesundheit der Frau besondere Hinweise gegeben hat.⁵⁰³ Die Ausformulierung des gesetzlichen Indikationsrahmens soll trotz dessen Weite, so jedenfalls die Gesetzesbegründung, insofern eine „*Vorwegabwägung*“, welche das entsprechende Lebensinteresse des Ungeborenen in einem ersten

494. Vgl. nur LK – Kröger, § 218 RN 41; Sch / Sch – Eser, § 218 RN 33 f.; Maurach / Schröder / Maiwald, BT 1, § 6 RN 14

495. Schon das *Bundesverfassungsgericht* hat klargestellt, dass der „*nasciturus* ein selbständiges menschliches Wesen ist, das unter dem Schutz der Verfassung steht“, *BVerfGE* 39, Seite 1 (42). Genauer dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.A.II.1.a „*Verfassungsrechtlicher Schutz des nasciturus*“

496. Zu den Voraussetzungen vgl. die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B „*Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB*“

497. Wenn die Späabtreibung am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus allein zur Vermeidung des sicheren Todes des Fötus im Mutterleib, also allein zum Schutz des Kindes, erfolgt. Vgl. dazu ausführlich § 3.C „*Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 34 StGB*“

498. Zu den Voraussetzungen vgl. die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.D. „*Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 4 StGB*“

499. Vgl. zu Einschränkungen, die sich für embryopathisch motivierte Späabtreibungen ab extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes ergeben, die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.e.aa „*Verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB*“

500. Vgl. dazu auch Gropp, GA 2000, Seite 1 (2); LK – Kröger, § 218 a RN 31 f; NK – Merkel, § 218 a RN 81

501. *BVerfGE* 88, Seite 203 (256)

502. BT-Drs. 13 / 1850, Seite 25; *BVerfGE* 88, Seite 203 (204 LS 7)

503. Ähnlich Arzt / Weber, BT, Seite 129; MK – Gropp, § 218 a RN 37; LK – Kröger, Vor §§ 218 RN 38; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 22; SK – Rudolphi, § 218 a RN 10

Schritt durch die Begrenzung der Indikation auf bestimmte Voraussetzungen schon immanent und unmittelbar im normativen Kontext wahrt, enthalten.⁵⁰⁴ Angesichts des umfassenden verfassungsrechtlichen Schutzes des nasciturus ist das nur schwerlich nachvollziehbar. Jedenfalls gemahnt das Lebensrecht des Kindes eine Auslegung der Indikationsvoraussetzungen, die seinen grundgesetzlich verbürgten Schutz soweit wie möglich gewährleistet.⁵⁰⁵

Die ursprüngliche medizinische Indikation, die der Abwendung von Lebens- oder Gesundheitsgefahren diente, die unmittelbar aus dem Zustand des Schwangerseins entstehen, wurde durch das Zulassen der Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse um eine Art soziale Komponente erweitert.⁵⁰⁶ Dadurch besteht jedenfalls grundsätzlich die Möglichkeit, eine medizinisch-soziale Indikation nicht unmittelbar durch den Schwangerschaftskonflikt, sondern durch den antizipierten Konflikt der Mutter mit ihrem erwarteten Kind zu begründen.⁵⁰⁷ Ziel des Schwangerschaftsabbruchs ist in dieser Konstellation dann die Verhinderung der postnatalen Existenz des Kindes, letztlich seine Tötung.⁵⁰⁸ Bei der rein medizinischen Indikation ist der Tod des Kindes dagegen üblicherweise eintretende, unerwünschte Nebenfolge der Rettung der Schwangeren. Insofern vereinigt die medizinisch-soziale Indikation zwei normativ heterogene Elemente, die gerade im Bereich der Spätabtreibung beim potentiell außerhalb des Mutterleibes lebensfähigen Kind zu besonderen Konflikten führen können.⁵⁰⁹ Zum einen wird die Konstellation erfasst, in der die Frau von der Last der Schwangerschaft befreit wird und zum anderen, allerdings nur sehr eingeschränkt,⁵¹⁰ der Fall, in der die Frau von der Last des Kindes befreit werden soll. Im Hinblick auf das ungeborene Leben sind das zwei radikal gegensätzliche Maxime. Einerseits wird der Tod des Kindes zur Rettung der Mutter nur notgedrungen mit in Kauf genommen, anderseits ist er Grund und Ziel des Abbruchs.⁵¹¹

Die sich so ergebende Problematik wird, zumindest auf den ersten Blick dadurch verschärft, dass der Gesetzgeber mit Abschaffung der eigenständigen Regelung der embryopathischen Indikation durch das SFHÄndG vom 21.08.1995⁵¹² zwar einerseits die direkte Verknüpfung von fetaler Schädigung und Abbruchserlaubnis auflösen, die Konstellationen dieser Indikation jedoch wohl

504. BT - Drs. 13 / 1850, Seite 15; Siehe dazu auch die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.e.bb „Art. 103 Abs. 2 GG und das Verbot der Rechtsfortbildung contra legem“

505. Siehe dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit im verfassungsrechtlichen Teil unter § 2.C „Die wesentlichen, verfassungsgerichtlichen und -rechtlichen Vorgaben“

506. Ähnlich auch Groppe, GA 2000, Seite 1 (2); NK – Merkel, § 218 a RN 81; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 26; SK – Rudolphi, § 218 a RN 24

507. Vgl. dazu nur LK – Kröger, § 218 a RN 32; NK – Merkel, § 218 a RN 81; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 26

508. So auch NK – Merkel, § 218 a RN 81

509. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter Gliederungspunkt § 4 „Besondere Probleme im Zusammenhang mit der Spätabtreibung eines extrauterin lebensfähigen Kindes“

510. Dazu sogleich unter § 3.B.II.1.b.aa(3) „Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen“ Vgl. dazu auch bereits die Ausführungen im verfassungsrechtlichen Teil dieser Arbeit unter § 2.B „Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG“

511. Zu dieser Divergenz auch Lackner / Kühl – Kühn, § 218 a RN 14 ff.; NK – Merkel, § 218 a RN 81; Otto, § 13 RN 47

512. BGBl I 1995, Seite 1050

nahezu vollständig durch die erweiterte medizinische Indikation auffangen wollte.⁵¹³ Diese Neufassung einer sachlich unverändert gewollten Gesetzeslage ist vielfach als Diskriminierung behinderten Lebens kritisiert worden.⁵¹⁴ Da und weil jedoch aufgrund des neu ins Grundgesetz eingefügten Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG die eigenständige Normierung einer embryopathischen Indikation nicht und auch die Berücksichtigung embryopathischer Parameter nur noch eingeschränkt zulässig ist, kann und wird der neugefasste § 218 a Abs. 2 StGB eine derartige Auffangfunktion nicht erfüllen.⁵¹⁵ Demgemäß und darüber hinaus konnte bzw. kann die embryopathische Indikation nur genauso weit in den neugefassten § 218 a Abs. 2 StGB verlagert werden, wie sich gerade aus den mit der Schädigung des Ungeborenen verbundenen Belastungen der Mutter die Prognose einer möglichen schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren ableiten lässt.⁵¹⁶ Denn nur wenn eine solch schwerwiegende Gesundheitsgefahr oder eine Lebensgefahr für die Schwangere vorliegt, ist de lege lata überhaupt eine Spätabtreibung zulässig.⁵¹⁷

Die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 218 a Abs. 2 StGB hat all dies zu berücksichtigen.

I. Einordnung, Rechtsnatur der medizinisch-sozialen Indikation

Ihrer gesetzlichen Fassung zufolge stellt sich die medizinisch-soziale Indikation als Rechtfertigungsgrund dar. Dies ist in § 218 a Abs. 2 StGB mit der Bezeichnung entsprechender Abbrüche als nicht rechtswidrig ausdrücklich normiert.⁵¹⁸ Dass die Einordnung der medizinisch-sozialen Indikation als Rechtfertigungsgrund rechtlich und ethisch höchst problematisch ist und auf den ersten Blick auch nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum hohen Wert des ungeborenen Lebens zu entsprechen scheint, wurde bereits im verfassungsrechtlichen Teil dieser Arbeit erläutert.⁵¹⁹ Durch den Ausschluss der Rechtswidrigkeit besteht die Gefahr der Relativierung des hohen Wertes des geschützten Rechtsgutes.⁵²⁰

Anderseits ist aber eine konsequente Einordnung aller Schwangerschaftsabbrüche aufgrund medizinisch-sozialer Indikation als rechtswidrig verfassungsrechtlich nicht durchzuhalten. Jedenfalls in den Fällen der vitalen Indikation,⁵²¹ also bei Lebensgefahr für die Mutter, kann eine

513. BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26; so jedenfalls aufgefasst von *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (141 f.); Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 38; *Tröndle*, NJW 1995, Seite 3009 (3015)

514. Beispielhaft *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (159 f.); *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (142)

515. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.B „Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG“

516. Vgl. dazu nur *Gropp*, GA 2000, Seite 1 (2); NK – *Merkel*, § 218 a RN 95

517. Vgl. insofern nur den eindeutigen Wortlaut des § 218 a Abs. 2 StGB.

518. Dies wurde letztlich auch vom *BVerfG* für zulässig erklärt; *BVerfGE* 88, Seite 203 (261 f.; 273 ff.; 299). Damit hat sich ein langer Streit, über die Rechtsnatur der Indikationen erübrig. Vgl. zu diesem Streit D / T – *Tröndle*, (46. Aufl.), Vor § 218 RN 8a ff. m.w.N. ; Sch / Sch – *Eser*, 24. Aufl., § 218 a RN 5 f. m.w.N.

519. § 2.A.II.2.c.dd „Zur teilweisen Aufhebung der Bindungswirkung führende Widersprüche in den Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen?“

520. Dazu auch D / T – *Tröndle*, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 i

521. Diese stellt einen Unterfall der medizinisch-sozialen Indikation dar.

Einordnung des Schwangerschaftsabbruchs als rechtswidrig nicht überzeugen.⁵²² Denn eine Frau mit der Rechtsordnung zu zwingen, in dieser Konstellation wäre Nothilfe zugunsten des Kindes möglich, den eigenen Tod hinzunehmen, lässt die Menschenwürde der Frau völlig außer acht und stünde im eklatanten Widerspruch zu den Wertungen unserer Verfassung.⁵²³

Das Bundesverfassungsgericht hat die Qualifikation von Ausnahmetatbeständen als nicht – rechtswidrig auch für Fälle der nicht-vitalen Indikation für verfassungsrechtlich zulässig erklärt.⁵²⁴ Ob die Besonderheit und Singularität der Situation aufgrund der einzigartigen Verbindung und Abhängigkeit von ungeborenem Kind und Schwangerer tatsächlich ausreichend ist, um die Nicht-Rechtswidrigkeit in allen Fällen der medizinisch-sozialen Indikation zu begründen, bleibt höchst fraglich. Anderseits erscheint es schwierig, ohne weiteres die über die bei vitaler Indikation angenommene Rechtfertigung eines Schwangerschaftsabbruch hinaus gehende Möglichkeit der Qualifizierung einzelner anderer Ausnahmetatbestände als nicht rechtswidrig, besonders in den Konstellationen, in denen elementare Rechtsgüter der Schwangeren wie insbesondere ihre Gesundheit im schwerwiegenden Maße betroffen sind, als völligen Systembruch zu bezeichnen.⁵²⁵ Denn bereits mit der Anerkennung der rechtfertigenden Wirkung der vitalen Indikation wird die Unantastbarkeit unschuldigen menschlichen Lebens, jedenfalls für die vorgeburtliche Zeit, durchbrochen. Gerade die Festlegung des Bereiches, in dem eine Rechtfertigung noch nicht völlig unstimmig erscheint, ist dabei jedoch nicht eindeutig und unstreitig möglich, so dass die Ausführungen des Verfassungsgerichts zur Zulässigkeit der Qualifikation der Ausnahmetatbestände als nicht-rechtswidrig nicht als offensichtlich widersprüchlich und als Systembruch erscheinen können. Damit müssen aber auch diese Festlegungen des Verfassungsgerichts als bindend⁵²⁶ betrachtet werden,⁵²⁷ folglich bei der Auslegung des einfachen Gesetzesrechts und damit auch der Frage der Zulässigkeit der Qualifikation der medizinisch-sozialen Indikation als nicht rechtswidrig zugrunde gelegt werden. Die *de lege lata* erfolgte Einordnung als Rechtfertigungsgrund bedingt jedoch, dass die Auslegung des die Spätabtreibung im Einzelfall gestattenden § 218 a Abs. 2 StGB so vorzunehmen ist, dass sie gerade und auch im Hinblick auf den vorstehenden Konfliktstoff noch als rechtfertigend bezeichnet werden kann. Eine restriktive und enge Interpretation des Indikationsrahmens der sich ihrer gesetzlichen Fassung zufolge als Rechtfertigungsgrund darstellenden medizinisch-sozialen Indikation ist demgemäß notwendige Folge der schwerwiegenden Bedenken gegen eine rechtfertigende Wirkung jenseits der vitalen Indikation.

522. Auch die überwiegende Anzahl derjenigen Autoren, die grundsätzlich die Einordnung eines Schwangerschaftsabbruchs als nicht rechtswidrig ablehnen, halten eine Rechtfertigung eines Schwangerschaftsabbruchs aufgrund vitaler Indikation für gegeben: Beispielsweise *Belling*, Seite 129 ff.; *Brießmann*, JR 1991, Seite 397 (399); D / T – *Tröndle*, (42. Aufl.), Vor § 218 RN 9 j; *Geiger*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10, Seite 33 (52). Vgl. dazu auch die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.A.II.2.c.dd(2) „Die Möglichkeit der Qualifikation der Ausnahmetatbestände als nicht-rechtswidrig“; andere Ansicht jedoch *Esser*, MedR 1983, Seite 57 (59)

523. Vgl. dazu auch die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.A.II.2.c.dd(2)(c) „Fazit“

524. *BVerfGE* 88, Seite 203 (261 f.; 273 ff.; 299)

525. Vgl. insofern nur die Ausführungen von *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16, Seite 95 (99), dem eine Rechtfertigung in diesen Fällen als möglich erscheint.

526. Allgemein zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen vgl. die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.A.1 „Die besondere Bedeutung der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch“

527. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.A.II.2.c.dd(2)(c) „Fazit“

II. Voraussetzungen

Die medizinisch-soziale Indikation setzt zunächst und vor allem voraus, dass eine bestimmte Gefahrenlage gegeben ist. Der Schwangerschaftsabbruch muss entweder zur Abwendung einer „Gefahr für das Leben“ oder der „Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes“ der Schwangeren angezeigt sein. Umfasst wird insofern und zunächst das klassische Gebiet medizinischen Handelns. Ihr Anwendungsbereich ist jedoch nicht darauf begrenzt, da sich die Gesundheits- und / oder Lebensgefahr dabei auch erst unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse ergeben kann. Dieser Wortlaut führt dazu, dass bei der Beurteilung der Gefährdung des Lebens und der Gesundheit der Schwangeren nicht nur der Zustand der Schwangerschaft selbst, sondern auch die nachgeburtlichen Belastungen durch die Versorgung des Kindes berücksichtigt werden können.⁵²⁸ Daher können auch soziale und embryopathische Parameter im Rahmen des § 218 a Abs. 2 StGB eine Rolle spielen, sofern und soweit die dadurch hervorgerufenen Belastungen zu einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Schwangeren führen.⁵²⁹

1. Gefahr für das Leben oder Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes

Der Schwangerschaftsabbruch muss angezeigt sein, um eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Schwangeren abzuwenden. Unter dem Begriff der Gefahr versteht man einen durch eine beliebige Ursache eingetretenen ungewöhnlichen Zustand,⁵³⁰ in welchem nach den konkreten Umständen des Einzelfalls der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist. Ein Schadenseintritt ist dabei dann wahrscheinlich, wenn mit ihm aufgrund konkreter Anhaltspunkte innerhalb vernünftiger Lebenserfahrung zu rechnen ist bzw. die Möglichkeit der Verwirklichung nahe liegt. Bloße Vermutungen oder vage Anhaltspunkte für eine Gefahr reichen jedenfalls nicht, vielmehr muss eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt bestehen.⁵³¹ Vorausgesetzt wird demgemäß das Vorliegen einer konkreten Gefahr.⁵³² Dies folgt schon aus dem § 218 a Abs. 2 StGB innenwohnenden „ultima ratio“-Gedanken.⁵³³ Der Grad der erforderlichen Wahrscheinlichkeit ist nicht absolut bestimmbar, da er auch abhängig von der Schwere des drohenden Schadens, also von der jeweiligen Gefahrdimension, ist.⁵³⁴ Je schwerer die drohende Gesundheitsbeeinträchtigung wiegt, desto kleiner braucht die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts zu sein. Droht der Schwangeren durch Austragen der Leibesfrucht der Tod, braucht das Risiko des Schadenseintritts nur relativ gering zu sein. Allerdings muss der Wahrscheinlichkeitsgrad, auch bei Lebensgefahr, stets erheblich

528. Vgl. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 14; LK – *Kröger*, § 218 a RN 32, Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 29

529. Dazu auch *Gropp*, GA 2000, Seite 1 (2); LK – *Kröger*, § 218 a RN 31 f; NK – *Merkel*, § 218 a RN 95 ff. Vgl. zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Berücksichtigung solcher Parameter die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.B.III „Verbot versteckter unmittelbarer Diskriminierung“

530. Daraus ergibt sich schon, dass die gewöhnlich mit Schwangerschaft und Geburt verbundenen Risiken und Beschwerlichkeiten oder normalen Schwangerschaftsängste keine Gefahr im Sinne von § 218 a Abs. StGB darstellen können. Vgl. dazu auch *BVerfGE* 88, Seite 203 (257); LK – *Kröger*, § 218 a RN 34.

531. *BGHSt* 18, Seite 271, (272); 26, Seite 176, (179); Lackner / Kühl – *Kühl*, § 34 RN 2; LK - *Kröger*, § 218 a RN 33; Sch / Sch – *Perron*, § 34 RN 12; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 24

532. Vgl. dazu nur Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 12; LK - *Kröger*, § 218 a RN 33 f.; NK – *Merkel*, § 218 a RN 83; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 31; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 29

533. Vgl. dazu Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 31

534. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 12; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 31; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 29

über dem bei einem normalen Verlauf der Schwangerschaft gegebenen Risikograd liegen.⁵³⁵ Auf die Spätabtreibung bezogen bedeutet das demnach, dass aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Eintritt des Todes der Schwangeren oder einer schweren Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes naheliegend sein muss, sofern die Frau die Schwangerschaft fortsetzt. Der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad ist dabei nach ärztlicher Erkenntnis in Abhängigkeit von den der Frau drohenden Beeinträchtigungen zu bestimmen.

Aus dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzessystematik⁵³⁶, der die „Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren“ ausdrücklich anordnet,⁵³⁷ ergibt sich bereits, dass der Schadenseintritt nicht schon während der Schwangerschaft zu drohen braucht.⁵³⁸ Ausreichend ist vielmehr die Gefahr, dass die Folgen erst im weiteren Verlauf der Schwangerschaft, bei der Geburt oder gar erst nach der Geburt einzutreten drohen.⁵³⁹ Notwendig ist jedoch, dass die zur Abwehr der Gefahr erforderliche Handlung gegenwärtig vorgenommen werden, also ein Schwangerschaftsabbruch sein muss, um erfolgreich zu sein. Entscheidend ist dabei, ob die Verhinderung der zukünftigen Gefahrzuspitzung nur durch die Verhinderung der Geburt des Kindes zum errechneten Termin abgewendet werden kann.⁵⁴⁰ Gegenwärtigkeit der Gefahr im engen Sinne eines unmittelbar bevorstehenden Schadenseintritts wird insoweit also nicht vorausgesetzt.⁵⁴¹

a. Lebensgefahr

Eine Lebensgefahr kann zum einen durch solche Risiken begründet werden, die sich aus bereits vorhandenen Leiden oder körperlicher Instabilität der Schwangeren ergeben, welche sich durch die Schwangerschaft verschlimmern können.⁵⁴² Zum anderen kann aber auch eine Gefahr für das Leben der Schwangeren bei schweren psychischen Depressionen bestehen, die eine Suizidneigung hervorrufen oder verschlimmern können.⁵⁴³ Allerdings ist gerade bei der Beurteilung einer

535. NK – *Merkel*, § 218 a RN 83; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 29

536. Im Zusammenhang mit der damals im Gesetz ausdrücklich geregelten embryopathischen Indikation sowie der Notlagenindikation, ließ sich eine einschränkende Auslegung dahingehend vertreten, als auch unter Berücksichtigung der zukünftigen Lebensverhältnisse die unmittelbaren Auswirkungen der Gefahr schon während der Schwangerschaft eintreten mussten. Dies ist durch den Wegfall (der eigenständigen Regelung) dieser Indikationen nicht mehr möglich. Dazu *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (141)

537. Ausdrücklich anzumerken ist allerdings, dass nach dem Gesetzestext entsprechende Verhältnisse bei der Beurteilung des Gesundheitszustandes nur zu berücksichtigen sind. Sie bilden damit nur eine Erkenntnisquelle unter anderen, nicht einen maßgeblichen Abbruchgrund. So auch bereits LK – *Jähnke*, 10. Aufl., § 218 a RN 35. Dazu auch T / F – *Fischer*, § 218a RN 26 f.

538. Insoweit einhellige Meinung. Beispielhaft *BGH NJW* 2002, Seite 2636 (2637 f.); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 12; LK – *Kröger*, § 218 a RN 33; NK – *Merkel*, § 218 a RN 84; *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (141); Sch / Sch – *Eser*, § 218a RN 31; SK – *Rudolphi*, § 218a RN 30; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 24

539. Siehe dazu auch SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 30

540. Dazu auch NK – *Merkel*, § 218 a RN 84

541. NK – *Merkel*, § 218 a RN 84; *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (141); Sch / Sch – *Eser*, § 218a RN 31; SK – *Rudolphi*, § 218a RN 30; T / F – *Fischer*, § 218a RN 24; im Ergebnis ähnlich LK – *Kröger*, § 218 a RN 33, die zwar eine gegenwärtige Gefahr als erforderlich ansieht, den Begriff der Gegenwärtigkeit dann aber weit auslegt und es ausreichen lässt, wenn der Schaden selbst erst später einzutreten droht.

542. MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 43; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 28, SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 26

543. RGSt 61, Seite 242 (258); BGHSt 2, Seite 111 (115); BGHSt 3, Seite 7 (9 f.); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 12; MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 43; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 28, SK – *Rudolphi*, § 218 a

Selbstmordgefahr der Umstand zu berücksichtigen, dass Selbstmorddrohungen Schwangerer, obwohl in jedem Fall ernst zu nehmen, tatsächlich nur selten verwirklicht werden. Das bloße Vortäuschen einer Lebensgefahr genügt nicht. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit hinter der Drohung, verifizierbar aufgrund der näheren Begleitumstände, eine ernstzunehmende Entschlossenheit oder Verzweiflung steht.⁵⁴⁴

Aus welchem Grund sich die Suizidneigung verstärkt bzw. hervorgerufen wird – persönlichen Problemen, einer diagnostizierten Schädigung des Kindes, einer Überforderung mit der Schwangerschaft an sich oder anderen Ursachen – ist dabei unerheblich. Entscheidend ist vielmehr, dass sich aufgrund der körperlichen Verfassung der Frau, vorhandener Leiden oder einer ernsthaften und erstzunehmenden Suizidneigung die nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit des Todes der Schwangeren ergibt. Angesichts der Gefährdung des Lebens der Schwangeren genügt zwar schon eine relativ geringe Wahrscheinlichkeit, die andererseits jedoch stets erheblich über dem bei einer normalen Schwangerschaft gegebenen Risikograd liegen muss.⁵⁴⁵ Beruht die Suiziddrohung auf einer diagnostizierten Schädigung des Kindes, ist durch den Arzt besonders gründlich zu prüfen, ob tatsächlich eine echte Suizidgefahr vorliegt, um eine Umgehung des grundsätzlich bestehenden Verbots von Spätabtreibungen und einen Missbrauch der medizinisch-sozialer Indikation zu verhindern.

b. Gesundheitsgefahr

Eine Gefahrenlage für die Gesundheit der Schwangeren liegt gem. § 218 a Abs. 2 StGB dann vor, wenn die Gefahr schwerwiegender Beeinträchtigungen des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren droht, wobei auch die gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren zu berücksichtigen sind. Unter Gesundheitsgefahr ist dabei die Gefahr der Entstehung oder Steigerung eines körperlichen oder seelischen Leidens zu verstehen.⁵⁴⁶

aa. Erscheinungsformen

Die Gesundheitsgefahr kann sich demgemäß aufgrund originärer körperlicher Leiden, aber auch erst aufgrund psychischer Leiden ergeben.

(1) Körperliche Leiden

Die Bedeutung körperlicher Leiden als Indikationsgrund ist angesichts des medizinischen Fortschritts und der Therapierbarkeit vieler Krankheiten auch und gerade in der Schwangerschaft stark zurückgegangen. Angesichts immer neuer, teilweise bahnbrechender medizinischer Erkenntnisse und Therapieverfahren dürfte sich dieser Trend auch in Zukunft fortsetzen. Insofern muss gerade in diesem Punkt immer auf den neuesten (aber machbaren) Stand der medizinischen Wissenschaft geachtet werden.⁵⁴⁷ Dabei gibt es zum einen solche körperlichen Leiden, die schon

RN 26. Kritisch insoweit NK – *Merkel*, § 218 a RN 86 ff., der auf die unzumutbare Bedrohung des seelischen Gesundheitszustandes abstehen will.

544. BGHSt 2, Seite 111 (115); AG Celle, NJW 1987, Seite 2307 (2309); MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 43; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 28

545. Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 31; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 29

546. Vgl. dazu nur MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 44; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 27

547. Beispielhaft: LK – *Kröger*, § 218 a RN 40. Vgl. zu körperlichen Leiden, die in der medizinischen Literatur als ausreichend für die Begründung einer Gesundheitsgefahr angesehen werden, die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.E.II „Exkurs: Ergänzender Blick in die medizinische Literatur“

vorher bestanden und durch die Schwangerschaft verstärkt werden, zum anderen Beschwerden, die erst durch die Schwangerschaft an sich hervorgerufen werden.⁵⁴⁸ Zu letzteren zählt beispielsweise das HELLP-Syndrom⁵⁴⁹ oder das durch eine hochgradige Mehrlingsschwangerschaft erhöhte Risiko für Gestosen, Thrombo-Embolien und (Prä-)Eklampsie.⁵⁵⁰

(2) Psychische Leiden

Die Berücksichtigung des seelischen Gesundheitszustandes ist ausdrücklich in § 218 a Abs. 2 StGB angeordnet. Ganz anders als bei körperlichen Leiden hat die Bedeutung psychischer Leiden als Indikationsgrund erheblich zugenommen.⁵⁵¹

Vorhandene psychische Leiden fallen dann unter die medizinisch-soziale Indikation, wenn sie zum einen durch die Schwangerschaft oder die Überforderung mit der Schwangerschaft an sich verschlechtert werden,⁵⁵² zum anderen, wenn diese seelischen Leiden so stark wirken, dass die Frau den Anforderungen der Kindererziehung unter ihren Lebensbedingungen nicht schadlos entsprechen kann.⁵⁵³ Indes ist es natürlich auch möglich, dass erst durch die Belastungen mit der Schwangerschaft sowie der späteren Kinderbetreuung im Einzelfall im Hinblick auf die konkreten gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Frau psychische Leiden von solchem Gewicht entstehen, dass sie als schwerwiegende Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes aufzufassen sind.⁵⁵⁴

Gerade im Rahmen von psychosozialen Notlagen besteht allerdings eine erhöhte Missbrauchsgefahr. Angemahnt werden muss hier, auch um eine verfassungskonforme Gesetzesanwendung zu erreichen, eine sorgfältige und ernsthafte Indikationsstellung. Dabei darf der Einfluss, den echte schwerste soziale Notlagen, auch im Sinne einer schweren kindlichen Schädigung, auf das gesundheitliche Allgemeinbefinden haben können, nicht vernachlässigt werden. Nichtsdestotrotz muss gerade im Bereich seelischer Leiden Krankheit auch als solche begriffen und zur Voraussetzung einer rechtfertigenden Wirkung gemacht werden.⁵⁵⁵ Psychische Krankheiten in ihrer ehrlichen Ausprägung dürfen schon angesichts der enormen Bedeutung der

548. Vgl. dazu nur Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 29

549. Dazu Rath, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band V. Seite 61 (74 f.)

550. Dazu BÄK, Bekanntmachung, Frauenarzt, Seite 771 (772); Hülsmann, NJW 1992, Seite 2331 (2334)

551. Vgl. nur LK – Kröger, § 218 a RN 40; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 26

552. Demgemäß fallen unter den Begriff der Gesundheitsgefahr unter anderem nicht die echten Geisteskrankheiten, körperlich begründbare Psychosen, endogenen Depressionen und geistige Behinderung, weil diese Regelwidrigkeiten von der Schwangerschaft und folglich einem Abbruch nicht beeinflusst werden. Vgl dazu Hepp / Wisser, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band I/1. Kapitel 5. Seite 69 (90); Hoff / Hoff, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 346 (351 ff.)

553. Vgl. dazu nur MüKo – StGB – Groppe, § 218 a RN 44; LK – Kröger, § 218 a RN 40; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 29

554. Vgl. dazu nur MüKo – StGB – Groppe, § 218 a RN 44; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 29; T / F – Fischer, § 218 a RN 26

555. Dazu auch Hofstätter, Seite 95 ff, 105 f.

Depression für Selbstmorde⁵⁵⁶ nicht vernachlässigt oder unterschätzt werden. Die sachgerechte Indikationsfeststellung in diesen Bereichen ist und bleibt jedoch eine besondere Herausforderung.⁵⁵⁷

(3) Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen

Die embryopathische Indikation wurde als eigenständige Regelung mit dem SFHÄndG vom 21.08.1995⁵⁵⁸ abgeschafft, um klarzustellen, dass eine Behinderung des Kindes als solche niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen kann.⁵⁵⁹ Auch wenn es wohl die Intention des Gesetzgebers war, durch Erweiterung der medizinischen Indikation zu einer medizinisch-sozialen, die Fälle der embryopathisch motivierten Spätabtreibung der früheren Indikation vollständig aufzufangen,⁵⁶⁰ ist die Berücksichtigung von embryopathischen Parametern nur im eingeschränkten Umfang möglich. Schon nach der Gesetzeslage reicht es insofern eben nicht (mehr) aus, dass ein (wahrscheinlich) behindertes Kind eine Belastung oder Zumutung für die Mutter darstellt. Es kann und darf allein deswegen nicht abgetrieben werden.⁵⁶¹ Bei einer entsprechenden Sachlage muss – insofern zwar davon abhängig, aber dennoch zusätzlich – die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeeinträchtigung der Schwangeren bestehen, anders ausgedrückt, eine erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigung der Schwangeren muss wahrscheinlich sein. Dass eine Schädigung des Kindes zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung führt, ist aber gerade nicht der Regelfall, sondern nur in eng umgrenzten Ausnahmesituationen gegeben. Insofern ist bei den Fallgruppen, die früher der embryopathischen Indikation unterfielen, immer zu prüfen, ob sich für die Mutter aus der Geburt des schwergeschädigten Kindes und der hieraus resultierenden besonderen Lebenssituation Belastungen ergeben, die sie derart in ihrer individuellen physischen und psychischen Konstitution überfordern, dass die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung⁵⁶² ihres Gesundheitszustandes besteht.⁵⁶³ Die Summierung von zeitlichen,

556. Dazu *Rübenach*, Wirtschaft und Statistik 2007, Seite 960 (962)

557. Vgl. zu seelischen Leiden, die in der medizinischen Literatur als ausreichend für die Begründung einer Gesundheitsgefahr angesehen werden, die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.E.II „Exkurs: Ergänzender Blick in die medizinische Literatur“

558. BGBI I 1995, Seite 1050

559. BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26

560. Vgl. dazu BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26 „Zwar beruhten seit jeher die Regelungen betreffend die embryopathische Indikation demgegenüber auf der Erwägung, dass sich in solchen Fällen eine unzumutbare Belastung für die Schwangere ergeben kann. Durch die Formulierung der medizinischen Indikation in § 218a Abs. 2 StGB (...) können diese Fallkonstellationen aufgefangen werden.“ – Ein Erfassen aller Fälle der embryopathischen Indikation, so es denn tatsächlich überhaupt jemals gewollt war, (davon ausgehend jedoch ein Großteil des Schrifttums: beispielhaft *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (141 f.); *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 38; *Tröndle*, NJW 1995, Seite 3009 (3015)) die Formulierung in den Gesetzesmaterialien ist da nicht ganz eindeutig, ist einfachgesetzlich nur bei äußerst weiter, verfassungsrechtlich nicht mehr haltbarer Auslegung des Begriffs der Gesundheitsgefahr denkbar.

561. Dies verkennt jedoch die Kritik, die sich gegen den neuen § 218 a Abs. 2 StGB erhoben hat. (Beispielhaft *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (158) „„medzinisch“ indiziert... Menschen...“, die für andere eine Belastung darstellen, umzubringen“; *Hepp*, Gynäkologe 1996, Seite 407 (410) „Frühethanasie“). Letztlich zeigt dies jedoch nur, dass gerade und auch in der Praxis sowie der Bevölkerung die einengende Voraussetzung der Gesundheitsgefahr für die Mutter nicht wahr – und ernst genommen wird. Zum Problem dieser Fehlinterpretation auch *Fachgesellschaften*, „Scharzenfelder Manifest“, Frauenarzt 1998, Seite 321 (322)

562. Zu den genauereren Voraussetzungen, wann die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes besteht, siehe unten unter § 3.B.II.1.b.bb „Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes“ sowie § 3.B.II.1.b.cc „Schweregrad“. Insofern müssen diese unabhängig davon gelten, wodurch diese Gefahr für den Gesundheitszustand der Frau hervorgerufen wird.

kräftemäßigen und finanziellen Überforderungen bei der Mitversorgung eines unheilbar geschädigten Kindes kann daher eben nur insofern eine Rolle spielen, als sich diese Lebensumstände für die Schwangere gesundheitlich in schwerwiegender Weise niederschlagen.⁵⁶⁴

Die durch die kindlichen Schädigungen ausgelöste Gesundheitsgefahr wird sich dabei in der Regel als psychische darstellen, die sich aus den geistigen und psychischen, oft gepaart mit physischen Überlastungen aufgrund der Sorge für ein schwer- und schwerstgeschädigtes Kind ergibt.⁵⁶⁵ Dabei spielt dann gerade und insbesondere die Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse in Vorausschau auf die nachgeburtlichen Sorge- und Einstandspflichten eine Rolle.⁵⁶⁶ Es sind allerdings auch Konstellationen beim Spätabort denkbar, in denen körperliche Leiden der Schwangeren, die an sich keine Gesundheitsgefahr darstellen, erst unter der – zulässigen – Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Frau eine medizinisch-soziale Indikation begründen können. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn die Schwangere aufgrund ihrer körperlichen Konstitution, insbesondere einer (schweren) eigenen Behinderung, zwar ein gesundes Kind, wenn auch unter Mühen, aufziehen könnte, aber den Anforderungen, die mit der Sorge- und Einstandspflicht für ein schwer geschädigtes Kind verbunden sind, nicht gewachsen ist. Es kommt dabei aber erheblich auf den Einzelfall an. Zumal in diesen Fällen oft auch ein Anspruch auf sozialpflegerische Unterstützung besteht und die Gesundheitsgefahr insofern gegebenenfalls auf anderem Wege abgewendet werden kann.⁵⁶⁷

Aus der Notwendigkeit des Abstellens auf die individuellen Gegebenheiten der Frau, auch ihre gesundheitliche Prädisposition, ergibt sich schon, dass jedenfalls grundsätzlich Art und Schwere der kindlichen Schädigung nicht abstrakt oder generell festgelegt werden können, sondern immer im Zusammenhang und in Relation zu den damit verbundene Belastungen für die Schwangere und ihrer individuellen Konstitution gesehen werden müssen.⁵⁶⁸ Liegen jedoch keine Vorerkrankungen der Schwangeren vor, wird eine gesundheitsgefährdende Belastung in der Regel nur bei extrem schwerwiegenden und nicht therapierbaren⁵⁶⁹ Schädigungen eines erwarteten Kindes denkbar sein. Dies folgt aus der lebensschutzverstärkenden Ausstrahlungswirkung des verfassungsrechtlich normierten Diskriminierungsverbots zugunsten Behindter, die nur eine eingeschränkte Gewichtung embryopathischer Parameter erlaubt und zu einer stärkeren Betonung des geforderten Schweregrades der mütterlichen Gesundheitsbeeinträchtigung führt.⁵⁷⁰ Eine solche hat sich aufgrund

563. *BGH NJW* 2002, Seite 2636 (2637); *Müller*, *NJW* 2003, Seite 697 (702 f.); MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 60; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 39; *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR1998, Seite 497 (500); T / F – *Fischer*, § 218 a RN 26

564. Beispielhaft *Müller*, *NJW* 2003, Seite 697 (702 f.); MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 60; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 39

565. Dazu auch *Kähler*, Seite 8 (12); LK – *Kröger*, § 218 a RN 48; *Müller*, *NJW* 2003, Seite 697 (702 f.); Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 38

566. *BVerfGE* 88, Seite 203 (256)

567. Genaueres dazu und zur Zumutbarkeit der anderweitigen Abwendungsmöglichkeit der Gefahr siehe unten bei § 3.B.II.2 „ultima ratio“

568. Vgl. dazu nur MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 60; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 39

569. Vgl. zur in § 218 a Abs. 2 StGB geforderten mangelnden Abwendbarkeit der Gefahr auf andere Weise weiter unten unter § 3.B.II.2

570. Vgl. dazu nur *Herdegen*, Seite 53; *Hofstätter*, Seite 76; *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 177

der äußeren Umstände als besonders greifbar darzustellen, nur entfernte Wahrscheinlichkeiten reichen nicht aus.⁵⁷¹

Das bedeutet im Ergebnis, dass nur in den Konstellationen, in denen auch bei der embryopathisch motivierten Spätabtreibung eine notstandsähnliche Konfliktlage vorliegt, in der die Schwangere nicht in der Lage ist, die mit dem Austragen und Betreuen eines behinderten Kindes verbundenen Belastungen zu (er)tragen, folglich der eigentlichen medizinischen Indikation entsprechende, in der Regel seelische, Überforderungen existieren, die Voraussetzungen dieser Indikation, insbesondere eine ausreichend schwere Gesundheitsgefahr, gegeben sein können. Bei sämtlichen anderen Fallkonstellationen des embryopathisch motivierten Spätaborts, in denen keine Lebens- oder Gesundheitsgefahr i.S. der medizinisch-sozialen Indikation besteht, ist eine Spätabtreibung nicht mehr straffrei⁵⁷² möglich.⁵⁷³ Voraussichtliche Behinderungen des Kindes können sich nur mittelbar dahingehend auswirken, dass die Erwartung eines schwer geschädigten Kindes und insbesondere eine damit verbundene psychische Belastung die Gesundheit der Schwangeren derart gefährdet, dass ein Abbruch aus medizinischer – und zwar ausschließlich auf die Mutter gerichteter Sicht – wegen schwerwiegender Gesundheitsgefahren indiziert ist.⁵⁷⁴ Das Vorliegen einer kindlichen Schädigung und deren Schwere können daher allein keinesfalls mehr den Ausschlag hinsichtlich der Frage, ob ein Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig möglich ist, geben. Die Schwere der diagnostizierten Schädigung kann dabei für die Beurteilung, ob eine Gesundheitsgefahr überhaupt denkbar ist, berücksichtigt werden. Letztlich kann und wird je nach Einzelfall die drohende Gesundheitsgefahr unterschiedliche und mannigfaltige Ursachen haben, wobei unter den skizzierten Umständen eben auch die drohende Schädigung des Kindes eine solche sein kann.⁵⁷⁵

(4) Exkurs: Pränatale Diagnostik kindlicher Schädigungen – Verfahren

Es gibt verschiedene pränataldiagnostische Verfahren, durch die eine kindliche Pathologie im Mutterleib erkannt werden kann.⁵⁷⁶ Dabei ist die Feststellung von kindlichen Schädigungen in der Regel vor Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit möglich. Späte embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche sollen nach Aussage der DGGG zu einem Teil auf verspäteter Feststellung eines Problems, das Grundlage einer medizinischen Indikation zum Schwangerschaftsabbruch sein kann, beruhen. Vermehrt in Anspruch genommene hoch qualifizierte pränatale Diagnostik soll nach Erklärung der DGGG, die auf persönliche Erfahrung von Pränataldiagnostikern einerseits und eine Studie in Frankreich anderseits verweist, die Zahl später Schwangerschaftsabbrüche senken können.⁵⁷⁷ Pränatale Diagnostik im engeren Sinn umfasst sehr unterschiedliche Maßnahmen.

571. § 2.B.III „Verbot versteckter unmittelbarer Diskriminierung“

572. Beachte aber § 218 a Abs. 4 StGB

573. Ähnlich auch *Bundesregierung* in BT-Drs. 13 / 5364, Seite 15; *Hofstätter*, Seite 266; *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 38, RN 39; *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR1998, Seite 497 (500)

574. Vgl. dazu auch *Müller*, NJW 2003, Seite 697 (702 f.)

575. Ähnlich auch die gemeinsame Stellungnahme verschiedener *Fachgesellschaften* anlässlich der 5. Medizinisch-Ethischen Klausur- und Arbeitstagung im Schloß Schwarzenfeld (*Fachgesellschaften*, „Scharzenfelder Manifest“, Frauenarzt 1998, Seite 321 (322))

576. Zur Problematik der Prognoseeinschätzung vgl. nur *Kähler*, Seite 8 (9)

577. *DGGG*, Fachbroschüre, Seite 25

Durch sonographische Untersuchungen können bereits ab der Frühschwangerschaft Auffälligkeiten des Feten festgestellt werden. Um bestehende Fehlbildungen sicher erkennen zu können, muss der Fetus mit einem hochauflösenden Ultraschallgerät und unter Verwendung einer Checkliste, die Normwerte für alle fetalen Organe enthält, sorgfältig untersucht werden. Von Bedeutung sind dabei sogenannte Hinweissymptome wie zum Beispiel ein Nackenödem⁵⁷⁸ im ersten Trimenon, eine Oligo-⁵⁷⁹ oder Polyhydramnie⁵⁸⁰, eine frühe Wachstumsretardierung oder fetale Disproportion, die Fehlbildungen nahelegen.⁵⁸¹ Der Schwerpunkt der pränatalen Ultraschalldiagnostik liegt im 2. Trimenon und zwar zwischen der 16. und 22. Schwangerschaftswoche.⁵⁸²

Dem Erkennen von Chromosomenanomalien wie unter anderem der Trisomie 21 dient der Triple-Test, der zwischen der 14. – 18. Schwangerschaftswoche durchgeführt wird. Im Rahmen der labortechnischen Untersuchung des mütterlichen Serums wird die Alphafetoprotein (AFP)-, hCG- und Estriolkonzentration bestimmt. In Kombination mit dem Alter der Schwangeren ermöglicht der Test eine Aussage über das individuelle Risiko der Schwangeren, ein Kind mit Chromosomenanomalien sowie Neuralrohrdefekten zu bekommen.⁵⁸³

Diese überwiegend risikobestimmenden Untersuchungen können durch invasive diagnostische Maßnahmen, wie die Entnahme von Chorionzottengewebe, die Amnioxentese, die Nabelschnurblutpunktion und die Fetoskopie, ergänzt werden. Diese Techniken dienen der Gewinnung embryonalen Gewebes oder fetaler Zellen für genetische Tests und, bei der Amnioxentese, der Gewinnung von Fruchtwasser für biochemische Analysen.

Bei der Chorionzottenbiopsie, die ab der 10. Schwangerschaftswoche durchgeführt werden kann, erfolgt die Entnahme von Zellen aus der zukünftigen Plazenta mittels eines durch den Zervix oder durch den Bauch der Frau eingeführten Katheters unter Ultraschallkontrolle. Durch Analyse der entnommenen Zellen können Besonderheiten von Chromosomen, Stoffwechsel und anderen gentechnologisch feststellbaren Veränderungen aufgedeckt werden.⁵⁸⁴ Die sogenannte späte Chorionzottenbiopsie kann ab dem 2. Schwangerschaftsdrittel durch Punktion der Plazenta erfolgen.⁵⁸⁵

Die Amnioxentese kann als Frühamnioxentese zwischen der 11. und 14. Schwangerschaftswoche und als Standardamnioxentese zwischen der 15. und 16. Schwangerschaftswoche erfolgen. Eine

- 578. Unter einem Ödem versteht man dabei eine krankhafte Ansammlung von seröser Flüssigkeit, aus *med. Duden*, Stichwort: Ödem
- 579. Fruchtwassermangel, vgl. dazu *Pfleiderer*, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 400 (413)
- 580. Übermäßige Fruchtwassermenge, vgl. dazu *Pfleiderer*, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 400 (412 f.)
- 581. *Breckwoldt*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (288); *Holzgreve*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (452 ff.; 457)
- 582. *Müller / Rauskolb*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV. Seite 245 (246)
- 583. *Breckwoldt*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (294); *Müller / Rauskolb*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV. Seite 245 (247 ff.)
- 584. Vgl. dazu *Breckwoldt*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (296 f.); *Holzgreve*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (470 ff.); *Müller / Rauskolb*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV. Seite 245 (255 ff.)
- 585. *Holzgreve*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (470 f.)

Punktionskanüle wird an der vorher bei der Ultraschalluntersuchung ausgewählten Stelle mit oder ohne Ultraschallkontrolle in die Amnionhöhle⁵⁸⁶ eingeführt.⁵⁸⁷ Das dabei entnommene Fruchtwasser wird zur Analyse von Zellen des Fetus sowie von Substanzen, die sich im Fruchtwasser befinden, z.B. Alphafetoprotein, verwendet. Die Fetalzellen werden in-vitro kultiviert und zur Teilung gebracht. Die Ergebnisse der konventionellen Zellkultur liegen nach etwa zwei Wochen vor. An den sich teilenden Zellen können dann die Chromosomen des Kindes untersucht werden. Auch biochemische Defekte sind dadurch, ebenso wie durch Direktanalyse des Fruchtwassers, nachweisbar.⁵⁸⁸ Durch die Amniozentese können dabei unter anderem Besonderheiten von Chromosomen, einige angeborene Stoffwechselstörungen, Neuralrohr- und Bauchwanddefekte sowie eine intrauterine Hämolyse des Feten erkannt werden.⁵⁸⁹

Bei der Nabelschnurpunktion, auch als Cordozentese bezeichnet, wird durch die Bauchdecke der Mutter unter kontinuierlicher sonographischer Kontrolle ein Nabelschnurgefäß, meist die Nabelvene, punktiert.⁵⁹⁰ Durchgeführt werden kann die Cordozentese etwa ab der 18. Schwangerschaftswoche.⁵⁹¹ Dieses Verfahren dient insbesondere zur Analyse von Blutbestandteilen und zur schnellen Feststellung von Besonderheiten der Chromosomen des Kindes. Eine Chromosomenuntersuchung nach Cordozentese benötigt entsprechend der Dauer der Lymphozytenkultur ca. 2–3 Tage. Mittels Nabelschnurpunktion können sowohl genetisch bedingte Krankheiten, als auch solche, die im Verlauf der intrauterinen Entwicklung erworben wurden, also Infektionskrankheiten, diagnostiziert werden.⁵⁹²

Bei der Fetoskopie wird der Fetus etwa ab der 17. bis maximal zur 22. Schwangerschaftswoche mittels eines durch die Bauchdecke eingeführten Fetoskops unmittelbar betrachtet. Auf diese Weise können Hauterkrankungen und mittels Ultraschall nicht feststellbare Fehlbildungen der fetalen Oberfläche, wie zum Beispiel Gesichtsfehlbildungen, erkannt werden. Außer einem Endoskop können durch die Fetoskopöhle auch Punktionskanülen zur endoskopische Blutentnahme (siehe Cordozentese) und Biopsiezangen zur Entnahme von Gewebeproben aus der Haut an den Feten herangeführt werden.⁵⁹³

586. Embryonalhülle, aus *med. Duden*, Stichwort: Amnion

587. Breckwoldt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (295); Holzgreve, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (469 f.); Müller / Rauskolb, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV. Seite 245 (257 f.)

588. Breckwoldt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (295 f.); Holzgreve, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (469)

589. Breckwoldt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (296); dazu auch Holzgreve, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (469)

590. Breckwoldt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (296); Holzgreve, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (473); Müller / Rauskolb, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV. Seite 245 (259 f.)

591. Müller / Rauskolb, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV. Seite 245 (260); dazu auch Holzgreve, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (473)

592. Breckwoldt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (296); Holzgreve, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (469 f.); Müller / Rauskolb, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV. Seite 245 (254)

593. Breckwoldt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (297); Holzgreve, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (472); Müller / Rauskolb, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV. Seite 245 (260 f.)

bb. Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes

Diese körperlichen und psychischen Leiden müssen eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes darstellen.

Unter der Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes versteht man dabei jedenfalls die Verursachung oder Steigerung einer physischen oder psychischen Krankheit.⁵⁹⁴ Allerdings ist zu beachten, dass der Begriff des Gesundheitszustandes, bei dessen Beurteilung nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich auch psychische Leiden eine Rolle spielen können, weiter ist, als der im wesentlichen auf das körperliche beschränkte Gesundheitsbegriff der §§ 223 ff. StGB. Insbesondere und zumal der Begriff des Gesundheitszustandes bewusst dem Begriff des Gesundheitsschadens vorgezogen wurde.⁵⁹⁵ Die Gesundheitsgefahr braucht daher nicht notwendig einem spezifischen Krankheitsbild im engen medizinischen Sinne zu entsprechen.⁵⁹⁶ Ausreichend können folglich auch solche Belastungen sein, die aufgrund der Summierung wirtschaftlicher und familiärer Pflichten⁵⁹⁷ oder mit Blick auf künftige Überforderungen durch Sorge- und Einstandspflichten im Falle einer Geburt eines Kindes sich als psychische Dauerüberlastungen der Schwangeren niederschlagen, falls diese Umstände in psychoneurotischen Persönlichkeitsverbiegungen, neurasthenischen Entwicklungen mit ständigen Versagenserlebnissen sowie depressiven Fehlentwicklungen münden können.⁵⁹⁸

Entscheidend und notwendig ist letztlich also eine ganzheitliche Betrachtung, in die sowohl und insbesondere biologisch-medizinische Umstände als auch die gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren einfließen müssen. Es ist auf die psychopsychische Gesamtverfassung der Frau im engeren Sinne abzustellen, die allerdings auch immer in Zusammenhang und Verbindung mit ihrer sozialen Situation zu sehen ist.⁵⁹⁹ In einer intakten Ehe oder anderen Lebensgemeinschaft und einem gesunden sozialen Umfeld werden körperliche Erschöpfung, Versagensreaktionen und andere Arten menschlicher Bedrückung und Belastung wesentlich leichter überwunden, als wenn das Verhältnis der Partner bzw. die sozialen Beziehungen

594. *OLG Düsseldorf*, NJW 1987, Seite 2306 (2307); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 12; MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 44; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 27

595. Vgl. insofern den Gesetzesentwurf der Fraktion der CDU / CSU, BT-Drs. 7 / 554, Seite 3, 6f.; sowie den Gesetzesentwurf einer Gruppe von Abgeordneten, BT-Drs. 7 / 561, Seite 3, 5, in denen die Normierung eines Gesundheitsschadens gefordert wurde. Die Antragsteller blieben aber mit dieser Forderung letztlich erfolglos. Vgl. nur die damals Gesetz gewordene Fassung des 5. StRG vom 18.06.1974 BGBl I 1974, Seite 1297; ohne den Begriff des Gesundheitsschadens auch die aktuelle Fassung des § 218 a StGB, BGBl I 1995, Seite 1050

596. *OLG Düsseldorf*, NJW 1987, Seite 2306 (2307); *Hofstätter*, Seite 262; *Lackner*, Neuregelung, NJW 1976, Seite 1233 (1237); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 12; *LK – Kröger*, § 218 a RN 40; MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 44; Reg. Entwurf BT-Drs. VI/3434, Seite 20; *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 29; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 27

597. Dazu können insbesondere eine große Anzahl bereits vorhandener Kinder (dazu *Hülsmann*, NJW 1992, Seite 2331 (2334); SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 31) oder die Pflege eines kranken Mannes (vgl. SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 31) zählen, die die Schwangere und künftige Mutter schon bis an die Grenze des gesundheitlich noch Erträglichen belasten.

598. *OLG Düsseldorf*, NJW 1987, Seite 2306 (2307); *Hofstätter*, Seite 262; *Lackner*, Neuregelung, NJW 1976, Seite 1233 (1237); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 12; *LK – Kröger*, § 218 a RN 40; *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 29; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 27 – Eine Einschränkung auf bestimmte Krankheitsbilder, die durch spezifische psychosomatische Faktoren genau zu diagnostizieren sind, wird nicht vorgenommen.

599. *OLG Düsseldorf*, NJW 1987, Seite 2306 (2307); *Hofstätter*, Seite 262; *LK – Kröger*, § 218 a RN 40; *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 29; *T / F – Fischer*, § 218 a RN 25

bereits gestört sind und somit nicht mehr ihre seelische Auffangfunktion haben können.⁶⁰⁰ Andererseits, und das bleibt zu betonen, genügt nicht schon jede Störung des subjektiven oder auch des sozialen Wohlbefindens,⁶⁰¹ so dass die normalen, mit der Schwangerschaft und Geburt verknüpften physischen und psychischen Belastungen, ebenso unberücksichtigt bleiben wie die psychische Neuorientierung und Belastung durch ein unerwartetes Kind.⁶⁰²

cc. Schweregrad

Die Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes muss dabei jedoch eine schwerwiegende sein, d.h. es muss eine ernsthafte Bedrohung des Gesundheitszustandes der Schwangeren vorliegen.⁶⁰³ Damit scheiden solche Belastungen aus, die mit jeder normalen Schwangerschaft und Erziehung eines Kindes verbunden sind, andererseits muss und braucht die Gesundheitsgefahr, die einen eigenständigen Indikationsgrund darstellt, in ihrer Intensität aber eben nicht der Lebensgefahr gleichen.⁶⁰⁴ Die Beeinträchtigung muss Spuren hinterlassen, auch wenn sie keine dauerhaften Störungen hervorzurufen braucht. Schnell vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigungen reichen jedenfalls nicht aus.⁶⁰⁵ Wann genau diese Grenze überschritten wird, ist schwierig zu bestimmen und einzelfallabhängig. Denn insbesondere im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation kommt den individuellen Umständen entscheidende Bedeutung zu, so dass sich generelle Maßstäbe nur sehr schwer aufstellen lassen.⁶⁰⁶ Nichtsdestotrotz enthält § 218 a Abs. 2 StGB, obgleich er die Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensumstände der Schwangeren normiert, gerade keine allgemeine Notlagenindikation,⁶⁰⁷ ein Gesundheitsbezug muss immer gegeben sein.⁶⁰⁸ So können insbesondere durch einzelne voraussichtliche Erschwernisse oder durch die Neuorientierung von Lebensplänen verursachte Verstimmungen und psychische Belastungen nicht in schwerwiegende Gesundheitsgefahren umgedeutet werden.⁶⁰⁹ Drohende Körperschäden sind jedoch nach der Wertung des Strafgesetzes, da insoweit deren vorsätzliches Zufügen in § 226 StGB mit erhöhter Strafe bedroht ist, als schwerwiegend einzustufen.⁶¹⁰ Darüber hinaus bemisst sich der notwendige Schweregrad für die Beeinträchtigung an der Zumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft für die Frau.⁶¹¹ Insofern muss ihr das Austragen auch zur Erhaltung des ungeborenen Lebens nicht zuzumuten sein.⁶¹² Demgemäß dürfte der erforderliche Schweregrad der

600. Ähnlich auch LK – Kröger, § 218 a RN 40

601. So jedoch der in der Präambel der Satzung der WHO vom 22.07.1946 normierte Gesundheitsbegriff – <http://www.searo.who.int/EN/Section898/Section1441.htm>

602. *OLG Düsseldorf*, NJW 1987, Seite 2306 (2307); *Lackner*, Neuregelung, NJW 1976, Seite 1233 (1237); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 12; MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 44; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 29; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 28

603. Vgl. dazu MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 45

604. *BGH*, NJW 2002, Seite 886 (887); MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 45; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 30; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 28

605. Reg. Entwurf BT-Drs. VI/3434, Seite 20; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 29; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 28

606. *OLG Düsseldorf*, NJW 1987, Seite 2306 (2307); *Hofstätter*, Seite 263

607. LK – Kröger, § 218 a RN 41; T / F - Fischer, § 218 a RN 27

608. Dazu auch LK – Kröger, § 218 a RN 41

609. Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 30; T / F – Fischer, § 218 a RN 27

610. LK – Kröger, § 218 a RN 41

611. LK – Kröger, § 218 a RN 41; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 30; T / F – Fischer, § 218 a RN 26

612. T / F – Fischer, § 218 a RN 26; ähnlich auch *Hofstätter*, Seite 262 f.

gesundheitlichen Beeinträchtigung jedenfalls bei einer sonst unumgänglich werdenden längerfristigen Einweisung in eine Klinik oder ein psychiatrisches Krankenhaus erreicht sein.⁶¹³ Sonstige Störungen, die keinem festen Krankheitsbild entsprechen, erreichen nur dann den notwendigen Schweregrad, wenn sie von erheblicher Dauer und Gewicht sind und sich, gegebenenfalls im Zusammenhang mit den gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnissen der Schwangeren, als ernsthafte Bedrohung ihres Gesundheitszustandes darstellen.⁶¹⁴ Denkbar ist dies, wenn etwa die Summierung sozialer Belastungen im Zusammenhang mit voraussichtlicher Überforderung durch die Fürsorgepflichten im Fall der Geburt des Kindes zur Gefahr psychischer Dauerüberlastung mit psychosomatischer Symptomatik oder depressiver Fehlentwicklung führt.⁶¹⁵

Jähnke will, um den erforderlichen Schweregrad greifbarer zu machen, zur Festlegung einer schweren Gesundheitsgefahr die prozentuale Minderung der Erwerbsfähigkeit aus dem Sozialrecht als objektiven Maßstab heranziehen. Die Leistungsfähigkeit sei ein wichtiges Anzeichen für Gesundheit. Entsprechend dem Sozialrecht müsse ein erhöhter Grad der Minderung der Erwerbstätigkeit von 50% vorliegen, um die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes begründen zu können.⁶¹⁶ Zuzugeben ist *Jähnke* sicherlich, dass er zumindest objektive Maßstäbe für eine Bestimmung der Indikationsvoraussetzungen schafft. Jedoch ist die Anknüpfung an eine 50 % Minderung der Erwerbsfähigkeit aus verschiedenen Gründen bedenklich. Zum einen verfolgt das Sozialrecht ganz andere Zwecke als das Strafrecht.⁶¹⁷ Zum anderen muss unter Umständen der verantwortungsbewusste Arzt auch und gerade dann schon tätig werden, wenn das sich verschlechternde Krankheitsbild mit einer MdE weit unter 50 % noch reversibel ist und die Gefahrenlage im Hinblick auf eine zu befürchtende Erwerbsminderung nicht genau abzuschätzen ist, jedoch noch Chancen auf eine vollständige Heilung bestehen.⁶¹⁸ Gerade in diesen Fällen scheint der Vorschlag von *Jähnke*, das Kriterium der Schwere der Gesundheitsgefahr an die Minderung der Erwerbsfähigkeit zu knüpfen, kaum sachgerecht zu sein.⁶¹⁹ Zumal eine Minderung der Erwerbsfähigkeit, erst recht eine 50-%-ige, in der Regel nur dann angenommen wird, wenn auch ein klar diagnostizierbarer Gesundheitsschaden vorliegt.⁶²⁰ Ein Gesundheitsschaden braucht und muss aber de lege lata bei der Gesundheitsgefahr, die nur auf eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes und gerade nicht eine (Be)Schädigung der Gesundheit abstellt, nicht vorliegen. Insofern ist die Anknüpfung an eine MdE von 50 % als Erfordernis nicht mehr vom einfachen Gesetz gedeckt.⁶²¹

613. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 13; MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 45; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 26

614. MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 45; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 26

615. OLG Düsseldorf, NJW 1987, Seite 2306 (2307); Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 29; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 26

616. LK – *Jähnke*, 10. Aufl., § 218 a RN 45 f.

617. Vgl. § 1 Abs. 2 SGB XII „...die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht“, während das Strafrecht vorwiegend kriminalpolitische Ziele und dabei insbesondere den Schutz des friedlichen Zusammenlebens verfolgt. Vgl. zu den im einzelnen umstrittenen Strafzwecken Sch / Sch – *Stree / Kinzig*, Vorbem § 38 ff. RN 2 ff.

618. *Hiersche*, Tröndle - FS, Seite 669 (674)

619. Ähnlich auch Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 30

620. Vgl. dazu Bundesministerium, Anhaltspunkte, Seite 26, 38 ff.; *VdK*, Anhaltspunkte, Seite 484 f.

621. *Hiersche*, Tröndle - FS, Seite 669 (674); LK – *Kröger*, § 218 a RN 39; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 30

Besteht die Gefahr einer MdE von 50 % dürfte zwar nahezu immer eine Gesundheitsgefahr iSd § 218 a StGB gegeben sein. Das heißt jedoch gerade nicht, dass § 218 a StGB immer eine 50-%-ige MdE voraussetzt. Letztlich ist und kann die drohende Minderung der Erwerbsfähigkeit ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die Gefahr einer schweren Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes besteht, aber jedenfalls nicht das alleinige Kriterium.

2. **ultima ratio**

Die Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Schwangeren darf nicht auf andere für die Frau zumutbare Weise abwendbar sein. Ein Abbruch darf daher nur als ultima - ratio Anwendung finden.⁶²² Dieses Erfordernis lässt sich in zwei Komponenten gliedern. Zum einen ist vom Arzt zu prüfen, ob die Gefahr faktisch auch auf anderem Wege abwendbar ist und wenn sich der Eintritt der Gefahr auch durch andere Mittel vermeiden lässt, ist zum anderen entscheidend, ob diese Abwendungsmöglichkeit der Schwangeren auch zugemutet werden darf. Dieser Deutung liegt dabei bereits der Gedanke zugrunde, dass der Schwangerschaftsabbruch unter Berücksichtigung von Kontraindikationen, Spätfolgen⁶²³ und sonstigen Risiken überhaupt geeignet ist, um die Gefahr zu beseitigen.⁶²⁴ Dies ist vom Arzt zu prüfen.⁶²⁵

a. **Faktische Nichtabwendbarkeit**

Die in § 218 a StGB normierte medizinisch-soziale Indikation setzt neben einer Gefahrenlage zunächst voraus, dass eben diese Gefahren rein tatsächlich auch nicht auf andere Weise abgewendet werden können. Dabei wird hier die Unterteilung in drei Hauptfallgruppen vorgenommen, auch wenn deren Grenzen sicherlich fließend sind, um eine möglichst systematische Darstellung zu ermöglichen.

Die erste Fallgruppe umfasst dabei die Konstellationen, in denen die gesundheitliche Gefahr oder die Lebensgefährdung durch ärztliche Behandlung im engeren Sinne abgewendet werden kann, mithin die Spätabtreibung schon medizinisch nicht erforderlich ist. In Betracht kommen dabei insbesondere die Stützung des Kreislaufes durch Medikamente, das Verabreichen von Psychopharmaka zur Bekämpfung einer Suizidneigung oder zur Beseitigung depressiver Zustände im Allgemeinen sowie die Aufnahme und / oder Einweisung in eine Nervenheilanstalt bzw. in ein Krankenhaus.⁶²⁶ In diesen Kontext kann auch der Sachverhalt eingegliedert werden, bei dem die Lebens- und Gesundheitsgefahr allein durch die Schwangerschaftsdauer begründet⁶²⁷ wird und durch Einleitung einer Frühgeburt zu einem für das Kind gefahrlosen Zeitpunkt beseitigt werden

622. So ausdrücklich Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 13; auf die insofern geltende Subsidiarität des Schwangerschaftsabbruchs weist auch ausdrücklich LK – *Kröger*, § 218 a RN 42 hin.

623. Vgl. dazu *Berberich*, Kindliche Indikation, Seite 86 ff.; *Kähler*, Seite 8 (13); *Simon*, MedWelt 1986, Seite 332 (332 ff.)

624. *Gropp*, Schwangerschaftsabbruch, Seite 209; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 26

625. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.3.c „Anzeigetheit der Spätabtreibung“

626. Allerdings müssen diese Behandlungsmöglichkeiten der Schwangeren im Einzelfall auch zumutbar sein. Dazu unter § 3.B.II.2.b „Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten“

627. Fallbeispiel nach LK – *Kröger*, § 218 a RN 42: Die mit fortschreitender Schwangerschaftsdauer erfolgende Ausdehnung der Gebärmutter führt zu nicht beherrschbaren Stauungen in den abführenden Harnwegen. Hier vergrößert sich die Gefahr mit zunehmender Dauer der Schwangerschaft.

kann.⁶²⁸ Denn auch die vorzeitige Geburtseinleitung kann als ärztliche Behandlung in diesem Sinne aufgefasst werden. Ein Abbruch ist in dieser Konstellation medizinisch nicht indiziert.⁶²⁹ Abwendbarkeit der Gefahr in diesem Sinne ist auch dann gegeben, wenn die Gesundheits- oder Lebensgefahr durch medizinische Behandlung oder andere Mittel zwar nicht vollständig beseitigt, jedoch in ihrer Intensität soweit abgemildert werden kann, dass sie unter die für § 218 a Abs. 2 StGB erhebliche Gefahren- und Relevanzschwelle abgesenkt wird. Dies ist zum einen durch eine entscheidende Herabminderung des Gefahrengrades und zum anderen durch den Ausschluss von schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Gesundheitszustandes möglich.⁶³⁰

Liegen solche Mittel vor, ist die Frau grundsätzlich – sofern auch das Kriterium der Zumutbarkeit gegeben ist – „verpflichtet“, diese Behandlung anzunehmen und durchführen zu lassen.⁶³¹ Das absichtliche und wissentliche Verstechenlassen und damit das Konterkarieren einer möglichen und erfolgversprechenden Behandlungsmöglichkeit, hat dann aus dem Gedanken des Rechtsmissbrauchs heraus zur Folge, dass nur noch in engsten Ausnahmefällen bei (späterem) Vorliegen einer nicht anders abwendbaren schwersten Gesundheits- oder Lebensgefahr für die Frau eine Spätabtreibung aus medizinisch-sozialer Indikation gerechtfertigt ist.⁶³² Wenn die Schwangere auf eine Behandlung verzichtet, ist ihr ansonsten die Berufung auf den in § 218 a Abs. 2 StGB normierten Indikationstatbestand grundsätzlich verwehrt.⁶³³ Darin kann auch keine Zwangsbehandlung oder Behandlungspflicht im eigentlichen Sinne gesehen werden.⁶³⁴ Vielmehr und jedoch erfolgt durch das ausdrücklich normierte ultima-ratio-Erfordernis ein gleichsam passiver Schutz, wonach der Schwangeren der Abbruch versagt bleibt, sofern sie sich einer zumutbaren Behandlung verweigert.⁶³⁵ Grund dieser rigiden Beschränkung ist der Umstand, dass die Frau mit dem werdenden Leben ein Rechtsgut vernichten will, über das sie nicht frei verfügen darf und kann. Die Rechtsordnung hat mit § 218 a Abs. 2 StGB insofern die Ausnahmefälle und Bedingungen festgelegt, in und unter denen sie das gestattet.⁶³⁶

Die 2. Fallgruppe umfasst folgende Konstellationen: Hat die Gesundheitsgefahr der Schwangeren nur oder auch embryopathische Ursachen, kann die Gefahr unter Umständen auch dann auf andere Weise abgewendet werden, wenn die Möglichkeit einer erfolgversprechenden intrauterinen oder postnatalen Behandlung des Kindes besteht. Eine intrauterine Therapie ist durch

628. Wird die Gesundheitsgefahr für die Frau vorwiegend durch die zukünftige Belastung mit einem schwerstgeschädigten Kind ausgelöst, ist die Einleitung einer Frühgeburt nicht geeignet, um die durch die zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren bedingte Gesundheitsgefahr zu beseitigen. Insofern fehlt es hier schon an der faktischen Abwendbarkeit der Gefahr durch die Frühgeburt und nicht, wie Eser, in Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 34, meint an der Zumutbarkeit.

629. LK – Kröger, § 218 a RN 42; SK – Rudolphi, § 218 a RN 32; T / F – Fischer, § 218 a RN 28

630. LK – Kröger, § 218 a RN 42; SK – Rudolphi, § 218 a RN 33

631. So schon BGHSt 2, Seite 111 (114); 3, Seite 7 (12)

632. Eine völlige Verweigerung der medizinisch-sozialen Indikation könnte unter Umständen einem Todesurteil gleichkommen und ist damit, anders als eine Beschränkung der Indikation auf schwerste Fälle, nicht sachgerecht.

633. Ähnlich LK – Kröger, § 218 a RN 42; Sch / Sch – Perron, § 34 RN 42; ansatzweise SK – Rudolphi, § 218 a RN 32; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, Seite 216 f., jedoch für die embryopathische Indikation (§ 218 a Abs. 2 StGB a.F)

634. Eberbach, JR 1989, Seite 265 (269); LK – Kröger, § 218 a RN 42

635. Eberbach, JR 1989, Seite 265 (269)

636. BVerfGE 39, Seite 1 (43f.); BVerfGE 88, Seite 203 (255)

Medikamentation⁶³⁷ über die Mutter, Bluttransfusion bei Rhesusinkompatibilität oder fetal-chirurgische Maßnahmen⁶³⁸ möglich,⁶³⁹ wird aber nur dann durchgeführt, wenn Überlebens- und Entwicklungschancen des Kindes verbessert werden können.⁶⁴⁰ Die nachgeburtlichen Behandlungs- und Heilungsmöglichkeiten sind demgegenüber weitaus zahlreicher und differieren je nach Art der Krankheit oder Schädigung.⁶⁴¹ Kann die Schädigung des Kindes nicht vollständig geheilt werden, kommt es darauf an, ob und wie die verbleibende Beeinträchtigung im Einzelfall auf den Gesundheitszustand der Mutter wirkt.⁶⁴² Nur dann, wenn auch weiterhin schwerwiegende Gesundheitsgefahren für die Mutter drohen oder eine Lebensgefahr für diese besteht, liegt keine ausreichende Möglichkeit der anderweitigen Abwendbarkeit der der Mutter drohenden Gefahr und damit eine Rechtfertigung nach § 218 a Abs. 2 StGB vor.

Die dritte Kategorie umfasst die sozial bedingten Gesundheitsgefahren, d.h. die Gesundheitsgefahr hat ihre Ursache in den äußeren Lebensumständen der Schwangeren oder droht sich erst durch die Existenz des Kindes zu verwirklichen.⁶⁴³ Bei diesen ist zu prüfen, wie und ob die drohenden Gesundheitsbeeinträchtigungen durch personelle oder materielle (Überbrückungs-)Hilfen⁶⁴⁴ überwunden oder zumindest soweit in ihrer Intensität herabgemindert werden können, dass der von § 218 a Abs. 2 StGB geforderte Schweregrad nicht mehr erreicht wird.⁶⁴⁵ Leider stehen in der Praxis aber gerade finanziell aufwendige Hilfen, die rein tatsächlich in den meisten Fällen die Entstehung einer Gesundheitsgefahr verhindern würden, die sich erst aufgrund der Lebensverhältnisse der

- 637. Z.B. durch die Gabe von Kortikosteroiden (zur Erklärung: Steroide mit der Wirkung der Nebennierenrindenhormone) bei unzureichender Lungenreife und bei adrenogenitalem Syndrom (Endokrine Erkrankung, durch Störungen im Hormonhaushalt der Nebennierenrinde verursacht), so *BÄK*, Richtlinien, DÄBl 1998, Seite B – 2512 (B – 2515); Erklärungen in () aus *med. Duden*, Stichwort: Kortikosteroide und adrenogenitales Syndrom.; vgl. außerdem *Eberbach*, JR 1989, Seite 265 (268); *Laufs*, MedR 1990, Seite 231 (231) je mit weiteren Beispielen
- 638. Intrauterine Operationen des Feten kommen insofern zwar theoretisch in Betracht, die Erfolgsschancen sind aber sehr gering, während umgekehrt das Risiko für Mutter und vor allem Kind sehr hoch ist, so dass die praktische Relevanz nicht sehr groß ist. *BÄK*, Richtlinien, DÄBl 1998, Seite B – 2512 (B – 2516)
- 639. Vgl. *Schneider*, Ethik in der Medizin 1998, Seite (S) 46 (S 55 ff.), der die verschiedenen Möglichkeiten intrauteriner Therapie darstellt. Dazu auch *Wüstemann*, in: Spätabbruch, Seite 45 (46 ff.)
- 640. *BÄK*, Richtlinien, DÄBl 1998, Seite B – 2512 (B – 2515 f.); zur Zumutbarkeit siehe unten unter § 3.B.II.2.b „Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten“
- 641. Vgl. dazu nur *Berberich*, Kindliche Indikation, Seite 100 ff; *Vogel*, in: *Lau* (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 97 (97ff)
- 642. Wann man überhaupt von einer vollständigen Heilung oder Behebbarkeit sprechen kann, dazu ausführlich *Pluisch*, Schwangerschaftsabbruch, Seite 22 ff. m.w.N.. Jedoch ist dieser Streit nach geltendem Recht insofern unerheblich, als es nur auf eine Gesundheitsgefahr für die Mutter und damit die einzelfallabhängige verbleibende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Frau ankommt.
- 643. Etwa beim Phänomen der „verbrauchten Mutter“ oder bei der zu erwartenden Geburt eines geschädigten Kindes, das besonderer Pflege bedürfen wird, die die Kräfte der Mutter übersteigt. Vgl. dazu LK – *Kröger*, § 218 a RN 43
- 644. Neben den üblichen Hilfen, wie Mutterschaftsgeld, der Gewährung von Elternzeit und Erziehungsgeld sowie Kindergeld, kommen im Einzelfall Ansprüche nach dem SGB XII, insb. aus §§ 30, 31 SGB XII (Hilfen für werdende Mütter und Wöchnerinnen), wie auch aus § 70 SGB XII (Hilfe zur Weiterführung des Haushalts – schließt die persönliche Betreuung von Haushaltsangehörigen mit ein!), in Betracht
- 645. LK – *Kröger*, § 218 a RN 42; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 33; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 33

Schwangeren nach der Geburt des Kindes verwirklicht, häufig nicht zur Verfügung.⁶⁴⁶ Bloße Vertröstungen und Gegenvorstellungen haben insofern keinen Einfluss auf die Lebensverhältnisse der Frau, so dass diese in der Regel nicht dazu geeignet sind, die Gefahr abzuwenden.⁶⁴⁷ Droht die Gesundheitsgefahr dabei, in der Regel aufgrund der Lebensumstände der Schwangeren, vorwiegend durch die nachgeburtliche Be- und Überlastung der Frau mit dem Vorhandensein eines (weiteren) Kindes, kommt auch die Adoption des Kindes⁶⁴⁸ durch Dritte oder die Heimunterbringung als Abwendungsmöglichkeit in Betracht.⁶⁴⁹ Theoretisch wäre in diesen Fällen der vorwiegend durch die zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren bedingten Gesundheitsgefahr je nach Sachlage das Abwenden der Gefahr auch durch Scheidung vom kranken oder süchtigen Ehemann oder der Möglichkeit, ein bereits vorhandenes Kind auf unabsehbare Zeit in fremde Pflege zu geben, denkbar.⁶⁵⁰ Durch Hilfen werden unerfreuliche eheliche Verhältnisse kaum jemals zu beeinflussen sein.⁶⁵¹

b. Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten

Doch selbst wenn die Gesundheitsgefahr an sich faktisch durch medizinische, psychiatrische oder sozialhelferliche Maßnahmen zu beheben oder weitestgehend abzumildern ist, müssen der Schwangeren diese Maßnahmen auch zuzumuten sein.

aa. Allgemein

Anzumerken ist zunächst folgendes: Sogar ein Klumpfuß oder ein nach der Geburt leicht operierbarer Herzfehler mögen zwar im Einzelfall als unzumutbar empfunden werden. Jedoch betrifft die von § 218 a Abs. 2 StGB geforderte Un- bzw. Zumutbarkeit insofern nur die Problematik der Zumutbarkeit des Verweises auf ein anderes, die Gefahr abwendendes Mittel als den Schwangerschaftsabbruch und gerade nicht die Frage der Unzumutbarkeit der Schwangerschaft an sich oder der möglicherweise den Schwangerschaftsabbruch motivierenden Schädigung des Kindes.⁶⁵²

Unzumutbarkeit ist ein für sich sehr vager und weiter Begriff. Fraglich erscheint daher, wie überhaupt bestimmt wird, ob diese vorliegt und durch wen das erfolgt.

Eine objektiv-generelle Betrachtungsweise und Beurteilung bzw. Ausfüllung des Begriffs anhand von Erfahrungswerten (welchen und wessen denn dann genau?) verbietet sich dabei zwar schon aufgrund des Gesetzeswortlautes⁶⁵³, der insofern auf die individuellen Umstände eines bestimmten

646. Vgl. zu dieser Problematik auch LK – Kröger, § 218 a RN 43. Die lebensschützende Wirkung solch sozialer Maßnahmen wird schon vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich betont und ihre Beibehaltung und Erweiterung ausdrücklich angemahnt. Vgl. dazu BVerfGE 88, Seite 203 (258 ff.)

647. Dazu Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 33

648. Jedoch ist gerade in den Fällen, wo die Geburt eines geschädigten Kindes droht, die tatsächliche Adoptionsbereitschaft gerade dieses Kindes eher gering, so dass in diesen Konstellationen genau zu prüfen ist, ob überhaupt eine faktische Abwendbarkeit der Gesundheitsgefahr durch Adoption gegeben ist. Ähnlich, jedoch ohne genaue rechtliche Einordnung, LG Memmingen, NStZ 1989, Seite 227 (228)

649. LK – Kröger, § 218 a RN 44; SK – Rudolphi, § 218 a RN 32

650. LK – Jähnke, 10. Aufl., § 218 a RN 71; SK – Rudolphi, § 218 a RN 34

651. LK – Kröger, § 218 a RN 43

652. Mißverständlich insofern Hofstätter, Seite 294 ff.; Wirth, Seite 24 f.

653. Vgl. § 218 a Abs. 2 StGB „für sie zumutbar(e)..“

Falles abstellt,⁶⁵⁴ jedoch muss auch eine rein subjektive Betrachtung und Beurteilung der Unzumutbarkeit allein durch die Frau ausscheiden. Als unangenehm und misslich empfundene Belastungen werden vom Menschen in der Regel vermieden. Eine ausschließlich an subjektiven Parametern orientierte Zumutbarkeitsentscheidung kann daher leicht dazu führen, dass die Belastungsgrenze sich „Null“ sehr stark annähert.⁶⁵⁵ Das würde jedoch den Schutz des ungeborenen Lebens nahezu leer laufen lassen und ist allein schon aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zulässig.⁶⁵⁶ Zudem ergibt ein systematischer Vergleich mit § 218 a Abs. 1 StGB, dass für die Frau in den ersten 12 Schwangerschaftswochen die Möglichkeit zu einer relativ selbstständigen und „*objektiv*“ motiv „*wahl*“freien Entscheidung besteht, in der sie letztlich auch über die Frage, ob sie sich die Schwangerschaft an sich zumutet, *ob diese für sie zumutbar ist*, befinden kann. Während mit der 13. Schwangerschaftswoche und dem möglichen Eingreifen sowie den damit verbundenen Anforderungen der medizinisch-sozialen Indikation diese autonome Entscheidungsmöglichkeit endet.⁶⁵⁷

Daraus ergibt sich, dass es bei der Frage der Unzumutbarkeit hinsichtlich des Verweises auf anderweitige Abwendungsmöglichkeiten zwar auch auf die jeweils individuellen Umstände, folglich den Einzelfall, ankommt, jedoch die Beurteilung der Unzumutbarkeit, der individuellen Belastungsgrenze, anhand objektiver Anhaltspunkte erfolgen muss. Dieses Ergebnis wird umso einleuchtender, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die gerechtfertigte Spätabtreibung bei medizinisch-sozialer Indikation eine Ausnahme zur grundsätzlichen rechtlichen Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs darstellt.⁶⁵⁸ Diesem Ausnahmeharakter wird man aber nur gerecht, wenn für die Unzumutbarkeit selbst objektive Anhaltspunkte gegeben sind. Solche liegen immer dann vor, wenn die anderweitige Abwendungsmöglichkeit zu einer konkret drohenden oder bestehenden Belastung der Gesundheit der Schwangeren führen würde. Da aber nicht schon jede Belastung den Verweis auf eine anderweitige Abwendungsmöglichkeit der Gesundheitsgefahr für die Schwangere zunichte machen kann,⁶⁵⁹ muss diese der durch § 218 a Abs. 2 StGB für die Gesundheitsgefahr geforderte zumindest wertmäßig gleichstehen.

Auf den Punkt gebracht gilt für die Unzumutbarkeit damit folgendes: Unzumutbarkeit im Sinne von § 218 a Abs. 2 StGB ist nur dann anzunehmen, wenn durch das mögliche und erfolgversprechende Mittel seinerseits schwerwiegende Gesundheitsschäden oder andere Belastungen und Schäden drohen, die der von § 218 a StGB vorausgesetzten Intensität annährend gleichstehen.⁶⁶⁰ Diese

654. Ähnlich auch Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 35. Zudem bestünde die Gefahr eines Abtreibungsautomatismus. Dazu auch Hofstätter, Seite 45; Eberbach, JR 1989, Seite 265 (266 f.)

655. Ähnlich auch Beller, MedWelt 1985, Seite 693 (695 f.) sowie Hofstätter, Seite 294

656. BVerfGE 88, Seite 203 (274 f.)

657. Wobei bei der medizinisch-sozialen Indikation die Unzumutbarkeit nur die Frage des Verweises auf ein anderes, die Gefahr abwendendes Mittel als den Schwangerschaftsabbruch und nicht die Frage der Unzumutbarkeit, der Schwangerschaft an sich oder auch die evtl den Schwangerschaftsabbruch motivierenden Schädigung des Kindes betrifft.

658. BVerfGE 39, Seite 1 (44); BVerfGE 88, Seite 203 (203)

659. Das würde zu einem Ausufern der medizinisch-sozialen Indikation führen und ihrem Ausnahmeharakter widersprechen.

660. Eine Verwendung bzw. Anwendung der Mittel ist damit jedenfalls dann unzumutbar, wenn dadurch ebenfalls schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigungen oder sogar Lebensgefahren drohen. Dazu auch SK – Rudophi, § 218 a RN 34

Beurteilung obliegt dem indikationsstellenden Arzt, der diese jedoch immer anhand der individuellen Umstände des konkreten Falles vornehmen muss.

bb. Konkret

In der Regel handelt es sich insoweit zwar um eine Einzelfallentscheidung, bei der eine umfangreiche normative Wertung und Bewertung notwendig ist, jedoch sind einige generelle Aussagen zu viel diskutierten Fällen nötig und möglich, wobei eine Orientierung an den oben⁶⁶¹ dargelegten Fallgruppen erfolgt.

Kann die Krankheit an sich medizinisch behandelt oder doch zumindest soweit in ihrer Intensität herabgemindert werden, dass keine schwerwiegende Gesundheitsgefahr mehr besteht,⁶⁶² ist in den meisten Fällen die An- und Vornahme der Behandlung für die Frau auch zumutbar.⁶⁶³ Denn insofern gelten die gleichen Maßstäbe wie für eine nichtschwangere Frau, die im Normalfall, falls sie ihre Gesundheit bedroht sieht, äußerste Anstrengungen unternehmen und auch beträchtliche Beschwerlichkeiten und Risiken nicht scheuen wird, um zu genesen. Der Fakt, dass die Gesundheitsgefahr auf einer Schwangerschaft beruht, führt nicht zu einem grundsätzlich anderen Maß der Zumutbarkeit.⁶⁶⁴ Problematisch ist jedoch, wenn die Abwendung der Lebens⁶⁶⁵- bzw. schwerwiegenden Gesundheitsgefahr nur durch längere Einweisung in ein Krankenhaus möglich ist. Vorwiegend dürfte es sich dabei angesichts der Zunahme psychischer Krankheiten um eine psychiatrische Heilanstalt handeln, deshalb widmen sich die folgenden Ausführungen vor allem dieser Konstellation. Folgendes ist dabei zu beachten und zu bedenken: Die Einweisung und der Aufenthalt in die geschlossene Abteilung einer Nervenheilanstalt, volkstümlich auch als Irrenanstalt bezeichnet,⁶⁶⁶ führen auch heutzutage noch zu einem erheblichen Verlust an sozialer Integration und werden unter Berücksichtigung der negativen Auswirkungen auf die zukünftigen Lebensverhältnisse der schon psychisch labilen Frau, die ja gerade ein intaktes soziales Umfeld zur psychischen Regeneration und Heilung benötigt, in der Regel als unzumutbar anzusehen sein.⁶⁶⁷ Inwiefern das auch für die Einweisung in ein offenes psychiatrisches Krankenhaus gilt, kommt zwar auf den jeweiligen Einzelfall an,⁶⁶⁸ jedoch müssen auch in diesem Fall mögliche Auswirkungen auf die Lebensumstände und das soziale Umfeld der Frau beachtet werden. Zumindest bei einer längerfristig notwendigen Einweisung, die sich über den größten Teil der Schwangerschaft erstreckt, ist unabhängig von der Art des Krankenhauses ein Überschreiten der Opfergrenze und damit Unzumutbarkeit möglich und wahrscheinlich.⁶⁶⁹

661. § 3.B.II.2.a „Faktische Nichtabwendbarkeit“

662. Fallgruppe 1, siehe oben unter § 3.B.II.2.a „Faktische Nichtabwendbarkeit“

663. So ausdrücklich LK – Kröger, § 218 a RN 45; letztlich so auch Lackner / Kühl – Kühl, § 218 a RN 13; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 34; SK – Rudolphi, § 218 a RN 34; T / F – Fischer, § 218 a RN 28

664. LK – Kröger, § 218 a RN 45

665. Z.B. beim Bestehen einer Suizidgefahr

666. Dieser Ausdruck weist schon auf die allgemein eher negative Einstellung zu psychiatrischen Krankenhäusern hin.

667. LK – Kröger, § 218 a RN 45; weitergehend Lackner / Kühl – Kühl, § 218 a RN 13; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 34; SK – Rudolphi, § 218 a RN 34; letztlich auch T / F – Fischer, § 218 a RN 28

668. Lackner / Kühl – Kühl, § 218 a RN 13; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 34; T / F – Fischer, § 218 a RN 28

669. Ähnlich Lackner / Kühl – Kühl, § 218 a RN 13; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 34; SK – Rudolphi, § 218 a RN 34; Vgl. insofern RegE BT-Drs. VI / 3434, Seite 21, der einen sich über den größten Teil der

Zur 2. oben gebildeten Fallgruppe lässt sich folgendes sagen: Eine mögliche und erfolgversprechende nachgeburtliche Behandlungs- und Heilmöglichkeit der Schädigung des Kindes ist der Schwangeren auch zumutbar. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, inwiefern ihr auch der Verweis auf eine intrauterine Therapie des Kindes zugemutet werden kann. Denn bei jeder ärztlichen Behandlung des Fötus werden zwangsläufig der mütterlichen Organismus und damit die Rechte der schwangeren Frau berührt.⁶⁷⁰ Für eine bereits im Mutterleib erfolgende ärztliche Behandlung muss daher eine unabdingbare Notwendigkeit bestehen, d.h. eine postnatale Therapie muss unmöglich und / oder bei weitem nicht so erfolgversprechend sein. Existiert insofern noch eine andere für die Frau weniger belastende Möglichkeit zur Abwendung der Gesundheitsgefahr als die Fetaltherapie, ist ihr der Verweis auf diese nicht zuzumuten.⁶⁷¹ Doch gerade wenn keine ebenso erfolgreiche nachgeburtliche Maßnahme in Betracht kommt, erscheint fraglich, wann und inwiefern für die Frau die Fetaltherapie zumutbar ist. Eine Entscheidung dieser Problematik muss sich dabei wieder an der insofern konkretisierten Prämissen orientieren, dass eine Fetaltherapie für die Schwangere nur unzumutbar ist, wenn für sie die Gefahr schwerwiegender Gesundheitsbeeinträchtigungen durch die Behandlung des Fötus droht. Die Abwägung muss dabei die Intensität des ärztlichen Eingriffs und die damit verbundenen Risiken für die Mutter berücksichtigen.⁶⁷²

Daraus ergibt sich schon, dass, wenn den therapeutischen Maßnahmen keinerlei Gesundheitsrisiken für die Frau innewohnen, ihr diese auch zumutbar sind.⁶⁷³ Fetal-chirurgische Eingriffe sind dagegen notwendigerweise Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit der Frau und bergen mannigfaltige Risiken. Letztlich sind solche invasive Methoden sogar eine vorsätzliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes, mithin eine tatbeständliche, aber bei Einwilligung der Frau gerechtfertigte, Körperverletzung.⁶⁷⁴ Sie stellen in der Regel schon an sich eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren dar und können noch zu weiteren führen. Deswegen ist ein Verweis auf solche chirurgische Eingriffe der Schwangeren grundsätzlich⁶⁷⁵ nicht zuzumuten.⁶⁷⁶ Medikamentöse Behandlungen des Fötus stellen zwar oft auch eine Gesundheitsbeeinträchtigung der Schwangeren dar, sofern es sich jedoch um eine erprobte Methode handelt, wird es in der Regel⁶⁷⁷ an der nötigen Schwere fehlen, so dass Zumutbarkeit gegeben ist.⁶⁷⁸ Auf einen

Schwangerschaft erstreckenden Krankenhausaufenthalt, unabhängig von der Art des Krankenhauses und dem Grund des Aufenthaltes (psychische oder physische Probleme), für unzumutbar hält.

- 670. *Kapp*, MedR 1986, Seite 275 (276); *Sch / Sch – Eser*, 24. Aufl., § 218 a RN 22 (Kommentar zur embryopathischen Indikation)
- 671. Ähnlich letztlich auch *Eberbach*, JR 1989, Seite 265 (269)
- 672. *Eberbach*, JR 1989, Seite 265 (269); *Kapp*, MedR 1986, Seite 275 (278)
- 673. *Kapp*, MedR 1986, Seite 275 (279); *van den Daele*, KJ 1988, Seite 16 (29)
- 674. Auf die zwischen Rechtsprechung (beispielhaft: RGSt 25, Seite 375 (377); BGHSt 11, Seite 111 (112); 16, Seite 309 (309 ff.) z.T. m.w.N.) und Literatur (Lackner / Kühl – *Kühl*, § 223 RN 8; LK – *Lilie*, Vor § 223 RN 3 - je mit umfassenden weiteren Nachweisen) streitige Frage der Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs kommt es insofern nicht an, da diagnostische oder fetaltherapeutische Eingriffe aus Sicht der Frau fremdnützig sind, somit gerade kein medizinisch indizierten Heileingriff vorliegt. Vgl. *Hochreuter*, KritV 1996, Seite 171 (185)
- 675. Es sind natürlich seltene Ausnahmefälle denkbar, in denen im Einzelfall doch mal Zumutbarkeit gegeben sein kann.
- 676. *Eberbach*, JR 1989, Seite 265 (269); *Kapp*, MedR 1986, Seite 275 (278); *van den Daele*, KJ 1988, Seite 16 (29)
- 677. Dies ist natürlich abhängig vom Medikament und seinen Nebenwirkungen sowie der Konstitution der Frau.

Heilversuch,⁶⁷⁹ eine nicht hinreichend erprobte Maßnahme, muss sich die Schwangere jedoch nicht einlassen.⁶⁸⁰

Liegen vorwiegend sozial bedingte Gesundheitsgefahren vor,⁶⁸¹ gilt folgendes: Ist es möglich und erfolgversprechend, die drohenden Gesundheitsbeeinträchtigungen durch personelle oder materielle (Überbrückungs-)Hilfen zu überwinden oder zumindest weitestgehend in ihrer Intensität herabzumindern, ist dies der Schwangeren auch zumutbar. Die Scheidung vom kranken oder süchtigen Ehemann oder das in Pflegegeben eines bereits vorhandenen Kindes auf unabsehbare Zeit, mag es im Einzelfall de facto noch so positiv die Lebensverhältnisse der Schwangeren verändern, ist der Frau jedoch schon angesichts des in Art. 6 GG verfassungsrechtlich verbürgten Schutzes von (bereits vorhandener) Ehe und Familie nicht zumutbar.⁶⁸²

Weitaus problematischer ist dagegen die Frage, ob es der Schwangeren zumutbar oder unzumutbar ist, das erwartete Kind zur Adoption freizugeben. Dies ist heftig umstritten.⁶⁸³ Gesetzlich vorgeschrieben ist diese Abwendungsmöglichkeit nicht. Rechtslogisch müsste die Freigabe des Kindes unbedingten Vorrang haben. Denn falls wie hier, Rechtsgüter und Pflichten erst nach der Geburt kollidieren oder wenn sonst sich die von § 218 a Abs. 2 StGB verlangte Gefahr erst später aktualisiert, ist die Adoption des Kindes durch Dritte das Mittel, das die Entstehung der Notlage mit Sicherheit hindert. An sich wird der drohende Konflikt auf eine Weise gelöst, die alle Rechtsgüter weitestgehend schont.⁶⁸⁴ Überlegungen dieser Art stoßen allerdings auf eine tatsächliche Grenze, die letztlich auch vom Recht zu berücksichtigen ist oder, wie Kröger treffend bemerkt, „abstraktem Rechtsdenken den Zugang sperrt“.⁶⁸⁵ Es wird von einer Frau in der Regel als bei weitem schwerer und belastender empfunden, ein Kind, das sie 9 Monate in sich getragen hat, zur Adoption freizugeben, als eine Abtreibung vornehmen zu lassen.⁶⁸⁶ Nicht unerheblich ist darüber hinaus auch die gesellschaftliche Stigmatisierung der Frauen, die ihr Kind „weggeben“, ausgesetzt zu sein scheinen, auch weil sie den Vorgang der Adoption im Gegensatz zum Schwangerschaftsabbruch kaum oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten verheimlichen können.⁶⁸⁷ Nahezu jede Adoption stellt demgemäß eine mehr oder minder starke Belastung der Frau dar. Nach all dem wird man eine Adoption weder generell für unzumutbar,⁶⁸⁸ noch generell für zumutbar halten können.⁶⁸⁹

678. Ähnlich Eberbach, JR 1989, Seite 265 (269); Kapp, MedR 1986, Seite 275 (278); van den Daele, KJ 1988, Seite 16 (29)

679. Hinsichtlich der Fetaltherapie speziell vgl. Laufs, MedR 1990, Seite 231 (231); zum Heilversuch allgemein Laufs, Arztrecht, RN 671 ff.

680. Kapp, MedR 1986, Seite 275 (277)

681. Fallgruppe 3, siehe oben unter § 3.B.II.2.a „Faktische Nichtabwendbarkeit“

682. LK – Jähnke, 10. Aufl., § 218 a RN 71; SK – Rudolphi, § 218 a RN 34

683. Vgl. dazu nur BayObLG, NJW 1990, Seite 2328 (2330); BGHSt 38, Seite 144 (161 f.); Lackner / Kühl – Kühl, § 218 a RN 13; Sch / Sch - Eser, § 218 a RN 35 je m.w.N.

684. Dazu auch LK – Kröger, § 218 a RN 44

685. So sehr zutreffend auch LK – Kröger, § 218 a RN 44

686. Kommission, BT-Drs. 8/3630, Seite 167; Frick-Bruder, in: Eser / Hirsch (Hrsg.), Seite 144 (148); LK – Kröger, § 218 a RN 44; Fallschilderungen bei Oeter / Nohke, Seite 136 ff.

687. Vgl. dazu die Ausführungen von Graßhof im Rahmen eines Colloquiums im Lindenthal-Institut Köln, wiedergegeben in: Thomas / Kluth, Seite 332; dazu auch LK – Kröger, § 218 a RN 44

688. So aber LG Memmingen, NStZ 1989, Seite 227 (228); Arzt / Weber, BT, Seite 129; LK – Kröger, § 218 a RN 44

Angesichts der auf den konkreten Einzelfall bezogenen Gesetzesfassung muss auch hier gelten, dass die Adoption aufgrund der individuellen Umstände dann unzumutbar ist, wenn durch die Weggabe des Kindes für die Frau gleichfalls Gefahren drohen, die den in § 218 a Abs. 2 StGB geforderten von der Intensität und Schwere annährend gleichstehen.⁶⁹⁰ Ob die Weggabe dann jeweils die geforderte Schwelle und Intensität erreicht, ist Tatfrage und insofern einzelfallabhängig. Dabei ist jedoch immer zu beachten, dass die dadurch hervorgerufenen seelischen Konflikte der Mutter wohl leichter einer Therapie zugänglich sind, als die oft auch durch eine, insbesondere späte, Abtreibung begründeten.⁶⁹¹

Es erscheint jedoch notwendig, noch folgendes anzumerken: Auch wenn aufgrund obiger Ausführungen leicht der Eindruck eines generellen Interessenkonfliktes zwischen der Schwangeren und ihrem ungeborenen Kind erweckt werden kann, ist dem nicht so, ein solcher ist vielmehr die Ausnahme. Die meisten Frauen sind vielmehr zu einer Aufopferung zugunsten ihres Kindes bereit, die sie selbst extreme Behandlungen hinnehmen und erdulden, wenn nicht sogar einfordern lassen.⁶⁹² Nichtsdestotrotz können in extremen Fällen tiefgreifende Normkonflikte zwischen dem Recht auf Autonomie und Selbstbestimmung sowie dem auf körperliche Unversehrtheit der Mutter und dem Wohl des Kindes ausgelöst werden. Zur Behandlung dieser Fälle bietet die medizinisch-soziale Indikation die vom Gesetzgeber vorgegebene Richtschnur.

3. Nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt

Das Gesetz schreibt vor, dass der Schwangerschaftsabbruch „nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt“ sein muss. Dem verantwortlichen Mediziner wird damit grundsätzlich die Kompetenz zugesprochen neben dem seelischen oder körperlichen Gesundheitszustand der Frau auch deren „gegenwärtige und zukünftige Lebensverhältnisse“ zu berücksichtigen. Inwiefern er alle diese Faktoren auch allein beurteilen kann und darf, ist eine andere und weitergehende Frage, die weiter unten in diesem Abschnitt geklärt wird.⁶⁹³

a. Inhalt „ärztliche Erkenntnis“

Durch den Begriff der ärztlichen Erkenntnis im Sinne von § 218 a Abs. 2 StGB werden sowohl die Grundsätze, nach denen die Prüfung sich inhaltlich zu richten hat, als auch derjenige, auf dessen

Dies folgt auch gerade nicht aus Art. 6 Abs. 1, 2 GG. (so aber *LG Memmingen*, NStZ 1989, Seite 227 (228)) Zwar führt ein Verweis auf eine Adoption dazu, dass die leibliche Mutter das grundrechtlich in Art. 6 Abs. 1, 2 GG geschützten Elternrecht sowie den verfassungsrechtlich verbürgten Schutz der Familie auf Dauer aufgibt. Jedoch wird durch einen Schwangerschaftsabbruch der verfassungsrechtliche Schutz wesentlich weitergehender unterlaufen (die zu schützende Familie wird am Entstehen gehindert), so dass aus Art. 6 GG nicht die generelle Unzumutbarkeit der Adoption folgen kann. So auch *BayObLG*, NJW 1990, Seite 2328 (2330).

689. So aber *AG Celle*, NJW 1987, Seite 2307 (2310); mit dieser Tendenz zudem *T / F – Tröndle*, (49. Aufl.), § 218 a RN 23. Hier wird jedoch völlig die für die Frau erhebliche Bedeutung der und Belastung durch die Adoption sowie die gesellschaftliche Stigmatisierung außer Acht gelassen. Vgl. zu letzterem die Hinweise von *Graßhof*, im Rahmen eines Colloquiums im Lindenthal-Institut Köln, wiedergegeben in: *Thomas / Kluth*, Seite 331 ff., die bei einem immer möglichen Verweis auf die Weggabe des Kindes mittels Adoption die Menschenwürde der Frau als verletzt ansieht. Dazu auch *LK – Kröger*, § 218 a RN 44
690. Ähnlich auch *BayObLG*, NJW 1990, Seite 2328 (2330); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 13; *Sch / Sch - Eser*, § 218 a RN 35; *T / F – Fischer*, § 218 a RN 28
691. Vgl. dazu *Schlingensiepen-Byrsch*, ZRP 1990, Seite 224 (228). Zu Komplikationen nach (Spät)Abtreibung siehe *Holzgreve / Danzer*, in: *Dudenhausen / Schneider / Bastert* (Hrsg.), Seite 128 (132 ff.)
692. So auch *Eberbach*, JR 1989, Seite 265 (268) m.w.N.
693. Siehe dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.3.a „Inhalt „ärztliche Erkenntnis““

Erkenntnis es vordringlich ankommt, gekennzeichnet.⁶⁹⁴ Maßgebliche Person ist der die Spätabtreibung durchführende Arzt. Dieser trifft ebenso wie der zunächst eine Gesundheits- oder Lebensgefahr prüfende und u.U. bescheinigende Arzt eine, wenn auch nicht nach außen hin zu dokumentierende Feststellung der Indikation.⁶⁹⁵

Inhaltlich erwächst dem Mediziner hierbei die Aufgabe zu klären und zu erkennen, ob die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes bzw. eine Lebensgefahr besteht oder künftig entstehen und inwiefern diese nur durch einen Schwangerschaftsabbruch beseitigt werden kann.⁶⁹⁶ Beruht dabei die Entstehung der Gesundheitsgefahr vorwiegend auf einer Schädigung des Kindes, ist die zu treffende Entscheidung grundsätzlich unabhängig, aber nicht unbeeinflusst von der Art des Befundes und der Schwere der zu erwartenden kindlichen Schädigung oder Krankheit.⁶⁹⁷

Ausreichend ist insofern nicht die subjektive Erkenntnis, basierend auf dem u.U. unzureichenden Fachwissen des einzelnen Arztes, vielmehr muss der handelnde Arzt seine Entscheidung anhand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft und Praxis treffen.⁶⁹⁸ Die Prüfung ist diesbezüglich nicht auf die medizintechnischen Daten beschränkt, sondern umfasst alle ärztlich bedeutsamen Faktoren, insbesondere auch den Wert des ungeborenen Lebens.⁶⁹⁹ Maßstab ist dabei jedoch nicht das Durchschnittswissen eines Allgemeinmediziners, es kommt insofern auf das gedachte Urteil eines sachkundigen und sorgfältigen Arztes und die ihm bekannten oder erkennbaren Umstände an.⁷⁰⁰ Verfügt der die Spätabtreibung vornehmende Gynäkologe nicht über die erforderliche Sachkunde, was bei Spezialfragen aus anderen Fachgebieten und insbesondere bei sozialbedingten Gesundheitsgefahren⁷⁰¹ vermehrt der Fall sein dürfte, muss er einen Spezialisten hinzuziehen.⁷⁰² Das kann neben der Diagnose bereits die Befunderhebung betreffen.⁷⁰³ Aber auch in Grenzfällen muss und sollte ein Arzt die kompetente Meinung eines zweiten Kollegen einholen.⁷⁰⁴

694. *BGHSt* 38, Seite 144 (144, 154)

695. *BGHZ* 95, Seite 199 (204)

696. Sch/ Sch – Eser, § 218 a RN 36; SK – Rudolphi, § 218 a RN 35

697. *Hofstätter*, Seite 296

698. *Gropp*, Schwangerschaftsabbruch, Seite 204; *Hofstätter*, Seite 331; *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (142); *Süfke*, Seite 186 f.; SK – Rudolphi, § 218 a RN 36

699. *BGHSt* 38, Seite 144 (155); *Gropp*, Schwangerschaftsabbruch, Seite 204; *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (142); Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 36

700. *BGHSt* 38, Seite 144 (154 f.); dazu auch *Rudolphi*, Kaufmann - FS, Seite 371 (387 f.); *Süfke*, Seite 189 f.; SK – Rudolphi, § 218 a RN 37

701. Gerade bei sozial bedingten Gesundheitsgefahren wird z.T. den Medizinern völlig die Kompetenz abgesprochen und die Verlagerung der Entscheidung auf einen Sozialarbeiter oder ähnliches gefordert (mit dieser Tendenz Eser, Abtreibungsstrafrecht, Seite 109). Dagegen spricht jedoch, dass soziale Umstände bei der Prüfung, ob eine Gesundheits- oder Lebensgefahr besteht, nur zu berücksichtigen sind und letztlich Begleitinformationen auf dem Weg zu einer gesundheitsbezogenen Prognose im Hinblick auf die betroffene Frau darstellen. Gerade die Beurteilung einer Gefahr für Leben oder Gesundheit verlangt vorwiegend medizinischen Sachverstand und kann, wenn überhaupt, nur von Medizinern durchgeführt werden (so auch Hofstätter, Seite 316 ff.; 319).

702. *Gropp*, Schwangerschaftsabbruch, Seite 204; LK – Kröger, § 218 a RN 35; 46; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 36

703. LK – Kröger, § 218 a RN 46

704. *Hofstätter*, Seite 325 f.

Da der Gesetzestext jedoch ausdrücklich nur von einer „ärztlichen Erkenntnis“ spricht, ist der verantwortliche Mediziner auch auf die ärztlichen Erkenntnismittel beschränkt und muss sich nicht gleichsam als polizeiliche Ermittlungsbehörde betätigen. Ihn trifft keine Pflicht zu einer umfassenden Aufklärung und zur Ausschöpfung aller Beweismittel.⁷⁰⁵ Er ist in der Regel nicht verpflichtet, Auskünfte bei Behörden, Organisationen oder dem privaten Umfeld der Schwangeren einzuholen.⁷⁰⁶ Vielmehr steht es ihm schon aufgrund seiner Bindung an die ärztliche Schweigepflicht nicht zu, ohne Einverständnis der Patientin andere Leute zu befragen.⁷⁰⁷ Die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel und -methoden muss er jedoch ausschöpfen. Dazu gehört dann vor allem die genaue Befragung und Untersuchung der Patientin und bei Bedenken eine eigene Befunderhebung bzw. Diagnose.⁷⁰⁸ Von der Schwangeren kann er bei Zweifeln gegebenenfalls die Beibringung von geeigneten Nachweisen, insbesondere bei sozial bedingten Gesundheitsgefahren, sowie im Einzelfall die Befreiung von der Schweigepflicht verlangen.⁷⁰⁹ Weigert sich die Patientin die zur Aufklärung erforderlichen Nachweise zu erbringen, muss er als gewissenhafter Arzt den Abbruch verweigern.⁷¹⁰ Daneben liegt dem abbrechenden Arzt auch noch die Indikationsbescheinigung eines anderen Arztes vor, die ihm eine wesentliche Orientierungs- und Entscheidungshilfe sein kann, sowie zudem weitere Anhaltspunkte – auch auf vorhandene Widersprüche – liefert bzw. liefern kann.⁷¹¹ Dem abbrechenden Arzt obliegt allerdings die Letztverantwortung für das Vorliegen einer rechtfertigenden Indikation. Die Indikationsfeststellung und dabei insbesondere das Votum und die Begründung des erstellenden Mediziners sind für ihn lediglich eine Entscheidungshilfe.⁷¹² Hält er die positive Indikationsstellung für falsch und führt trotzdem eine Spätabtreibung durch, macht er sich, je nachdem, ob eine Indikation tatsächlich vorliegt oder nicht, wegen versuchten bzw. vollendeten Schwangerschaftsabbruchs strafbar.⁷¹³

b. Gerichtliche Überprüfbarkeit der „ärztlichen Erkenntnis“

Streitig ist dabei jedoch, inwiefern und wie weit eine gerichtliche Überprüfung dieser „ärztlichen Erkenntnis“ möglich ist. Vereinzelt werden Stimmen erhoben, die dem Arzt ein weites Ermessen einräumen und deshalb jegliche Überprüfbarkeit der Entscheidung des Arztes ablehnen.⁷¹⁴ Dagegen sprechen jedoch folgende Überlegungen: Ob ein bestimmter vom Arzt eruiert Sachverhalt tatsächlich eine medizinische Indikation begründet und damit der Abbruch der Schwangerschaft nach § 218 a Abs. 2 StGB tatsächlich gerechtfertigt ist, ist auch und vor allem eine rechtliche Frage. Es geht insofern nicht um ärztliche, sondern um juristische Erkenntnis. Diese ist dann durch

705. *BayOLG*, NJW 1990, Seite 2328 (2331); *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (172 f.); LK – *Kröger*, § 218 a RN 35; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 18

706. *BGHSt* 38, Seite 144 (155); LK – *Kröger*, § 218 a RN 35; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 18

707. *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (172)

708. *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (172 f.)

709. LK – *Jähnke*, 10. Aufl., § 218 a RN 77

710. So auch *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (172); *Hofstätter*, Seite 319 f.

711. *BGHSt* 38, Seite 144 (160); *Hülsmann*, NJW 1992, Seite 2331 (2337)

712. *Arzt / Weber*, BT, Seite 130; *Sch / Sch – Eser*, § 218 b RN 16

713. Vgl. *BGHSt* 38, Seite 144 (155)

714. So *OLG Düsseldorf*, NJW 1987, Seite 2307 (2308); ähnlich auch *Fischer*, StV 1990, Seite 332 (336); sowie *Köhler*, GA 1988, Seite 435 (466, 468), der aber vor allem rechtspolitisch argumentiert und keine Gesetzesauslegung im eigentlichen Sinne vornimmt

sorgfältige Interpretation der Rechtsordnung zu gewinnen.⁷¹⁵ Zudem ist nur, weil jemand Arzt ist, seine Erkenntnis nicht ohne weiteres immer eine ärztliche. Diese erfordert nämlich darüber hinaus, dass der Mediziner dabei auch die Regeln seines Berufs beachtet.⁷¹⁶ Nicht zuletzt handelt es sich bei §§ 218 ff. StGB um eine Strafnorm, deren Verwirklichung auch der (straf)gerichtlichen Überprüfung bedarf.⁷¹⁷

Auch wenn daher im Allgemeinen von einer grundsätzlichen Überprüfbarkeit ausgegangen wird, ist streitig, wie weit diese reicht.⁷¹⁸ Einig ist man sich zumindest insofern, dass das Gericht ermitteln kann und muss, ob durch den Arzt eine richtige, d.h. eine ihm mögliche und nach ärztlichem Standesrecht gebotene, Sachverhaltsaufklärung erfolgt ist.⁷¹⁹ Dabei darf der Richter selbst aber keine umfassende Aufklärung aller Umstände anhand sämtlicher ihm zur Verfügung stehender Beweismittel vornehmen, sondern muss sich auf die auch einem Arzt zur Verfügung stehenden Mittel beschränken.⁷²⁰ Das Gericht hat damit nicht die objektiven Tatsachen zu erforschen, sondern nur die ärztlich feststellbaren.⁷²¹ Ansonsten würde entgegen dem Gesetzeswortlaut die ärztliche Erkenntnis durch eine richterliche Erkenntnis ersetzt werden.⁷²² Damit korrespondiert dann auch, dass das Gericht, um eine dem Arzt annährend gleiche tatsächliche Beurteilungsgrundlage zu haben, auf die dem Arzt aus ex-ante Sicht mögliche Erforschung und Erkenntnis beschränkt ist.⁷²³

Darüber hinaus ist jedoch streitig, inwiefern die richterliche Nachprüfbarkeit eine vollständige ist oder nur auf Vertretbarkeit der Indikationsstellung beschränkt bleibt, dem Arzt folglich ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Bewertung des festgestellten Sachverhalts zugestanden wird.

Eine Ansicht räumt dem Arzt bei der Wertung und Gewichtung des Befundes einen gewissen (subjektiven)⁷²⁴ Beurteilungsspielraum ein und will die Indikationsstellung durch den Arzt nur auf Vertretbarkeit überprüfen.⁷²⁵ Zwar könne auch die auf Grund richtiger Sachverhaltsfeststellung getroffene Entscheidung nach – objektiv verstandener – ärztlicher Erkenntnis eine unzureichende

715. Ähnlich auch SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 35

716. *BGHSt* 38, Seite 144 (152)

717. *BGHZ* 95, Seite 199 (204)

718. Dazu genauer sogleich unten in diesem Abschnitt.

719. So die Vertreter eines Beurteilungsspielraums: *BGHSt* 38, Seite 144 (154); *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (178); *Hofstätter*, Seite 334; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 36; a.A. wohl *Hülsmann*, NJW 1992, Seite 2331 (2336); uneindeutig insoweit *BGHZ* 95, Seite 199 (207); Für eine vollständige Überprüfung der Sachaufklärung des Arztes erst recht die Vertreter der Ansicht der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit: Vgl. nur *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 10; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 39

720. *BGHSt* 38, Seite 144 (155); *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (173); *Süfke*, S.185 f.; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 36; a.A. *BayObLG*, NJW 1990, Seite 2328 (2329 f.)

721. *Süfke*, Seite 186

722. *Hofstätter*, Seite 324; *Süfke*, Seite 185 f.

723. *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (173); dazu auch auch *Rudolphi*, Kaufmann - FS, Seite 371 (382 ff.)

724. Subjektiv wird der Spielraum wohl nur von *BGHZ* 95, Seite 199 (206) („*seine* ärztliche Erkenntnis“ (Hervorhebung im Orginal)) verstanden; anders dagegen schon *BGHSt* 38, Seite 144 (156) „nach - objektiv verstandener – ärztlicher Erkenntnis“

725. *BGHZ* 95, Seite 199 (206f.); *BGHSt* 38, 144 (155); *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (178); *Eser*, JZ 1991, Seite 1003 (1013); *Maurach / Schröder / Maiwald*, BT I, § 6 RN 40; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 36; *Seidel*, Seite 26 ff. z.T. m.w.N.

Grundlage haben und müsse insofern überprüfbar sein,⁷²⁶ jedoch scheide aus folgenden Gründen eine bis ins einzelne gehende Prüfung aus: Der Arzt müsse innerhalb kurzer Zeit eine Entscheidung treffen, ohne praktisch die Möglichkeit zu haben, sich fundierten Rechtsrat einzuholen.⁷²⁷ Die medizinisch-soziale Indikation verlange wertende Entscheidungen, die zwangsläufig nicht immer objektivierbar seien. Dem Mediziner, der vom Gesetzgeber mit der Aufgabe des Schwangerschaftsabbruchs betraut und belastet wurde,⁷²⁸ sei es daher nicht zumutbar, auch dann, wenn er entsprechend der Regeln seines Standes und nach pflichtgemäßer Erkenntnis zur Überzeugung gelangt ist, dass eine Indikation gegeben sei, das volle strafrechtliche Risiko einer (aus der späteren Sicht anderer Personen) objektiv „falschen“⁷²⁹ Entscheidung zu tragen.⁷³⁰

Die andere Ansicht dagegen lehnt einen Beurteilungsspielraum des Arztes ab.⁷³¹ Denn durch einen solchen würde dem Arzt genaugenommen in bestimmten Grenzen die Freiheit eingeräumt, nach eigenem Ermessen und letztlich nach eigener Willkür über die Grenzen der Rechtfertigung und folglich über Leben und Tod des ungeborenen Kindes zu entscheiden.⁷³² Der Rechtsstaatlichkeitsgrundsatz verwehre es, die Entscheidung über die Nicht-Strafbarkeit eines grundsätzlich strafbaren Verhaltens der gerichtlichen Überprüfung zu entziehen.⁷³³ Vor strafrechtlichen Konsequenzen schütze der unvermeidbare Verbotsirrtum in Grenzfällen ausreichend.⁷³⁴ Zudem sei eine solche allgemein anerkannten Regeln für die Begründung der Rechtswidrigkeit widersprechende Subjektivierung nach Abschaffung der Notlagenindikation und der damit für die Ärzte verbundenen berufsfremden Aufgabe der Beurteilung einer solchen, auch gar nicht mehr notwendig.⁷³⁵

Gegen die Ansicht, die überhaupt keinen Beurteilungsspielraum annimmt, spricht schon die medizinische Wirklichkeit. Selbst in der Schulmedizin gibt es verschiedene Ansichten und Auffassungen zur Einordnung und Bewertung eines bestimmten tatsächlichen Sachverhalts. Eine eindeutige objektive Antwort ist angesichts der Komplexität der zu treffenden Entscheidung insofern völlig wirklichkeitsfremd.⁷³⁶ Würde, dieser Ansicht folgend, das Gericht einen

726. BGHSt 38, Seite 144 (156)

727. BGHSt 38, Seite 144 (152)

728. Dazu näher Hofstätter, Seite 326, 333

729. Hervorhebung im Original

730. BGHSt 38, Seite 144 (153)

731. BayObLG, NJW 1990, Seite 2328 (2329 f.); Beckmann, MedR 1990, Seite 301 (302); Geiger, Jura 1987, Seite 60 (64); Jähnke, in: Ebert (Hrsg.), Seite 187 (192); Lackner, NStZ 1992, Seite 331 (332); Lackner / Kühl – Kühn, § 218 a RN 10; Otto, JR 1990, Seite 342 (342); Philipp, Jura 1987, Seite 86 (88); SK – Rudolphi, § 218 a RN 39; Stürner, Jura 1987, Seite 75 (77); Stürner, JZ 1986, Seite 122 (123); Tröndle, MedR 1986, Seite 33 (33 f.)

732. Beckmann, MedR 1990, Seite 301 (302); Geiger, Jura 1987, Seite 60 (64); Jähnke, in: Ebert (Hrsg.), Seite 187 (192); Philipp, Jura 1987, Seite 86 (88); SK – Rudolphi, § 218 a RN 39

733. BayObLG, NJW 1990, Seite 2328 (2329)

734. Stürner, JZ 1986, Seite 122 (123)

735. So Lackner / Kühl – Kühn, § 218 a RN 10, allerdings mit der Auffassung, dass die bei der Auslegung der ärztlichen Erkenntnis zu beachtenden arztrechtlichen Standards unter Einbeziehung von Außenseiterpositionen und die dadurch bedingte Bandbreite normativer Beurteilungsmöglichkeiten der gesetzlichen Voraussetzungen dem verantwortungsvollen Arzt bereits einen hinreichenden, gerichtlich nicht überprüfbaren, Beurteilungsspielraum verschaffe.

736. Vgl. Eser, ZRP 1991, Seite 291 (296); Hofstätter, Seite 324 f.

allumfassenden Prüfungsumfang haben, würde im Ergebnis die ärztliche Erkenntnis durch die insofern letztlich genauso subjektive richterliche Erkenntnis ersetzt.⁷³⁷ Eine größere objektive Richtigkeit liegt insofern nicht vor. Gerade angesichts dieser Vielgestaltig- und Vielschichtigkeit der Sachverhalte und des jeweils vorliegenden Einzelfalls, insbesondere in Anbetracht der vorgeschriebenen Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse, birgt der durch die Vertreter dieser Ansicht vorgenommene Verweis der Mediziner auf die allgemeinen Irrtumsregeln für diese ein immenses strafrechtliches Risiko.⁷³⁸ Denn gerade an die Unvermeidbarkeit eines entsprechenden Irrtums werden von der Literatur und Rechtsprechung strengste Anforderungen gestellt.⁷³⁹ Zudem wäre die „ärztliche Erkenntnis“ in § 218 Abs. 2 StGB nahezu bedeutungslos, wenn das Gericht im Endeffekt eine neue, eigene Bewertung vornimmt.⁷⁴⁰

Zwar ist dieser Ansicht insofern zuzustimmen, dass die Entscheidung über Strafbarkeit nicht gerichtlicher Überprüfung entzogen werden kann und darf. Der Rechtsstaatlichkeitsgrundsatz gebietet dabei aber nur eine grundsätzliche Pflicht zur gerichtlichen Kontrolle als solcher, es folgt aus ihm aber weder eine Richtschnur für die Beurteilungskriterien oder die Kontrolldichte noch wird damit eine Teildelegierung auf nicht-richterliche Instanzen oder sonstige Entscheidungsträger ausgeschlossen.⁷⁴¹ Ärztliches Ermessen scheidet zwar aus, das heißt aber nicht, dass gewisse medizinische Einschätzungen innerhalb einer bestimmten und insofern eben gerade überprüfbarer Brandbreite dem, in der Regel sogar sachverständigeren, Urteil eines Arztes überlassen werden können.⁷⁴²

Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob dem Mediziner insofern ein subjektiver Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Für einen solchen spricht nicht schon die Kürze der Zeit, in der er u.U. seine Entscheidung treffen muss. Denn auch bei anderen ärztlichen Heileingriffen muss der Arzt gegebenenfalls schnell handeln und entscheiden und kann sich vorher keinen fundierten Rechtsrat einholen. Letztlich spricht gegen einen subjektiven Beurteilungsspielraum des Arztes auch bei der rechtlichen Indikationsbeurteilung vor allem der Umstand, dass es schlicht um die rechtlichen Maßstäbe für die Anerkennung einer Indikation als Rechtfertigungsgrund geht.⁷⁴³ Im

737. Ähnlich *Hofstätter*, Seite 327; Selbst und auch Juristen weichen bei der Beurteilung einer Indikation z.T. erheblich voneinander ab. Vgl. insofern die empirische Ärztebefragung des Max-Planck-Instituts in Freiburg und die durch 4 Juristen dieses Instituts vorgenommene Bewertung und Einordnung von insgesamt 741 Fallbeispielen – *Häußler-Szepan*, Seite 201 ff.; *Häußler / Holzhauer*, ZStW 100 (1988), Seite 817 (832 ff.)

738. Vgl. *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (177); aufschlussreich dazu auch *Hofstätter*, Seite 324 f.; sowie *Seidel*, Seite 28

739. Vgl. dazu den Überblick bei Sch / Sch – *Sternberg-Lieben*, § 17 RN 13 ff. sowie T / F – *Fischer*, § 17 RN 7 ff.

740. *Eser*, Baumann-FS, Seite 155 (156)

741. Dazu *Eser*, JZ 1991, Seite 1003 (1009); *Seidel*, Seite 27. Zwar wird im Verwaltungsrecht der Beurteilungsspielraum als Problem des Grundsatzes vollständiger richterlicher Rechtskontrolle – Art. 19 Abs. 4 GG – und nicht primär des aus Art. 20 Abs. 2, 3 GG abgeleiteten Rechtsstaatsprinzips angesehen, (siehe dazu nur Dreier - *Schulze-Fielitz*, Art. 19 RN 119 ff.; Erichsen / Ehlers - *Jestaedt*, VerwR AT, § 10 RN 38). Welcher Artikel des Grundgesetzes und welche dahinter stehende Gewährleistung diesbezüglich konkret einschlägig ist, kann im Rahmen dieser Arbeit jedoch dahinstehen, da Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 19 Abs. 4 GG in einem inneren Zusammenhang stehen: Art. 20 Abs. 3 GG statuiert insofern die Bindung staatlicher Machtausübung an Recht und Gesetz, Art. 19 Abs. 4 GG sichert die Art und Weise ihrer Gewährung (dazu Dreier – *Schulze-Fielitz*, Art. 20 RN 39; Erichsen / Ehlers - *Jestaedt*, VerwR AT, § 10 RN 38)

742. Ähnlich auch Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 36

743. SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 39

Ergebnis wäre ein subjektiver Beurteilungsspielraum immer mit Ermessen gleichzusetzen und das scheidet, wie oben gesehen, gerade aus.

Jedoch darf dabei nicht verkannt werden, dass andererseits eine bis ins Einzelne, bis in die allerletzten Kernbereiche gehende, gerichtliche Überprüfung kaum sachgerecht sein dürfte.⁷⁴⁴ Denn trotz Ablehnung eines subjektiven Beurteilungsspielraums des Arztes, auch was die rechtliche Bewertung angeht, birgt doch gerade die auf der Basis der medizinischen Beurteilung an sich vorgenommene rechtliche Bewertung eine gewisse, durch Uneinheitlichkeit, die selbst in der Schulmedizin z.T. bei der Einordnung und Bewertung eines bestimmten Sachverhalts herrscht, bedingte Bandbreite von Bewertungsmöglichkeiten.

Zwar ist der Hinweis von *Kluth*⁷⁴⁵ auf höchstrichterliche Rechtsprechung⁷⁴⁶ berechtigt, wonach weder die Komplexität einer Entscheidung noch die Erforderlichkeit von Prognosen eine vollständige Kontrolle durch die Gerichte vereitelt. Jedoch wird dem Richter in der Regel die Kompetenz zur Beurteilung der medizinischen Fragen fehlen, und er ist dann auf ein Sachverständigengutachten angewiesen. Die insofern notwendige Entscheidung des Sachverständigen muss jedoch in Bereichen erfolgen, die gerade aufgrund ihrer Komplexität oftmals unterschiedliche Diagnosen und Prognosen zulassen. Im Rahmen von Schadensersatzprozessen prüft der Sachverständige das Vorliegen eines Sorgfaltspflichtverstoßes daher auch nur dahingehend, ob die Entscheidung des handelnden Arztes nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft unter Berücksichtigung von Außenseitermeinungen vertretbar war.⁷⁴⁷ Ist dies der Fall, wird er dem jeweiligen Kollegen in der Regel keinen Behandlungsfehler attestieren.⁷⁴⁸ Verlangt man dagegen eine eindeutige Entscheidung im Sinne eines Richtig und Falsch bzw. Schwarz und Weiß, würde diese von den individuellen Wertvorstellungen des Gutachters beeinflusst werden⁷⁴⁹ und tatsächlich weitestgehend nach seinem „eigenem Ermessen“ erfolgen.⁷⁵⁰ Insofern zwingt zwar nicht, wie *Hofstätter* meint, die fehlende Sachkenntnis der Gerichte zu einem „gewissen Beurteilungsspielraum“^{751 752} sondern vielmehr die Komplexität und damit verbundene gewisse (so weit möglich eng zu fassende) Wertungsoffenheit von Sachverhalten zu einem solchen. Das Ergebnis ist damit jedoch das gleiche. Die ärztliche Entscheidung aufgrund der ärztlichen Erkenntnis kann daher nur auf ihre, in diesem Sinne eng zu verstehende, Vertretbarkeit überprüft werden. Auch bei einer insofern beschränkten Prüfung, die auch immer

744. *Hofstätter*, Seite 334

745. *Kluth*, NJW 1986, Seite 2348 (2350)

746. Vgl. nur *BVerwGE* 45, Seite 309 (324)

747. Vgl. zum Maßstab für ärztliche Sorgfaltspflichten nur MüKo – *Wagner*, § 823 RN 742 ff.

748. Sofern auch kein Aufklärungsfehler vorliegt. Vgl. dazu nur MüKo – *Wagner*, § 823 RN 753

749. Etwas anderes behaupten hieße die menschliche Natur leugnen. Letztlich würde das natürlich auch für den handelnden Arzt gelten. Jedoch erfolgt ja beim handelnden Arzt noch eine Kontrolle durch die Gerichte, während der Sachverständige dagegen die Gerichtsentscheidung vordeterminiert. So spricht *Hiersche*, MedR 1990, Seite 309 (310) davon, dass aus dem Sachverständigen als „Richtergehilfen“ bereits ein „Beherrschter des Gerichts“ geworden sei. Konsequenz sei, dass der Richter die Verantwortung für eine Entscheidung trage, die in Wirklichkeit der Sachverständige produziert habe.

750. Ähnlich *Hofstätter*, Seite 327

751. Hervorhebung im Orginal

752. *Hofstätter*, Seite 328

kontrollieren muss, ob der handelnde Mediziner sich an die durch die ärztlichen Standards festgelegten Bewertungsparameter gehalten hat,⁷⁵³ steht dem handelnden Gynäkologen jedoch keine letzte eigenverantwortliche Entscheidung zu.⁷⁵⁴ Denn die Indikationsvoraussetzungen bleiben weiterhin überprüfbar. Für die Gerichte ist es allerdings nicht möglich, in die allerletzten Kernbereiche auf sachgerechte Weise vorzudringen. Nur in diesen engen Bereichen prüft das Gericht dann die bloße Vertretbarkeit der ärztlichen Entscheidung.⁷⁵⁵ Die normative Beurteilung, gerade in Grenzlagen, bedingt in der Praxis eine nur hinsichtlich einer, jedoch eng zu verstehenden, Vertretbarkeit mögliche Überprüfung. Bei einem derart engen Verständnis des Vertretbarkeitsbegriffes besteht auch nicht die Gefahr, dass dieser ins uferlose ausgedehnt und auf alle möglichen Schwangerschaftskonflikte angewandt wird.⁷⁵⁶

Letztlich kommen die Ansicht von der vollständigen Überprüfbarkeit der ärztlichen Entscheidung und die in dem hier verstandenen Sinne vertretene Auffassung, nach der in Kernbereichen eine Überprüfung allein auf Vertretbarkeit erfolgt, rein praktisch zu ähnlichen Ergebnissen. Denn ob man zwar eine vollständige gerichtliche Überprüfbarkeit postuliert, jedoch die bei Auslegung der ärztlichen Erkenntnis zu beachtenden medizinischen Standards unter Rückgriff auch auf, jedenfalls geläufige, medizinische Mindermeinungen determiniert,⁷⁵⁷ oder von vornherein in Kernbereichen allein eine dieser Bandbreite des ärztlichen Standards entsprechende Überprüfung auf Vertretbarkeit der ärztlichen Entscheidung vornimmt, bleibt sich im Endeffekt gleich. Der Ansatz der Ansichten⁷⁵⁸ ist ein anderer, das Ergebnis nahezu dasselbe.

Konkretisiert werden muss noch der Zeitraum, in dem die ärztliche Erkenntnis optimal gebildet und begründet wurde. Das ist immer erst dann der Fall, wenn der Arzt alle indizierten diagnostischen Methoden *de lege artis* ausgeschöpft hat. Wie bereits oben erläutert, kann immer dann, wenn die angewandten und anzuwendenden Methoden weder für die Mutter noch das Kind in Relation zu den zu erwartenden Erkenntnissen ein unverhältnismäßiges Risiko darstellen, von der Schwangeren, sofern diese sich später auf die Rechtfertigung berufen und dadurch den grundsätzlich statuierten Lebensschutz beiseite drängen will, die Einwilligung zur Untersuchung verlangt werden.⁷⁵⁹

c. Angezeigtheit der Spätabtreibung

Angezeigt, oder anders, indiziert⁷⁶⁰ ist der Schwangerschaftsabbruch dabei dann, wenn er aufgrund eines *ex-ante* Urteils nach ärztlicher Erkenntnis geeignet und zugleich erforderlich, d.h. das

753. So auch *Hofstätter*, Seite 324

754. So auch Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 36, zu weit subjektivierend insofern *BGHZ* 95, Seite 199 (206)

755. Ähnlich *Hofstätter*, Seite 334

756. So die Befürchtung von Esser, Abreibungsstrafrecht, Seite 171

757. Weitergehender sogar Lackner / Kühl – Kühl, § 218 a RN 10, als Vertreter der Ansicht von der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit der ärztlichen Erkenntnis

758. Vgl. zu den verschiedenen Ansätzen und Argumenten für den hier favorisierten Ansatz, in Kernbereichen eine Überprüfung der ärztlichen Entscheidung nur auf Vertretbarkeit vorzunehmen, die Ausführungen in dieser Arbeit oben in diesem Abschnitt.

759. Genauer dazu siehe oben unter § 3.B.II.2.a „Faktische Nichtabwendbarkeit“; Vgl. dazu auch LK – Jähnke, 10. Aufl., § 218 a RN 58

760. „Angezeigt“ ist insofern die deutsche Übersetzung von indiziert. Vgl. BT-Drs VI/3434 S. 20

mildeste Mittel, ist, um die konkrete Gesundheits- oder Lebensgefahr von der Schwangeren abzuwenden.⁷⁶¹ Der Schwangerschaftsabbruch darf also nicht dazu führen, dass sich die Gefahr womöglich noch verstärkt. Der Schwangerschaftsabbruch muss damit gerade nicht notwendig,⁷⁶² d.h. das einzige Mittel zur Abwendung der Gefahr sein, sofern und nur dann, wie oben gesehen,⁷⁶³ die anderen zur Verfügung stehenden Mittel der Schwangeren nicht zumutbar sind.⁷⁶⁴ Der Begriff angezeigt weist zudem darauf hin, dass eine umfassende ärztliche Würdigung des Einzelfalls stattfinden muss, bei der insbesondere auch Kontraindikationen⁷⁶⁵ im Hinblick auf den Schwangerschaftsabbruch beachtet werden müssen.⁷⁶⁶

4. Zeitlich

De lege lata ist die Spät- und Spätestabtreibung aufgrund medizinisch-sozialer Indikation grundsätzlich ohne zeitliche Beschränkung bis zur Geburt möglich.⁷⁶⁷

5. Sonstige allgemeine Voraussetzungen

Der Schwangerschaftsabbruch muss durch einen Arzt vorgenommen werden, damit die Rechtfertigung des § 218 a Abs. 2 StGB eingreift. Arzt sind dabei alle Personen, die eine nach deutschem Recht gültige Approbation für Humanmedizin besitzen.⁷⁶⁸ Ziel der Regelung ist es zum einen, Laienabtreibungen zu verhindern und zum anderen, im Interesse der Schwangeren zu gewährleisten, dass sowohl die Diagnose richtig gestellt, als auch der Eingriff in einer schonenden und möglichst wenig gefährlichen Weise durchgeführt wird. Zwar lässt § 218 a Abs. 2 StGB nach dem Wortlaut insofern die Durchführung des Eingriffs von einem Humanmediziner, unabhängig

761. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 12; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 35 ff.

762. Widersprüchlich insofern T / F – *Fischer*, § 218 a RN 24

763. § 3.B.II.2.b „Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten“

764. So schon RegE BT-Drs. VI / 3434, Seite 20

765. Wozu letztlich auch die z.T. gravierenden somatischen und psychischen Spätfolgen einer Abtreibung gehören. Vgl. dazu *Berberich*, Kindliche Indikation, Seite 86 ff.; *Kommission*, BT-Drs. 8/3630, Seite 115 ff.; *Schlingensiepen-Byrsch*, ZRP 1990, Seite 224 (226 f.); *Simon*, MedWelt 1986, Seite 332 (332 ff.)

766. AG Celle, NJW 1987, Seite 2307 (2308); RegE BT-Drs. VI / 3434, Seite 20 f.

767. Zu den Problemen, die sich aus dem Fehlen einer zeitlichen Beschränkung ergeben, siehe die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.B „Der Konflikt“. Jedenfalls embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche sind letztlich, wie im weiteren Verlauf der Arbeit gezeigt werden wird, nur bis zur extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes angezeigt, insbesondere geeignet, um die Gesundheitsgefahr von der Frau abzuwenden. Denn mit dem ab diesem Zeitpunkt möglichen Überleben des Kindes droht sich die Gesundheitsgefahr, die gerade durch die Belastungen mit einem geschädigten Kind verursacht wird, aufgrund der Morbiditätsrisiken einer frühzeitigen „Geburt“ nur noch zu verschärfen. Vgl. dazu ausführlich unter § 4.C.II.2.e.aa „Verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB“

768. Streitig ist insofern, ob bei der Durchführung des Abbruchs im Ausland eine nach dortigem Recht wirksame Zulassung genügt. (Dafür: SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 21, T / F – *Fischer*, § 218 a RN 8; dagegen: Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 2; LK – *Kröger*, § 218 a RN 14; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 58). Dies soll hier nicht weiter vertieft werden. Entscheidend scheint aber folgendes zu sein: Mit der Neuregelung des SFHÄndG (BGBI I 1995, Seite 1050) wurden dem abbrechenden Arzt spezifische verfassungsrechtlich begründete Pflichten auferlegt, vgl. insofern nur § 218 c StGB, die nur den im Inland approbierten Arzt treffen können. Zudem können von einem ausländischen Arzt die für einen Schwangerschaftsabbruch erforderlichen Kenntnisse des deutschen Rechts nicht erwartet werden. Um diese spezifischen, im deutschen Recht normierten, Verpflichtungen nicht zu umgehen, dürfte insofern nur ein Abbruch durch einen in Deutschland approbierten Arzt ausreichen, um eine Rechtfertigung nach § 218 a Abs. 2 StGB zu begründen (ähnlich *Tröndle* in T / F – *Tröndle*, (49. Aufl.), § 218 a RN 5). Zu den Folgeproblemen bei einem im Ausland durchgeführten Schwangerschaftsabbruch vgl. nur Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 58

davon, ob er Gynäkologe ist, ausreichen, was an sich der Zielstellung des Gesetzes widersprechen würde. Jedoch wird mit § 13 Abs. 1 SchKG⁷⁶⁹ deutlich, dass spezifisches Fachwissen vorausgesetzt wird, zumal gynäkologisches Fachwissen schon für die vorgeschriebene⁷⁷⁰ ärztliche Beratung und Aufklärung notwendig und Voraussetzung ist.⁷⁷¹

Der Arzt muss den Abbruch dabei nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausführen.⁷⁷² Zwar wird gegen die Notwendigkeit der kunstgerechten Ausführung für eine Rechtfertigung gem. § 218 a Abs. 2 StGB eingewandt, dass damit ja primär Interessen der Schwangeren geschützt werden sollen, obwohl dieser Schutz schon durch die §§ 223 ff. StGB gewährleistet werde.⁷⁷³ Allerdings wird zum einen durch § 218 StGB auch die Gesundheit der Schwangeren mitgeschützt⁷⁷⁴ und zum anderen würde das Arzterfordernis ad absurdum geführt, wenn dieser Arzt für eine Rechtfertigung seines Tuns dann nicht sorgfältig oder besser kunstgerecht arbeiten müsste.⁷⁷⁵ Zudem bedarf auch und gerade der nasciturus des Schutzes vor einem nicht kunstgerecht durchgeführten Schwangerschaftsabbruch. Das mag zunächst erstaunen, vergegenwärtigt man sich aber, dass das ungeborene Kind etwa ab der 22. Schwangerschaftswoche eine – möglicherweise sogar hochgradige – Schmerzempfindlichkeit aufweist,⁷⁷⁶ wird deutlich, dass dem bei der Art und Weise der Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs Rechnung getragen werden muss.⁷⁷⁷ Die im Ausnahmefall zulässige Vornahme einer Schwangerschaftsbeendigung zu Lasten des Fötus rechtfertigt jedenfalls nicht die Zufügung unnötiger Schmerzen. Insofern hat der Arzt, der eine solch fortgeschrittene Schwangerschaft abbricht, den Eingriff in einer Art und Weise vorzunehmen, die das Schmerzempfinden des Ungeborenen berücksichtigt. Nur dann erfolgt die Spätabtreibung auch kunstgerecht.⁷⁷⁸

Als subjektives Erfordernis kommt hinzu, dass der Arzt den Abbruch in Kenntnis der objektiven Indikationsvoraussetzungen vorgenommen haben muss.⁷⁷⁹

- 769. Danach darf ein Schwangerschaftsabbruch nur in einer Einrichtung vorgenommen werden, in der auch die notwendige Nachbehandlung gewährleistet ist.
- 770. Vgl. § 218 c Abs. 1 Nr.2 StGB
- 771. LK – Kröger, § 218 a RN 15, 19; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 58 f.; SK – Rudolphi, § 218 a RN 22; T / F – Fischer, § 218 a RN 8
- 772. Herrschende Ansicht – vgl. nur BGHSt 1, Seite 329 (331); 14, Seite 1 (2); LK – Kröger, § 218 a RN 19; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 59; SK – Rudolphi, § 218 a RN 22
- 773. Arzt / Weber, BT, Seite 127; Lackner / Kühl– Kühl, § 218 a RN 2 a; NK – Merkel, § 218 a RN 9 ff.
- 774. Vgl. dazu bereits die Ausführungen unter § 3.A.I „Das durch § 218 StGB geschützte Rechtsgut“
- 775. Genauer dazu vor allem LK – Kröger, § 218 a RN 19; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 59
- 776. Vgl. dazu nur BÄK, Schmerzempfindung, DÄBl. 1991, Seite B – 2714 (2718) sowie Duttge, in: Spätabbruch, Seite 86 (96); NK – Merkel, § 218 a RN 14 je m.w.N.
- 777. So auch Beckmann, MedR 1998, Seite 155 (158)
- 778. Ähnlich BÄK, Schmerzempfindung, DÄBl. 1991, Seite B – 2714 (2718 f.); Beckmann, MedR 1998, Seite 155 (158). Insofern kann u.U. die Narkotisierung des Fötus notwendig sein. a.A. jedoch NK – Merkel, § 218 a RN 14, der jedoch bereits das Erfordernis der Beachtung der Regeln der ärztlichen Kunst bestreitet.
- 779. Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 63; SK – Rudolphi, § 218 a RN 45; weitergehender, aber dogmatisch nicht zu begründen (dazu SK – Rudolphi, § 218 a Rn 46), die Rechtsprechung, die darüber hinaus verlangt, dass der Arzt gewissenhaft geprüft hat, ob die Voraussetzungen der rechtfertigenden Indikation vorliegen. Vgl. BGHSt 2, Seite 111 (113 f.); 3, Seite 7 (10 f.).

Der Schwangerschaftsabbruch muss zudem mit Einwilligung der Schwangeren erfolgen.⁷⁸⁰ Zwar kann die Einwilligung an sich aufgrund der Eigenständigkeit des Rechtsguts „ungeborenes Leben“ nicht zu einer Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs führen, jedoch ist die Einwilligung der Schwangeren eine zusätzliche Voraussetzung dafür, dass es überhaupt zu einer Rechtfertigung auch der medizinisch indizierten Abtreibung kommen kann. Beim Fehlen der Einwilligung der Frau in den Schwangerschaftsabbruch stellt der Abbruch ansonsten nicht nur einen Eingriff in ihre körperliche Integrität, sondern gerade und auch in ihr Recht auf Selbstbestimmung dar. Darunter fällt auch das Recht⁷⁸¹ der Mutter, selbst außergewöhnliche Belastungen auf sich zu nehmen oder gar ihre Gesundheit oder ihr Leben zu riskieren, um ein bzw. gerade dieses Kind zu bekommen.⁷⁸² Für die Wirksamkeit und Ersetzung der Einwilligung gelten die allgemeinen Einwilligungsgrundsätze.⁷⁸³

C. Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB

Auch wenn sich die Straflosigkeit der Spätabtreibung, wenn, dann in der Regel aus § 218 a Abs. 2 StGB ergibt, kann im Einzelfall auch § 34 StGB, der rechtfertigende Notstand, diese begründen.

I. Anwendbarkeit neben § 218 a Abs. 2 StGB

Fraglich erscheint dabei zunächst, ob § 34 StGB neben der medizinisch-sozialen Indikation überhaupt anwendbar ist. § 218 a StGB stellt insofern für die ausnahmsweise Zulässigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen die spezialgesetzliche und grundsätzlich andere Rechtfertigungsgründe ausschließende Norm dar. Dies folgt daraus, dass es sich bei den in § 218 a Abs. 2, 3 StGB normierten Indikationsgründen um gesetzlich vorwegbewertete Anwendungsfälle des Notstandsgedankens handelt, deren Wertung unterlaufen würde, wenn auch beim Fehlen von Voraussetzungen der in § 218 a StGB normierten Indikationen als speziellen Rechtfertigungsgrund bzw. über deren Anwendungsbereich hinaus auf § 34 StGB zurückgegriffen werden könnte.⁷⁸⁴ Das kann aber nur für die Fälle gelten, in denen dass Leben eines Einzelnen, hier des Kindes, den nicht-vitalen Interessen eines anderen, hier der Mutter, geopfert werden soll.⁷⁸⁵ Allein mit diesen Bereichen befasst sich § 218 a StGB, nur das ist die abschließend von § 218 StGB erfasste Sachlage, und nur für diese enthält er eine Rückgriffssperre.⁷⁸⁶ In den Konstellationen dagegen,⁷⁸⁷ in denen es gerade nicht um die gesundheitlichen Belange der Mutter, sondern nur um die Lebens- und Gesundheitsinteressen des Kindes geht und sich insofern die Frage stellt, ob diesen besser im Mutterleib oder außerhalb des Mutterleibes entsprochen wird, kann es gar nicht zu einer

780. Ausdrücklich in § 218 a Abs. 2 StGB erwähnt.

781. Insofern ist es allerdings nur ein Recht und keine Pflicht. Denn die medizinische Indikation beruht ja gerade auf der berechtigten Erwägung, dass es der Frau nicht um jeden Preis zugemutet werden kann, ihr Kind zur Welt zu bringen. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB“

782. Vgl. dazu *Lenckner*, in: Eser / Hirsch (Hrsg.), Seite 173 f; LK – Kröger, Vor §§ 218 a RN 29; NK – Merkel, § 218 a RN 16; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 61; SK - Rudophi § 218 a RN 17

783. Ausführlich dazu *Lenckner*, in: Eser / Hirsch (Hrsg.), Seite 173 ff.; LK – Kröger, § 218 a RN 4 ff.; NK – Merkel, § 218 a RN 17 ff; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 61; SK - Rudophi § 218 a RN 18 f.

784. Vgl. dazu LK - Kröger, § 218 RN 42; Sch / Sch – Eser, § 218 RN 37

785. Letztlich so wohl auch Sch / Sch – Eser, § 218 RN 37

786. Vgl. dazu Sch / Sch – Perron, § 34 RN 3

787. Zu den relevanten Konstellationen sogleich.

Aushöhlung der Indikation des § 218 a Abs. 2 StGB kommen. Dieser stellt nämlich auf die Lebens- und Gesundheitsgefahren für die Frau ab. Werden allein die Interessen des Kindes berücksichtigt, handelt es sich nur um eine Abwägung der Risiken für das Kind. Die Mutter spielt dabei insofern keine Rolle. Einer Anwendung des § 34 StGB steht damit für diese Fallgestaltungen nichts entgegen.⁷⁸⁸

II. Fallgruppen

Folgende, oben schon beim Taterfolg⁷⁸⁹ gebildeten, Fallgruppen sind dabei vor allem relevant:

1. Konstellation: Der Arzt entschließt sich zu einer frühzeitigen Beendigung der Schwangerschaft, da dem Kind bei weiterem Verbleiben im Mutterleib tödliche Gefahren drohen, jedoch ist die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes nur knapp bzw. vermeintlich knapp überschritten, so dass für den Fötten ein hohes Risiko dafür besteht, während oder nach der Beendigung der Schwangerschaft zu sterben⁷⁹⁰
2. Konstellation: Der Arzt entschließt sich zu einer frühzeitigen Beendigung der Schwangerschaft, da dem Kind bei weiterem Verbleiben im Mutterleib schwerste Gesundheitsschäden drohen, jedoch ist die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit nur knapp bzw. vermeintlich knapp überschritten, so dass für den Fötten ein hohes Risiko dafür besteht, während oder nach der Beendigung der Schwangerschaft zu sterben⁷⁹¹

III. Abgrenzung zur Einwilligung

Anders als im Normalfall des Aggressivnotstandes geht es hier nicht um einen Widerstreit von Interessen verschiedener Personen, sondern verschiedener Interessen desselben Individuums, hier des Fötus, wobei dann, wenn dem Kind sowohl bei weiterem Verbleiben im Mutterleib als auch durch die frühe Beendigung der Schwangerschaft der Tod droht, sogar nur ein Rechtsgut, Leben, desselben Rechtsgutsträgers durch verschiedene Verhaltensweisen in unterschiedlichem Grade gefährdet wird.

Trotzdem verbieten weder der Wortlaut⁷⁹² des § 34 StGB, noch der Gesetzeszweck⁷⁹³ oder systematische Gründe die, zumindest erst einmal grundsätzliche, Subsumtion dieser Konstellationen unter den rechtfertigenden Notstand.⁷⁹⁴ Vielmehr müssen diese Fälle der internen Güterkollision aus einem „a maiore ad minus“-Schluss heraus erst recht von § 34 StGB (mit-)erfasst werden: denn

788. Vgl. dazu auch LK – Kröger, § 218 RN 12; ähnlich auch Otto, BT, § 13 RN 18; für einen Rückgriff auf die allgemeinen Normen und Prinzipien der Rechtfertigung, allerdings mit Blick auf andere Fallkonstellationen, auch NK – Merkel, § 218 RN 136 ff.

789. „§ 3.A.V.2“

790. Vgl. zum Todesrisiko bei Frühgeborenen Allen / Donohue / Dusman, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1597 ff.); Fachgesellschaften, Frühgeburt, Pädiatrische Praxis 1999, Seite 223 (225); dazu auch Beller, Zeitschrift für Geburtshilfe und Neonatologie 202 (1998), Seite 220 (220 f.)

791. Dieses knappe Überschreiten der Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit und das damit verbundene Todesrisiko für das Kind bei einer derart frühen Beendigung der Schwangerschaft hat in der Regel zur Folge, dass der gewissenhafte Arzt, wenn auch nicht beabsichtigt, den Tod des Kindes notgedrungen mit in Kauf nehmen muss und damit bereits mit dolois eventualis handelt. Dazu schon oben unter § 3.A.V.2 Problemfall

792. „Widerstreitende Interessen“, egal wessen

793. „Schutz der überwiegenden Interessen“, dazu Kühl, AT, § 8 RN 34; LK – Zieschang, § 34 RN 1

794. So auch Haft, AT, Seite 99; Kühl, AT, § 8 RN 34; Merkel, Seite 154

dann, wenn durch die Norm schon Eingriffe in die Rechtssphäre und die Interessen unbeteiligter Dritter gerechtfertigt werden können, dann doch erst recht solche, bei denen entweder das durch die Rettungshandlung beeinträchtigte Gut mit dem bedrohten konkret identisch oder zumindest der Rechtsgutsinhaber derselbe ist.⁷⁹⁵

Zwar kann der rechtfertigende Notstand damit an sich Anwendung finden, jedoch ist vordringlich, im Einzelfall sogar ausschließlich, der Rechtsgutsinhaber zuständig und befugt, Gewicht und Rang der eigenen Interessen festzulegen. Eine Notstandsabwägung darf nicht dazu führen, dass der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Betroffenen ignoriert oder durch fremde Wertungen ersetzt wird. Das käme einer nicht gewollten und zudem unzulässigen Zwangsfürsorge gleich. Insofern ist eine bessere Konfliktlösung, die sein Selbstbestimmungsrecht und seine Verfügungshoheit respektiert, über das Rechtsinstitut der (mutmaßlichen) Einwilligung möglich und geboten.⁷⁹⁶ § 34 StGB und die (mutmaßliche) Einwilligung stellen insofern aufgrund ihrer verschiedenen Schwerpunkte – § 34 StGB sucht einen bestehenden Interessenstreit objektiv-sachgerecht durch ein „angemessenes Mittel“ zu schlichten, während bei der Einwilligung, insbesondere der mutmaßlichen Einwilligung, die Konfliktlösung so erfolgt, wie es dem subjektiven (zu vermutenden) Willen des Berechtigten entspricht – zwei unterschiedliche Erlaubnisgründe dar, deren Gegenstandsbereiche sich aber, so wie hier, gleichwohl in einigen Bereichen überschneiden können.⁷⁹⁷ Als das spezielle Rechtsinstitut geht die (mutmaßlichen) Einwilligung dem rechtfertigenden Notstand dabei grundsätzlich vor, so dass die Konstellationen der internen Güterkollision somit im Normalfall anhand der Grundsätze dieser zu beurteilen sind.⁷⁹⁸

Diese Beschränkung kann aber nur dann gelten, wenn die (mutmaßliche) Einwilligung überhaupt eingreift. Wenn der Rechtsgutsträger einwilligungsunfähig ist oder über das gefährdete Rechtsgut nicht verfügen darf, muss daher § 34 StGB Anwendung finden.⁷⁹⁹ Hier ist der Fötus selbst nicht einwilligungsfähig. Denn dies setzt die Einsichtsfähigkeit in die Schwere, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs voraus,⁸⁰⁰ wovon bei einem ungeborenen Kind ganz eindeutig nicht ausgegangen werden kann. Jedoch obliegt den Eltern gem. § 1912 Abs. 2 BGB die Fürsorge für das ungeborene Kind. Als Vorwirkung der elterlichen Sorge unterliegt sie den gleichen Grundsätzen wie diese,⁸⁰¹ d.h. dass oberste Leitlinie für jede elterliche Entscheidung das Wohl des Kindes ist.⁸⁰² In unserem

795. *Merkel*, Seite 154; LK – *Zieschang*, § 34 RN 59; Sch / Sch – *Perron*, § 34 RN 8a

796. Dazu *Baumann / Weber / Mitsch - Mitsch*, AT, § 17 RN 54; *Bottke*, Seite 88; *Thiel*, Seite 95

797. Dazu *Bottke*, Seite 88 f.

798. *Baumann / Weber / Mitsch - Mitsch*, AT, § 17 RN 54; *Bottke*; Seite 84 ff.; *Freund*, AT, § 3 RN 50 ; *Haft*, AT, Seite 114; *Lackner / Kühl – Kühl*, § 34 RN 4; *Maurach / Zipf*, AT I, § 27 RN 28; *Pawlak*, Seite 103 FN 140; *Roxin*, AT I, § 16 RN 101; Sch / Sch – *Perron*, § 34 RN 8 a; SK - *Günther*, § 34 RN 60; *Stratenwerth / Kuhlen*, AT, § 9 RN 104; *Thiel*, Seite 95 f.

799. Überwiegende Meinung: Vgl. nur *Bottke*, Seite 88 ff.; *Bottke*, GA 1982, Seite 346 (356); *Ebert*, AT, Seite 82; *Freund*, AT, § 3 RN 50 ; *Lackner / Kühl – Kühl*, § 34 RN 4; LK – *Zieschang*, § 34 RN 53, 59, 61, 68; *Otto*, AT, § 8 RN 183; *Roxin*, AT I, § 16 RN 102; Sch / Sch – *Perron*, § 34 RN 8a; SK – *Günther*, § 34 RN 61; *Stratenwerth / Kuhlen*, AT, § 9 RN 104; T / F – *Fischer*, § 34 RN 7; *Thiel*, Seite 96; *Ulsenheimer*, JuS 1972, Seite 252 (255) z.T. m.w.N.

800. *Baumann / Weber / Mitsch - Mitsch*, § 17 RN 103 ; *Haft*, AT, Seite 78; *Lackner / Kühl – Kühl*, Vor § 32 RN 16; *Roxin*, AT I, § 13 RN 80 ff.; Sch / Sch – *Lenckner / Sternberg-Lieben*, Vor § 32 RN 39 f.; *Stratenwerth / Kuhlen*, AT, § 9 RN 24; T / F – *Fischer*, Vor § 32 RN 3 c

801. Dazu *Kapp*, MedR 1986, Seite 275 (277); *Seidel*, Seite 49 ff.; *Staudinger – Bienwald*, § 1912 RN 2

802. *BGHZ* 66, Seite 334 (337); *MüKo – Huber*, § 1626 RN 7; *Staudinger – Peschel-Gutzeit*, § 1626 RN 8

Fall dient die vorzeitige Schwangerschaftsbeendigung, auch wenn sie an der Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit erfolgt, der Vermeidung von Lebensgefahren und schwersten Gesundheitsgefahren für das Kind im Mutterleib und insofern kann grundsätzlich⁸⁰³ davon ausgegangen werden, dass der Abbruch dem Kindeswohl dienlich ist. Die Eltern könnten demnach für das Ungeborene einwilligen. Jedoch ist der Arzt durch die notwendige Beendigung der Schwangerschaft zu einem so frühen Zeitpunkt gezwungen, vorsätzlich das Leben des Kindes zu gefährden.⁸⁰⁴ Das Leben als Rechtsgut ist aber, was sich schon aus § 216 StGB ableiten lässt, der Verfügungsmacht des Einzelnen und damit auch der Eltern entzogen.⁸⁰⁵ Damit greift mangels Verfügungsbefugnis der Sorgeberechtigten der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung nicht ein und ein Rückgriff auf § 34 StGB ist geboten.

Eine Mindermeinung in der Literatur dagegen sieht in den Fällen der internen Güterkollision den rechtfertigenden Notstand immer als ausgeschlossen an und lässt nur eine Anwendung des Rechtsinstituts der (mutmaßlichen) Einwilligung zu.⁸⁰⁶ Die Einwilligung sei das Rechtsinstitut, welches auf die Konstellationen zugeschnitten ist, in denen die kollidierenden Interessen demselben Inhaber gehören.⁸⁰⁷ Zudem verwische die herrschende Meinung den § 34 StGB zugrundeliegenden Gedanken einer (passiven) Solidaritätspflicht.⁸⁰⁸ Dem Eingriffsadressaten eine „Solidarität“ mit sich selbst aufzuerlegen und dabei einem Fremden die Kompetenz zuzubilligen, sie zu erzwingen, stelle keine legitime Verwendung des Solidaritätsbegriffes mehr da.⁸⁰⁹ Beim rechtfertigenden Notstand komme es insofern gerade nicht auf den Willen des Eingriffsopfers an, vielmehr ist ein solcher Eingriff auch gegen seinen Willen gestattet, so dass die unmodifizierte Anwendung von § 34 StGB auf die Konstellation der internen Güterkollision ein unbeschränktes Recht auf Einmischung in fremde Angelegenheiten begründen würde.⁸¹⁰

Auch wenn die Argumente der Mindermeinung auf den ersten Blick plausibel erscheinen, können sie letztlich nicht durchgreifen. Zunächst ist folgendes zu bedenken: Nicht die Solidaritätspflicht wird von der herrschenden Meinung als Rechtsgrund für den rechtfertigenden Notstand angesehen, sondern vielmehr das Prinzip des überwiegenden Interesses.⁸¹¹ Dieses beinhaltet, kurz gefasst, dass das Recht im Konfliktfall die Inanspruchnahme fremder Rechtsgüter zulassen muss, wenn dies im

803. Zu den genauereren strengen Voraussetzungen siehe unten „§ 3.C.IV Voraussetzungen“

804. Nur bei vorsätzlichem Handeln des Arztes wird die Unterscheidung bzw. Abgrenzung zwischen Rechtfertigendem Notstand und Einwilligung relevant.

805. Vgl. Baumann / Weber / Mitsch - *Mitsch*, § 17 RN 100 ; *Haft*, AT, Seite 101; Lackner / Kühl – *Kühl*, Vor § 32 RN 14; *Roxin*, AT I, § 13 RN 37; Sch / Sch – *Eser*, § 216 RN 13; *Stratenwerth / Kuhlen*, AT, § 9 RN 16; T / F – *Fischer*, Vor § 32 RN 3 c; diskutierte, aber höchst umstrittene Ausnahmen von diesem Tötungsverbot greifen hier nicht ein – vgl. dazu den Überblick bei *Haft*, AT, Seite 101 f.

806. *Aselmann / Krack*, Jura 1999, Seite 254 (258); Baumann / Weber / Mitsch - *Mitsch*, § 17 RN 54 ; *Jakobs*, AT, § 13 RN 34; *Kindhäuser*, AT, § 19 RN 2; *Köhler*, AT, Seite 294; *Maurach / Zipf*, AT I, § 27 RN 28; *Pawlik*, Seite 103 f. FN 140; *Schroth*, Jus 1992, Seite 476 (478); SK – *Samson*, (6. Aufl.), § 34 RN 12 ff.

807. Baumann / Weber / Mitsch - *Mitsch*, § 17 RN 54

808. *Pawlik*, Seite 103 f. FN 140; SK – *Samson*, (6. Aufl.), § 34 RN 12

809. *Pawlik*, Seite 103 f. FN 140

810. *Pawlik*, Seite 103 FN 140; SK – *Samson*, (6. Aufl.), § 34 RN 12 f.

811. Vgl. dazu nur *Delonge*, Seite 61 ff., 95; *Küper*, JuS 1971, Seite 474 (474); *Küper*, JuS 1987, Seite 81 (86); Lackner / Kühl – *Kühl*, § 34 RN 1; *LK – Zieschang*, § 34 RN 3; *Maurach / Zipf*, AT I, § 27 RN 20; *Roxin*, AT I, § 16 RN 3; Sch / Sch – *Perron*, § 34 RN 1 z.T. m.w.N.

Vergleich zu dem sonst eintretenden Schaden als geringeres Übel erscheint.⁸¹² Hinsichtlich des Aggressivnotstandes bedarf es zwar als Erklärung für die Befugnisse des § 34 StGB neben der Sozialnützlichkeit der Handlung noch der weiteren Grundlage einer entsprechenden Sozialbindung von Rechtsgütern und einer für den Inhaber daraus folgenden Solidaritätspflicht. Jedoch reicht diese allein gerade nicht aus. Denn ob jemand im Einzelfall derart zur Solidarität mit (fremder) Not rechtlich bindend verpflichtet ist, dass er den Eingriff in seine Rechtsgüter dulden muss, ist gerade die Frage, die gleichfalls wieder zum Interessenabwägungsprinzip führt,⁸¹³ so dass die Solidaritätspflicht zwar in § 34 StGB ihren Niederschlag gefunden hat, aber eben nur einen Teilaspekt des rechtfertigenden Notstandes und gerade nicht dessen Grundgedanken darstellt.

Zudem besteht auch nicht die Gefahr der Schaffung eines unbeschränkten Rechts auf Einmischung in fremde Angelegenheiten.⁸¹⁴ Diese wäre nur gegeben, wenn § 34 StGB immer auf alle Fälle der internen Güterkollision anwendbar ist. Der rechtfertigende Notstand greift aber auch nach der überwiegenden Meinung nur subsidiär und nur dann ein, wenn die Grundsätze der (mutmaßlichen) Einwilligung, entweder aufgrund mangelnder Einwilligungsfähigkeit oder Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsträgers, nicht anwendbar sind. In diesen Konstellationen ist der Wille des Rechtsgutsinhabers für die (mutmaßliche) Einwilligung gerade nicht beachtlich, entschieden werden kann nur nach einer Interessen- und Güterabwägung. Dafür stellt aber § 34 StGB das geeignete Rechtsinstitut dar. Zudem ist in unserer konkreten Fallgestaltung der Fötus ja noch nicht willensfähig im eigentlichen Sinne, so dass von irgendwelchen subjektiven Präferenzen des Fötus, die für die mutmaßliche Einwilligung relevant wären, nicht gesprochen werden kann.⁸¹⁵ Fehlt es aber an einem (mutmaßlichen) Willen oder der Verfügungsbefugnis des Inhabers des Rechtsguts, und nur dann soll nach der herrschenden Meinung ein Rückgriff auf § 34 StGB erfolgen, greift der Rechtfertigungsgrund der (mutmaßlichen) Einwilligung gar nicht erst ein. Die Mindermeinung muss sich dann insofern den Vorwurf gefallen lassen, künstlich eine Regelungslücke zu schaffen, die sie nicht ausfüllen kann.

Zusammenfassend lässt sich damit sagen, dass bei einer derart frühen Beendigung der Schwangerschaft am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus aufgrund konkreter Gefahren für den Föten im Mutterleib ein Fall der internen Güterkollision vorliegt, der zwar grundsätzlich über das Rechtsinstitut der (mutmaßlichen) Einwilligung zu lösen ist. Jedoch wird das Leben des Fötus, gerade weil die extrauterine Lebensfähigkeit nur knapp überschritten wird, durch eine derart frühe Trennung von der Mutter gefährdet. Bei vorsätzlicher Gefährdung des Rechtsguts Leben fehlt es aber an einer Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsinhabers über dieses, so dass in der hier relevanten Konstellation § 34 StGB eingreift.

IV. Voraussetzungen

Wenden wir uns nun den konkreten Anforderungen zu, die erfüllt sein müssen, damit eine Rechtfertigung nach § 34 StGB in unseren Fallkonstellationen auch tatsächlich eingreift.

812. Lenckner, Seite 49; Sch / Sch – Perron, § 34 RN 1

813. Vgl. Sch / Sch – Perron, § 34 RN 1

814. So SK – Samson, (6. Aufl.), § 34 RN 13

815. Ähnlich Merkel, Seite 530 für Neugeborene.

1. Gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr

Voraussetzung ist zunächst das Bestehen einer Notstandslage und dafür insbesondere das Vorliegen einer Gefahr für ein Rechtsgut. Diese wird definiert als einen durch eine beliebige Ursache eingetretenen ungewöhnlichen Zustand, in welchem nach den konkreten Umständen des Einzelfalls der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist, d.h. also wenn innerhalb vernünftiger Lebenserfahrung mit der Schadensverwirklichung zu rechnen ist bzw. dessen Möglichkeit nahe liegt.⁸¹⁶ Auf unsere Konstellation bezogen bedeutet das demnach, dass der Eintritt des Todes des Fötus oder einer schwersten Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes bei weiterem Verbleiben im Mutterleib wahrscheinlich bzw. naheliegend sein muss.

Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Gefahr, anders als bei § 218 a Abs. 2 StGB,⁸¹⁷ gegenwärtig ist, d.h. der Schadenseintritt muss unmittelbar bevorstehen. Es reicht jedoch auch aus, wenn die gegebene Sachlage erst in Zukunft in einen Schaden umzuschlagen droht, seine Abwendung aber nur durch sofortiges Handeln erfolgen kann.⁸¹⁸ Es muss folglich eine akute Gefahrensituation für den Fötus im Mutterleib vorliegen, die den unmittelbaren Eintritt des Todes des Fötus oder schwerster Gesundheitsschäden bei weiterer Fortsetzung der Schwangerschaft wahrscheinlich macht. Der Grad der Wahrscheinlichkeit hat sich aber angesichts der dem Fötus auch und gerade bei Beendigung der Schwangerschaft am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit drohenden Lebens- sowie Gesundheitsgefahren und der damit verbundenen unsicheren Prognose für das Kind nach der „Geburt“ auf hohem Niveau zu bewegen, d.h. letztlich, dass der Schadenseintritt als nahezu sicher anzusehen sein muss.⁸¹⁹ Im Endeffekt hat der Zustand des Ungeborenen folglich so ernst zu sein, dass am grundsätzlichen Vorliegen einer Gefahr i.S.d. § 34 StGB nicht zu zweifeln ist. Im klinischen Alltag dürfte eine solche strenge Gefahrenprognose im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Angesichts der aber auf der anderen Seite gesicherten Erkenntnisse über die relativ hohe Mortalität und Morbidität bei Schwangerschaftsbeendigungen zu einem derart frühen Zeitpunkt hat der Grundsatz „im Zweifel – Fortsetzung der Schwangerschaft“ zu gelten. Je weiter die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit der Ungeborenen überschritten ist, desto niedriger ist auch die nachgeburtliche Sterblichkeit des Kindes anzusetzen, so dass dann auch etwas geringere Wahrscheinlichkeiten für den Schadenseintritt ausreichend sind.

Der Beurteilungsmaßstab bei der Feststellung des Vorliegens einer gegenwärtigen Gefahr ist die objektive nachträgliche Prognose eines sachkundigen Betrachters, der über alle feststellbaren Umstände zum Zeitpunkt der Notstandshandlung informiert ist.⁸²⁰ Sachkundigkeit bedeutet dabei in

- 816. BGHSt 18, Seite 271, (272); 26, Seite 176, (179); Lackner / Kühl – Kühl, § 34 RN 2; LK - Zieschang, § 34 RN 26; Sch / Sch – Perron, § 34 RN 12; T / F – Fischer, § 34 RN 3
- 817. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.1 „Gefahr für das Leben oder Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes“
- 818. Lackner / Kühl – Kühl, § 34 RN 2; LK - Zieschang, § 34 RN 36; Maurach / Zipf, AT I, § 27 RN 16 i.V.m. § 26 RN 23 f.; Roxin, AT I, § 16 RN 20 f.; Sch / Sch – Perron, § 34 RN 17; Stratenwerth / Kuhlen, AT, § 9 RN 102 i.V.m. RN 65; T/F – Fischer, § 34 RN 4 je m.w.N.
- 819. Der Grad der Gefahr hat zwar an sich keine Auswirkungen auf das grundsätzliche Bestehen einer Gefahr (Vgl. dazu nur LK – Zieschang, § 34 RN 34; Maurach / Zipf, AT I, § 27 RN 16; Roxin, AT I, § 16 RN 14, sondern spielt erst bei der eigentlichen Interessenabwägung eine Rolle. Angesichts der aber bei einer frühen Schwangerschaftsbeendigung vorliegenden Lebensgefahren für das geborene Kind scheint es angebracht, schon bei der Herausarbeitung des Gefahrenbegriffes zu betonen, welche Gefahrengrade überhaupt in unserem Fall für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB in Betracht kommen können.
- 820. Lackner / Kühl – Kühl, § 34 RN 2; LK – Zieschang, § 34 RN 29 je m.w.N.

unserem Fall, in dem für das Vorliegen und die Feststellbarkeit einer Gefahrensituation die medizinischen Befunde entscheidend sind, dass hier das Wissen und Wissen-Können eines sachverständigen und mit der Materie vertrauten Arztes als Maßstab gilt.⁸²¹

Des Weiteren darf die Gefahr nicht anders abwendbar sein. Es darf mithin kein geeigneteres, milderes, weniger einschneidendes Mittel zur Abwendung der Gefahr zur Verfügung stehen.⁸²² Das bedeutet, dass die Schwangerschaftsbeendigung am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus, die per se einen großen Eingriff darstellt, das einzige Mittel sein muss, um die dem Ungeborenen im Mutterleib drohenden Lebens- oder schwersten Gesundheitsgefahren zu beseitigen. Eine anderweitige und sei es kurzfristige Stabilisierung des Kindes darf nicht möglich sein. Diese wäre immer ein milderes Mittel. Geeignet ist die künstliche Herbeiführung einer Frühgeburt zwar in der Regel, um die dem Fötus im Mutterleib drohenden Gefahren abzuwenden, jedoch ist insbesondere bei der Interessenabwägung⁸²³ zu beachten, dass er insofern neuen, u.U., wenn ihm bei Fortdauern der Schwangerschaft „nur“ schwerste Gesundheitsgefahren drohen, gravierenderen Gefahren, gerade auch für sein Leben, nach der Geburt ausgesetzt ist.

2. Interessenabwägung

Ausschlaggebend für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB ist damit letztlich die Interessenabwägung. Diese muss zunächst grundsätzlich zum Ergebnis führen, dass das Interesse, zu dessen Gunsten gehandelt wird, das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.⁸²⁴ In unserem Fall sind jedoch nur die Interessen des Fötus betroffen, bleibt die Kollision mithin auf denselben Rechtsgutsinhaber beschränkt. Daher reduziert sich die Interessenabwägung auf eine bloße Chancen- und Risikenabwägung.⁸²⁵ Diese Auslegung widerspricht insofern auch nicht dem Wortlaut des § 34 StGB, der ein „wesentliches Überwiegen“ fordert. Denn Sinn und Zweck dieses Erfordernisses ist es, Zwangsmaximierungen über Personengrenzen und damit über die Schutzzgrenzen von Autonomie und subjektivem Recht hinweg zu verhindern. Nur dann, wenn der Inhaber des Eingriffsgutes im Vergleich zum Inhaber des bedrohten Interesses eine eben nur unwesentliche Beeinträchtigung erleidet, sollen ihm von der Rechtsordnung die in § 34 StGB normierten Duldungs- und Solidaritätspflichten auferlegt werden.⁸²⁶ Die Gefahr der Zwangsmaximierung über Personengrenzen hinweg besteht in der Konstellation der internen Güterkollision so jedoch gerade nicht. Entscheidend ist hier vielmehr, ob die vorgenommene Wahl zur Besserstellung des einzig von ihr Betroffenen führt. Ist das der Fall, begründet, gerade wenn so elementare Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit betroffen sind, schon eine geringere Chance der Besserstellung des betroffenen Gutes⁸²⁷ (auch und gerade nach objektiver Betrachtung) für den Inhaber dieses ein eindeutiges und damit wesentliches Übergewicht.⁸²⁸ Die Bedeutung des Begriffes

821. Vgl. dazu allgemein LK – Zieschang, § 34 RN 29; Schaffstein, FS für Bruns, Seite 89 (101 ff.)

822. Baumann / Weber / Mitsch - Mitsch, § 17 RN 61 ; LK – Zieschang, § 34 RN 50; Maurach / Zipf, AT I, § 27 RN 17 ff.; Roxin, AT I, § 16 RN 23; Sch / Sch – Perron, § 34 RN 18; T / F – Fischer, § 34 RN 5 je m.w.N.

823. Dazu sogleich.

824. Vgl. dazu Lackner / Kühl – Kühl, § 34 RN 6; Sch / Sch – Perron, § 34 RN 46; T / F – Fischer, § 34 RN 7

825. Vgl. dazu Merkel, Seite 532 ff.; Lackner / Kühl – Kühl, § 34 RN 4; LK – Zieschang, § 34 RN 59; Otto, AT, § 8 RN 183

826. Vgl. Merkel, Seite 533 FN 26; Roxin, AT I, § 16 RN 46 f. ; Sch / Sch – Perron, § 34 RN 38

827. Bzw. der betroffenen Güter

828. Eine dementsprechende, den Wesentlichkeitsbegriff auf ein eindeutiges Überwiegen reduzierende Auslegung wird zum Teil sogar für den Normalfall des rechtfertigenden Notstandes, wenn die Interessen verschiedener

wird insofern nicht primär an den Quantitäten der abgewogenen Interessen, sondern vielmehr an der Qualität der vorgenommenen Wahl als richtig oder falsch für den allein von ihr Berührten orientiert.⁸²⁹ Rechtfertigung kommt damit dann in Betracht, wenn die Abwägung ergibt, dass die mit der Rettungshandlung verbundenen Risiken geringer anzusetzen sind als diejenigen Gefahren, denen das bedrohte Rechtsgut bei Unterlassen der Rettungshandlung ausgesetzt wäre.⁸³⁰

Zunächst muss damit jedoch herausgearbeitet werden, welche Rechtsgüter und Interessen überhaupt betroffen sind. Das sind hier auf der einen Seite das des Ungeborenen an Lebenserhaltung und Bewahrung vor schwersten Gesundheitsschäden im Mutterleib, so dass hier die Rechtsgüter Leben und Gesundheit berührt sind (wobei für die endgültige Interessenabwägung beide Konstellationen getrennt zu betrachten sind), sowie auf der Seite des Eingriffsgutes auch wieder das Leben sowie die Gesundheit⁸³¹ des Kindes, welche durch die Schwangerschaftsbeendigung am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus gefährdet sind.

Damit ist zum einen der Sachverhalt denkbar, wo dem Föten sowohl im Mutterleib bei weiterem Verbleiben als auch außerhalb des Mutterleibs bei derart zeitiger Schwangerschaftsbeendigung Lebensgefahren drohen, mithin jeweils das Rechtsgut Leben betroffen ist.⁸³² Für den Normalfall wird eine Abwägung Leben gegen Leben im Rahmen des § 34 StGB als unzulässig angesehen.⁸³³ Quanti- und Qualifizierungen sind nicht erlaubt,⁸³⁴ da sich schon aus Art. 1, 2, 3 GG ergibt, dass jedes menschliche Leben den gleichen Rang hat.⁸³⁵ Das ist aber nur für die Fälle einsichtig,⁸³⁶ in denen verschiedene Rechtsgutsträger betroffen sind. Sinn dieses Verbotes ist doch letztlich das

Personen kollidieren, vorgenommen. So u.a. von *Delonge*, Seite 166; *Roxin*, AT I, § 16 RN 89 f.; Sch / Sch – Perron, § 34 RN 45.

- 829. Vgl. *Merkel*, Seite 532 ff.
- 830. Vgl. LK – *Zieschang*, § 34 RN 59
- 831. Zwar steht nur die Rechtfertigung eines tatbestandlichen Handelns, hier des Schwangerschaftsabbruchs, in Frage. Geschütztes Rechtsgut des § 218 StGB ist insofern nur das Leben des Fötus. In der umfassenden Abwägung müssen aber gleichwohl sowohl auf Seiten des geschützten wie des betroffenen Rechtsgutes alle Interessen, also nicht nur das durch die Schwangerschaftsbeendigung berührte Lebens-, sondern auch und gerade die dadurch betroffenen Gesundheitsinteressen des Kindes, berücksichtigt werden, da die Güterwelt des Einzelnen vielfach so beschaffen ist, dass durch die Beeinträchtigung des einen Gutes auch andere rechtlich geschützte Interessen in Mitleidenschaft gezogen werden. Diese zu vernachlässigen hieße, gerade auch in unserem Fall der internen Güterkollision, eine sachgerechten Abwägung nicht durchführen zu können. Denn ob in unserer Konstellation der Rechtsgutsinhaber wirklich besser gestellt ist durch die frühe Schwangerschaftsbeendigung, ergibt sich erst, wenn wirklich alle von dieser Handlung betroffenen Interessen und Folgen bei der Abwägung mitberücksichtigt werden. Vgl. dazu *Jakobs*, AT, § 13 RN 32; *Küper*, Seite 146 ff.; *Lenckner*, Seite 100; LK – *Zieschang*, § 34 RN 55; letztlich so auch Sch / Sch – Perron, § 34 RN 23; a.A. *Dencker*, JuS 1979, Seite 779 (779), die aber aus obengenannten Erwägungen abzulehnen ist
- 832. Zwar sind mit einer derart frühen Geburt auch konkrete Gesundheitsgefahren verknüpft (dazu genauer sogleich s.u.), diese spielen jedoch insofern nur nachrangig bzw. zusätzlich bei der Abwägung eine Rolle. Hier sollen zunächst nur die betroffenen Hauptinteressen auf jeder Seite skizziert werden.
- 833. Beispielaft *BGHSt* 35, Seite 347 (350); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 34 RN 7 ff.; LK – *Zieschang*, § 34 RN 65; *Roxin*, AT I, § 16 RN 33 ff.; T / F – *Fischer*, § 34 RN 9 f. je m.w.N; a.A. jedoch *Delonge*, Seite 118 ff.
- 834. Beispielaft *BGHSt* 35, Seite 347 (350); *Lackner / Kühl – Kühl*, § 34 RN 7; LK – *Zieschang*, § 34 RN 65; *Roxin*, AT I, § 16 RN 33; T / F – *Fischer*, § 34 RN 10 je m.w.N.
- 835. Dazu *Roxin*, AT I, § 16 RN 33; zur Gleichwertigkeit jedweden menschlichen Lebens unabhängig von Krankheit und Behinderung vgl. auch *Dreier – Dreier*, Art. 1 I RN 65
- 836. Und wohl auch gemeint. Vgl. nur *Lackner / Kühl – Kühl*, § 34 RN 7; LK – *Zieschang*, § 34 RN 65; T / F – *Fischer*, § 34 RN 9 f.

schlichte Unvermögen angesichts des absoluten Wertes des menschlichen Lebens, die Lebensinteressen des einen Menschen gegen die eines anderen abzuwägen. Im Fall der internen Güterkollision ist jedoch ein und dasselbe Rechtsgut des gleichen Inhabers betroffen, das insofern unterschiedlichen Gefahren und Risiken ausgesetzt ist. Die Gefahr der Willkürlichkeit der menschlichen Auswahl des zu rettenden Lebens besteht hier anders als bei mehreren Rechtsgutsinhabern nicht. Es erfolgt insofern auch denklogisch keine Bewertung qualitativer und quantitativer Art. Denn es geht wegen der Identität von bedrohtem und geschütztem Rechtsgut nicht um die Opferung, sondern nur um die Besserstellung eines Rechtsguts.⁸³⁷ Es muss folglich ein Vergleich der Risiken und damit die Wahl der besten Chancen für die Erhaltung des Rechtsguts vorgenommen werden. Eine Abwägung ist hier damit ausnahmsweise zulässig.

Entsprechend gelten diese Überlegungen für den anderen Fall, dass dem Ungeborenen im Mutterleib „nur“ schwerste Gesundheitsgefahren drohen, denen bei Beendigung der Schwangerschaft Lebensgefahren für das Kind gegenüberstehen. Eine Abwägung in diesen Fällen, wohlgemerkt immer der internen Güterkollision, grundsätzlich mit dem Argument des absoluten Wertes des menschlichen Lebens auszuschließen, hieße, dass eine Vermeidung von mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintretenden schwersten Gesundheitsschäden unter Inkaufnahme selbst einer fernliegenden Möglichkeit des Todes nicht möglich wäre.⁸³⁸ Zwar ist das bedrohte mit dem geschützten Rechtsgut insofern nicht identisch, aufgrund des Betroffenseins nur eines Rechtsgutsträgers geht es hier letztlich aber trotzdem um eine bloße Besserstellung dieses, dem gerade keine Opfer einer anderen Person gegenüberstehen. Folglich ist auch insofern eine Abwägung zulässig. Entscheidend ist insbesondere hierbei letztlich nicht nur der abstrakte Wert der Güter und Interessen, sondern der Grad der drohenden Gefahr für geschütztes wie für beeinträchtigendes Gut.

Wenden wir uns nun zunächst der konkreten Abwägung zu, wenn sowohl im wie auch außerhalb des Mutterleibes Lebensinteressen des Fötus betroffen sind. Die abstrakte Wertigkeit des jeweils betroffenen Rechtsguts Leben ist insofern die gleiche. Entscheidend ist hier der Grad der dem Leben des Fötus zum einen im Mutterleib und zum anderen bei derart zeitiger Einleitung einer extremen Frühgeburt drohenden Gefahren. Fraglich erscheint dabei, welchen Grad die dem Kind im Mutterleib drohende Lebensgefahr einnehmen muss, um die Gefährdung des Kindes außerhalb des Mutterleibes aufzuwiegen. Voraussetzung ist also zunächst, die Mortalitätsrisiken zu spezifizieren. Aufschlussreich ist dabei ein Blick auf Untersuchungen, die gerade die Sterblichkeit bei extremem Frühgeborenen im Blick hatten. Aus diesen ergibt sich, dass die perinatale Mortalität an der Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit⁸³⁹ sehr hoch ist – in der medizinischen Literatur wird die Sterblichkeit vor und in der 22. Schwangerschaftswoche p.m bzw. 20. Schwangerschaftswoche p.c. mit nahezu 100 % angegeben,⁸⁴⁰ wobei über ganz seltenen Fälle eines dauerhaften Überlebens

837. LK – Zieschang, § 34 RN 59

838. Wobei in den relevanten Fallsituationen der Schwangerschaftsbeendigung am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus für diesen lebensbedrohliche Gefährdungen bestehen, die insofern gerade nicht fernliegend sind. Das spielt dann aber bei der konkreten Chancen- und Risikenabwägung eine Rolle.

839. Zur Erinnerung: ab der 20. SSW p.c. besteht potentiell eine extrauterine Lebensfähigkeit des Kindes.

840. Ahner / Kohlhauser / Bikas etc., Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (23); Allen / Donohue / Dusman, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1599)

berichtet wird.⁸⁴¹ In der 21. Schwangerschaftswoche p.c. liegt die Sterblichkeit bei 80 – 90 %, nimmt aber nach Erfahrung verschiedener Studien mit jeder weiteren Schwangerschaftswoche deutlich ab: So beträgt sie in der 22. Schwangerschaftswoche p.c. noch um die 50 %, während sie in der 23. Schwangerschaftswoche p.c. bei 20 – 40 % liegt.⁸⁴² Entscheidend für den Grad der dem Fötten im Mutterleib drohenden Lebensgefahr ist somit die Schwangerschaftswoche. Diese kann heute in der Regel aufgrund der verbesserten Ultraschalltechnik mittels Messung des biparietalen Schäeldurchmessers⁸⁴³, gerade wenn Daten einer früheren Sonographie vorliegen, ziemlich genau bestimmt werden.⁸⁴⁴ Vor und in der 20. Schwangerschaftswoche ist die perinatale Mortalität derart hoch, dass eine bessere Überlebenschance für das Kind außerhalb des Mutterleibes nicht gegeben ist und eine Schwangerschaftsbeendigung insofern nicht gerechtfertigt werden kann. Auch in der 21. Schwangerschaftswoche besteht für das Kind, das nur eine Überlebenschance von etwa 10 % hat, mit der Einleitung der Frühgeburt ein extremes Risiko. Nur dann, wenn die Verwirklichung des Todes des Ungeborenen bei weiterem, auch nur kurzfristigem Verbleiben im Mutterleib als sicher gilt, kann trotz der hohen Gefährdung des Kindes bei Einleitung einer Frühgeburt, aufgrund der damit verbundenen, nicht vernachlässigbaren Rettungschancen ein eindeutiges und damit wesentliches Überwiegen vorliegen. Oder anders gewendet, die Einleitung einer Frühgeburt ist in diesem Fall insofern die Methode der Wahl, wenn und insofern es sich beim Schwangerschaftsabbruch um die letzte und insofern einzige Rettungsmöglichkeit für das Kind handelt. Ab der 22. Schwangerschaftswoche p.c. liegt eine Besserstellung des Fötus durch die Einleitung der Geburt nicht nur dann vor, wenn der Tod des Kindes bei Fortsetzung der Schwangerschaft gesichert ist, sondern auch wenn der Grad der Lebensgefahr im Mutterleib höher ist. Das ist in der 22. Schwangerschaftswoche je nach Einzelfall bereits bei einem Gefahrengrad von ca. 60 % und mehr und in der 23. Schwangerschaftswoche von ca. 50 % und mehr anzunehmen. Voraussetzung ist insofern jedoch immer, dass eine Fortsetzung der Schwangerschaft, und sei es um einige Tage, die Risiken für den Fötten im Mutterleib deutlich erhöhen würde. Denn jeder Tag, den das Kind länger im Mutterleib verbringt, erhöht grundsätzlich die Überlebenschancen nach der Geburt.

Drohen dem Fötten im Mutterleib „nur“ schwerste Gesundheitsgefahren, so sehen die Abwägung und ihr Resultat etwas anders aus. Das ergibt sich schon aus der abstrakten Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter. Nach dieser überwiegt das bei Einleitung einer derart frühen Geburt betroffene Lebensinteresse das mit der Gefahr schwerster Gesundheitsgefahren verbundene Interesse auf körperliche und seelische Integrität des Fötus. Damit gilt im Normalfall angesichts der hohen Mortalität an der Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit die Prämisse, die Schwangerschaft fortzusetzen, so dass eine Schwangerschaftsbeendigung aus diesem Grund in der Regel nicht zu rechtfertigen ist. In seltenen Ausnahmefällen kann sich zwar – isoliert betrachtet – bei entsprechendem Reifefortschritt des Fötus dann ein Überwiegen der Gesundheitsinteressen

841. Vgl. dazu *Allen / Donohue / Dusman*, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1599)

842. Die Zahlen unterliegen je nach Zentrum und Untersuchung Schwankungen, vgl. *Ahner / Kohlhauser / Bikas etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (23); *Allen / Donohue / Dusman*, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1599); *Fachgesellschaften*, Frühgeburt, Pädiatrische Praxis 1999, Seite 223 (225); *Hüttner / Weis / Maurer etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (477) und Seite 479 mit einem Verweis auf weitere internationale Studien

843. Der von einem Scheitelbein zum anderen gemessene Kopfdurchmesser.

844. Vgl. *Hüttner / Weiss / Maurer etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (480)

gegenüber dem Lebensinteressen ergeben, wenn das Eintreten schwerster (!) Gesundheitsschäden bei Fortsetzung der Schwangerschaft sicher und mindestens die 23. Schwangerschaftswoche p.c. erreicht ist, so dass die Mortalität „nur“ noch bei 20 – 40 % liegt. Jedoch drohen insofern auch durch die aufgrund der Frühgeburt bedingte Unreife des Kindes schwere körperliche und geistige Schäden, wie z.B. Blind- und Taubheit, Hirnschädigungen verschiedener Grade etc.,⁸⁴⁵ so dass grundsätzlich eine derart frühe Schwangerschaftsbeendigung keine Verbesserung der Chancen für die Gesundheit des Fötus darstellt. Nur wenn zudem die im konkreten Fall dem Fötten bei Fortsetzung der Schwangerschaft mit Sicherheit entstehenden schwersten Gesundheitsschäden, die ihm je nach Schwangerschaftswoche und Entwicklungsstand drohenden Schäden⁸⁴⁶ bei derart früher Geburt eindeutig überwiegen, sowie mindestens die 23. Schwangerschaftswoche p.c. erreicht ist und damit die höchsten Mortalitätsrisiken überwunden sind, kann in seltensten (!) Ausnahmefällen von einer Chancenverbesserung des Fötus durch die Einleitung der Frühgeburt gesprochen werden. Nur unter diesen Voraussetzungen ist dann eine Rechtfertigung möglich.

In all diesen Konstellationen ist natürlich die Sicherheit der Prognose und Diagnose vorausgesetzt. Lässt sich die Schwangerschaftswoche im Einzelfall nicht genau festlegen oder ist die Festlegung der Risiken für das Kind im Mutterleib und der Dringlichkeit der Handlung nicht genau bestimmbar, muss im Zweifel immer die Schwangerschaft zunächst fortgesetzt werden, um dem Fötten die mit jeder Woche, ja letztlich mit jedem Tag, verbundenen höheren Überlebenschancen zu Gute kommen zu lassen.

3. Sonstige Anforderungen

Die Tat muss zudem gem. § 34 S. 2 StGB angemessen sein, d.h. nach den anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit als eine sachgemäße und dem Recht entsprechende Lösung der Konfliktlage erscheinen.⁸⁴⁷ Davon kann bei Einleitung der Frühgeburt zur Abwendung der dem Fötten im Mutterleib drohenden Gefahren in den oben spezifizierten Fällen ausgegangen werden.

Des Weiteren muss der Arzt mit Rettungswillen handeln. Notwendig ist somit, dass der Mediziner mit der Einleitung der Frühgeburt die Rettung des Kindes vor den ihm bei Fortsetzung der Schwangerschaft drohenden Gefahren erstrebt.⁸⁴⁸ Davon, dass der Arzt aus diesem Grunde handelt, kann ohne weiteres ausgegangen werden.

Als zusätzliches Erfordernis kommt noch die Einwilligung der Mutter in den Eingriff hinzu. Dieser stellt nämlich immer auch eine tatbeständliche Körperverletzung⁸⁴⁹ und, ohne ihren Willen vorgenommen, eine Verletzung der Entscheidungsfreiheit der Schwangeren dar.

845. Vgl. nur *Ahner / Kohlhauser / Bikas etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (21 ff.); *Allen / Donohue / Dusman*, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1600); *Hüttner / Weis / Maurer etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (478 ff.); *Lorenz / Wooliever / Jetton etc.*, A Quantitative Review of Mortality and Developmental Disability, Archives of Pediatrics and Adolsescent medicine 152 (1998), Seite 425 (428 ff.).

846. Vgl. dazu nur *Ahner / Kohlhauser / Bikas etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (23 f.); *Hüttner / Weis / Maurer etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (481)

847. LK – Zieschang, § 34 RN 78

848. Vgl. allgemein zum subjektiven Element des Notstandes LK – Zieschang, § 34 RN 45 ff.; T / F – Fischer, § 34 RN 17 ff.

849. Auf die zwischen Rechtsprechung (beispielhaft: RGSt 25, Seite 375 (377); BGHSt 11, Seite 111 (112); 16, Seite 309 (309 ff.) z.T. m.w.N.) und Literatur (Lackner / Kühl – Kühl, § 223 RN 8; LK – Lilie, Vor § 223 RN 3 - je

V. Fazit

Auch wenn sich die Straflosigkeit der Spätabtreibung, wenn, dann in der Regel aus § 218 a Abs. 2 StGB ergibt, kann im Einzelfall, gerade wenn keine medizinisch-soziale Indikation auf Seiten der Mutter vorliegt, jedoch für den Föten im Mutterleib Lebens- und in seltensten Ausnahmefällen auch schwerste Gesundheitsgefahren drohen, auch § 34 StGB diese begründen. Entscheidungsrelevant wird der rechtfertigende Notstand jedoch nur, wenn die Einleitung einer Frühgeburt am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes stattfindet, so dass hier überhaupt ein tatbestandlicher, insbesondere bedingt vorsätzlicher, Schwangerschaftsabbruch gegeben ist.⁸⁵⁰

Zu betonen bleibt abschließend noch, dass trotz Todes- oder schwerster Gesundheitsgefahren für den Föten im Mutterleib der Arzt zumindest bis zur 24. Schwangerschaftswoche p.c. angesichts der hohen Risiken für Leben und Gesundheit des Kindes bei Beendigung der Schwangerschaft zu einem derart frühen Zeitpunkt nicht verpflichtet ist, eine Frühgeburt einzuleiten. Hier wurde vielmehr nur dargestellt, dass bzw. wann er, im Normalfall nach Absprache mit den Eltern, berechtigt ist, eine solche im Interesse des Kindes herbeizuführen. Entscheidet sich der Arzt für die Einleitung einer derart frühen Geburt, muss dem zu diesem Zeitpunkt viel anfälligerem Kind diese durch aktives geburthilfliches Management soweit wie möglich erleichtert werden.⁸⁵¹

D. Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 4 StGB

Noch kurz sei auf die Privilegierungen des § 218 a Abs. 4 S. 1 und S. 2 StGB hingewiesen. Diese können dann eingreifen, wenn ein tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Schwangerschaftsabbruch vorliegt.

I. § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB

§ 218 a Abs. 4 S. 1 StGB stellt einen persönlichen Strafausschließungsgrund für die Schwangere dar. Die Rechtswidrigkeit der Tat und die Strafbarkeit aller anderen Beteiligten bleiben daher unberührt.⁸⁵² Voraussetzung für dessen Eingreifen ist, dass der Schwangerschaftsabbruch nach ärztlicher Beratung innerhalb von 22 Wochen und durch einen Arzt vorgenommen wird. Anders als bei der gem. § 218 a Abs. 2 StGB gerechtfertigten Spätabtreibung aus medizinisch-sozialer Indikation, bei der aufgrund der besonderen rechtlichen Verantwortung des Mediziners eine inländische Approbation für notwendig gehalten wird,⁸⁵³ ist das hier aufgrund der jedenfalls bestehenden bleibenden Rechtswidrigkeit ebenso wenig erforderlich, wie die Ausführung des Abbruchs in Deutschland.⁸⁵⁴ Die Beratung muss dabei von einer anderen Person als dem handelnden Arzt durchgeführt worden sein und den Anforderungen des § 219 StGB genügen. Der Inhalt ergibt sich

mit umfassenden weiteren Nachweisen) streitige Frage der Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs kommt es insofern nicht an, da die Einleitung der Frühgeburt in den hier relevanten Konstellationen, in denen gerade keine medizinische Indikation für die Frau vorliegt, aus Sicht der Frau fremdnützig ist, somit gerade kein medizinisch indizierter Heileingriff gegeben ist. Vgl. dazu allgemein *Hochreuter, KritV* 1996, Seite 171 (185)

- 850. Dazu genauer siehe oben unter „§ 3.A.V.2 Problemfall“
- 851. Genauer zu den Alternativen für das geburthilfliche Management und den damit z.T. (für die Mutter verbundenen) Risiken *Ahner / Kohlhauser / Bikas etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2000, Seite 20 (24); *Schneider*, in: Frühgeburt, Seite 329 (330 ff.)
- 852. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 23; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 69; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 34
- 853. Siehe dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.5 „Sonstige allgemeine Voraussetzungen“
- 854. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 23; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 70; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 36

dabei zum einen aus § 219 StGB und zum anderen aus § 5 SchwangerenkonfliktG. Eine 3-Tage-Karenz zwischen Konfliktberatung und Abbruch ist hier jedoch nicht vorgesehen. Der Eingriff muss dabei vor Ablauf der 22. Schwangerschaftswoche seit der Empfängnis oder – vom Normalfall eines 28 – Tage – Zyklus ausgehend – nicht später als 24 Wochen seit der letzten Menstruation erfolgt sein. Aufgrund dieser Frist kann § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB nur für zeitlich in diesem Rahmen erfolgte Spätabtreibungen greifen.

Liegen die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 4 StGB vor, hat das zur Folge, dass die Schwangere hinsichtlich des Schwangerschaftsabbruchs zwingend straffrei zu stellen ist. Sinn dieser Regelung ist es, die Schwangere wenigstens dazu zu bringen, sich zunächst einmal beraten zu lassen, ohne dass ihr bei negativem Ausgang der Beratung der Weg zu einem straffreien und vor allem durch eine Arzt (und nicht einen Kurpfuscher) durchgeföhrten Abbruch verschlossen ist. Letztlich soll also der durch den rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch entstehende Schaden so gering wie möglich gehalten werden.⁸⁵⁵

II. § 218 a Abs. 4 S. 2 StGB

§ 218 a Abs. 4 S. 2 StGB enthält dagegen keinen zwingenden Straffreistellungsgrund für die Schwangere, sondern macht vielmehr nur ein Absehen von Strafe bei „besonderer Bedrängnis“ der Schwangeren möglich. § 218 a Abs. 4 S. 2 StGB gilt insofern nur für die Schwangere selbst, nicht für andere Tatbeteiligte.⁸⁵⁶ Relevant wird diese Norm dann, wenn ein tatbestandsmäßiger, rechtswidriger Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 StGB vorliegt und die Strafausschließungsvoraussetzungen des § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB nicht gegeben sind. Das kann zum einen der Fall sein, wenn die 22-Wochen-Frist überschritten ist, der Abbruch nicht durch einen Arzt vorgenommen oder keine Beratung durchgeföhrt wurde.⁸⁵⁷

Voraussetzung ist also, dass sich die schwangere Frau zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis, in besonderer Notlage, befunden hat. Unter Bedrängnis ist dabei eine Lage zu verstehen, in der die Frau unten einem die durchschnittliche Situation bei einem illegalen Schwangerschaftsabbruch deutlich übersteigenden psychischen Druck stand, der entweder einem der in § 218 a StGB umschriebenen Interessenkonflikte nahekommt bzw. die Schwangere unter Zwang, beispielsweise des Erzeugers, stand oder ihr das Aufsuchen der Beratung und des Arztes in besonderem Maße erschwert war.⁸⁵⁸

Diese Strafverzichtsmöglichkeit ist jedoch nicht unproblematisch, da sie nur zur Anwendung kommen kann, wenn gerade die Gründe, dererwegen sich die teilweise Zurückdrängung des Abtreibungsverbots gerade noch nachvollziehen lässt, so u.a. unzumutbare Notlage, Beratungsgedanke, Verminderung des Gesundheitsrisikos für die Schwangere, nicht durchzuschlagen vermögen. Gerade angesichts des Höchstwertes des ungeborenen Lebens muss

855. *Arzt / Weber*, BT, Seite 132; *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 69

856. H.M., die sich insofern auf die teleologische und historische Auslegung stützen lässt: Vgl. nur *Arzt / Weber*, BT, Seite 133; *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 24; *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 77; *T / F – Fischer*, § 218 a RN 38; a.A. wohl nur *Otto*, BT, § 13 RN 53

857. Vgl. dazu *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 76; *T / F – Fischer*, § 218 a RN 38

858. *Lackner / Kühl – Kühl*, § 218 a RN 24; *Otto*, BT, § 13 RN 54; *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 76; *T / F – Fischer*, § 218 a RN 39

daher die praktische Anwendung dieser Vorschrift durch die Gerichte großer Zurückhaltung unterliegen.

E. Beispiele „Fälle“

Während bei § 218 a IV StGB schon der Norminhalt ausreichend ist, damit sich der durchschnittlich gebildete Jurist einen Lebenssachverhalt, der die Voraussetzungen der Norm erfüllt, vorstellen kann, ist dies bei der Straffreiheit der Spätabtreibung aufgrund § 218 a Abs. 2 und § 34 StGB nicht ohne weiteres der Fall. In welchen Fällen bei der medizinisch-sozialen Indikation eine Gesundheitsgefahr für die Schwangere und beim rechtfertigenden Notstand eine Todesgefahr für das Kind im Mutterleib in der Praxis angenommen wird, erschließt sich, von wenigen Fällen ausgenommen, dem medizinisch nicht vorgebildeten Juristen nicht allein durch die Kenntnis der rechtlichen Voraussetzungen der jeweiligen Normen. Daher erscheint es sinnvoll, zumindest anzureißen, welche Konstellationen im Allgemeinen zur Annahme einer medizinisch-sozialen Indikation oder eines rechtfertigenden Notstandes beim Schwangerschaftsabbruch führen bzw. führen können.

I. In Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur

Rechtsprechung und Literatur reißen nur fragmentarisch an, in welchen Konstellationen eine Spätabtreibung wegen Lebens- oder Gesundheitsgefahr i.S.d. medizinisch-sozialen Indikation für zulässig erachtet wird. Wann ein Spätabbruch zugunsten des Kindes wegen der ihm bei weiterem Verbleiben im Mutterleib drohenden Gefahren statthaft ist, wird, soweit ersichtlich, gar nicht erörtert.

Nahezu allgemein anerkannt ist, dass psychische Depressionen, die eine echte Suizidneigung hervorrufen oder verstärken können, wegen Lebensgefahr einen Abbruch erlauben können.⁸⁵⁹ Auch die chronisch entzündliche Restniere und Gebärmutterkrebs werden als bei Fortsetzung der Schwangerschaft potentiell Gefahren für das Leben der Mutter auslösende Umstände angesehen.⁸⁶⁰

Spezifische Krankheitsbilder wie Thromboembolien, Gestosen, Fruchtwasserembolien,⁸⁶¹ HELLP-Syndrom, organisch bedingte Herzfehler bestimmten Schweregrades, Niereninsuffizienz, Zervix- und Ovarialkarzinome, unter bestimmten erschwerenden Umständen auch Diabetes⁸⁶², aber auch erhebliche Depressionen mit Krankheitswert⁸⁶³ werden als Leiden betrachtet, die Gesundheitsgefahren im Sinne der medizinisch-soziale Indikation begründen können. In einer Entscheidung hat der *Bundesgerichtshof* das kumulative Auftreten von Magenresektion, ernsthaften Herzbeschwerden und Kreislaufstörungen als ausreichend angesehen.⁸⁶⁴

859. Beispielhaft RGSt 61, Seite 242 (258); BGHSt 2, Seite 111 (115); BGHSt 3, Seite 7 (9); Lackner / Kühl – Kühl, § 218 a RN 12; MüKo – StGB – Gropp, § 218 a RN 43; Sch/Sch – Eser § 218 a RN 28; SK – Rudophi, § 218 a RN 26; T / F – Fischer, § 218 a RN 20

860. So jedenfalls Sch/Sch – Eser § 218 a RN 28.

861. Diese sieht Sch/Sch – Eser § 218 a RN 31 als ausreichend an. Ähnlich auch T / F – Fischer, § 218 a RN 26

862. Bei diesen Leiden kann laut LK – Kröger, § 218 a RN 40, ein Schwangerschaftsabbruch angezeigt sein.

863. BGH, NJW 2002, Seite 2636 (2639); Lackner / Kühl – Kühl, § 218 a RN 12; LK – Kröger, § 218 a RN 40

864. BGHSt 14, Seite 1 (1)

Als Indikation erfüllende gesundheitliche Beeinträchtigung wird auch die psychische Dauerüberlastung der Frau angesehen, sofern sie in psychosomatische Persönlichkeitsverbiegungen, neurasthenischen Entwicklungen mit ständigen Versagenserlebnissen und depressiven Fehlentwicklungen münden kann.⁸⁶⁵

II. Exkurs: Ergänzender Blick in die medizinische Literatur

Aufgrund der geringen Zahl an konkreten Krankheitsbildern, die in Rechtssprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur als Indikation zur Spätabtreibung feststehen, bietet sich ein ergänzender Blick in die medizinische Literatur an. Es ist dabei zu untersuchen, in welchen Konstellationen in der medizinischen Literatur überhaupt eine Spätabtreibung oder die Einleitung einer „Frühgeburt“⁸⁶⁶ für erforderlich gehalten und in praxi in der Regel vorgenommen wird. Im Rahmen dieser vor allem rechtswissenschaftlichen Arbeit kann allerdings nur ein grober Überblick gegeben werden. Schließlich kann nahezu jede Krankheit unter Umständen bei bestimmten Menschen mit besonderen Veranlagungen eine Lebensgefahr oder schwerwiegende Gesundheitsgefahr begründen. Mir geht es aber nicht darum, die seltenen Ausnahmen darzustellen, sondern eben nur die Krankheiten, die in der medizinischen Literatur im Normalfall als Indikation angesehen werden, wobei ich mich dabei auf die Darstellung der mir – als medizinischem Laien – wesentlich erscheinenden Konstellationen beschränke.

Von den Medizinern ist insofern eine Einzelfallentscheidung zu treffen, die sich allerdings an oben erläuterter Definition der Gesundheits- und Lebensgefahr zu orientieren und zu halten hat. Zur Beurteilung, ob eine medizinisch-soziale Indikation gegeben ist oder wann im Einzelfall zugunsten des Kindes eine frühzeitige Beendigung der Schwangerschaft, selbst am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit, angezeigt ist, sind nicht nur Kenntnisse der relevanten Erkrankungen oder psychischen Störungen, sondern auch des prognostischen Verlaufs derartiger Krankheiten im Zusammenhang gerade mit einer Schwangerschaft notwendig. Dabei ist zwischen absoluten und relativen Indikationen zu unterscheiden. Letztere führen nur unter bestimmten Bedingungen, wie z.B. hinzukommenden Komplikationen oder besonders schwerem Krankheitsbild, zu einer medizinischen Indikation zum Schwangerschaftsabbruch.⁸⁶⁷

1. Gynäkologisch-geburtshilfliche Erkrankungen der Schwangeren

Gutartige gynäkologische Erkrankungen wie Lageveränderungen, Fehlbildungen, Entzündungen, Endometriose⁸⁶⁸ und gutartige Tumore werden nicht mehr als ausreichend zur Begründung einer medizinischen Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angesehen.⁸⁶⁹ In fast allen Fällen sei es möglich, das Grundleiden nach der termingerechten Beendigung der Schwangerschaft zu

865. Lackner / Kühl – *Kühl*, § 218 a RN 12; LK – *Kröger*, § 218 a RN 40; Sch/Sch – *Eser* § 218 a RN 29; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 27; T / F – *Fischer*, § 218 a RN 26

866. Wobei im Rahmen dieser Arbeit nur die Fälle relevant sind, bei denen die Einleitung der Frühgeburt am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes erfolgt und der Arzt insofern einen möglichen Tod des Kindes notgedrungen billigend in Kauf nimmt. Nur in diesen Fällen liegt ein tatbestandsmäßiger Schwangerschaftsabbruch vor.

867. Vgl. dazu *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 80

868. Vorkommen verschleppten Gebärmutter schleimhautgewebes außerhalb der Gebärmutter (aus *med. Duden*, Stichwort: Endometriose)

869. *Lau*, in: *Lau* (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 19 (19); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (337); *Kyank*: in: *Beller/Kyank* (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 511 (511 ff.)

behandeln.⁸⁷⁰ Zwingt eine akut auftretende Verschlechterung, z.B. Einschmelzung eines Myoms⁸⁷¹, Stieldrehung von Zysten etc., zu einem Eingriff und kommt es infolge dieses Eingriffs zu einem Abort, so kann auch insofern, abhängig davon, ob der Arzt den für möglich erkannten Tod des Kindes notgedrungen mit in Kauf nimmt / nehmen muss, ein tatbestandlicher Schwangerschaftsabbruch vorliegen.⁸⁷² In den Fällen, in denen diese Heilmaßnahmen dringend erforderlich sind, sei der Schwangerschaftsabbruch durch medizinische Indikation gerechtfertigt.⁸⁷³

Eine medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch solle sich bei sonstigen schwangerschaftsspezifischen Erkrankungen, zum Beispiel Frühgestosen⁸⁷⁴ wie Hyperemesis gravidarum⁸⁷⁵ oder EPH-Gestosen⁸⁷⁶ wie der Eklampsie⁸⁷⁷, entwickeln können, wenn diese trotz Therapie nicht beherrschbar seien und die Mutter in eine bedrohliche Situation brächten.⁸⁷⁸ In der Regel handelt es hier aber um Mischindikationen, d.h. neben der schwangerschaftsspezifischen Erkrankung an sich liegen bereits weiterreichende körperliche Auswirkungen vor.⁸⁷⁹ So werden schwerste Formen der Hyperemesis gravidarium im Einzelfall als Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angenommen, wenn darüber hinaus auch eine Niereninsuffizienz, eine Leberbeteiligung und neurologische Symptome vorliegen.⁸⁸⁰ Dabei ist die Indikation dann jeweils immer vom Schweregrad der Erkrankung und ihrer therapeutischen Beeinflussbarkeit abhängig.

2. Internistische Erkrankungen der Schwangeren

Krankheiten der Schwangeren, die zum Bereich der inneren Medizin gehören, werden je nach Art der Erkrankung durchaus als Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angesehen.

870. *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (337)

871. Gutartiges Geschwulst des Muskelgewebes (aus *med. Duden*, Stichwort: Myom)

872. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.A „Spätabtreibung als tatbestandlicher Schwangerschaftsabbruch“; a.A. jedoch *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (337), die schon keinen tatbeständlichen Schwangerschaftsabbruch annehmen, weil der Abort bloße, nicht beabsichtigte Nebenfolge sei. Ähnlich *Dietel*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 85 (87). Dagegen spricht, dass § 218 StGB keine feindliche Tendenz des Arztes gegenüber dem Föten erfordert und für die Deliktsrealisierung bereits *dolus eventualis* ausreicht.

873. Sogar für eine Ausnahme dieser Konstellationen vom tatbeständlichen Schwangerschaftsabbruch *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (337); ähnlich *Dietel*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 85 (87)

874. Gestose ist die Bezeichnung für durch die Schwangerschaft ausgelöste oder begünstigte Erkrankungen (*med. Duden*, Stichwort: Gestose)

875. Abnorm heftiges Erbrechen während der Schwangerschaft, *med. Duden*, Stichwort: Hyperemesis gravidarum

876. Durch die Symptomatrias Ödeme, Proteinurie und Bluthochdruck charakterisiertes Krankheitsbild, *med. Duden*, Stichwort: EPH - Gestose

877. Schwere, oft lebensbedrohliche Schwangerschaftsvergiftung, u.a. mit blitzartigen Krampfanfällen *med. Duden*, Stichwort: Eklampsie

878. Ausführlich dazu, auch mit weiteren Beispielen, *Lau*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 19 (20 f.); dazu auch; *Dietel*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 85 (85 ff.)

879. *Dietel*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 85 (85)

880. *Lau*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 19 (20)

a. Tuberkulose

Die Tuberkulose ist eine chronische Infektionskrankheit, die durch Tuberkelbakterien hervorgerufen wird und prinzipiell alle Systeme und Organe befallen kann, meist aber in den Atemorganen auftritt.⁸⁸¹ Früher war sie eines der Krankheitsbilder, die eine medizinische Indikation begründeten. Das ist heute in der Regel nicht mehr der Fall. Die Lungentuberkulose wird in der heutigen Zeit durch die Schwangerschaft in ihrem Verlauf nur selten verschlechtert.⁸⁸² Auch beim Befall anderer Organe soll heute ein Austragen der Schwangerschaft ohne weiteres möglich sein. Eine Verschlechterung kann heute bei entsprechender Behandlung wohl vermieden werden.⁸⁸³ Denn die Behandlung mit modernen Antituberkulostatika sowie die operative Therapie der Tuberkulose sollen auch während der Schwangerschaft ohne negative Auswirkungen auf diese möglich sein. Damit bedeutet die Unterbrechung der Schwangerschaft insoweit keine Verbesserung der Prognose. Dementsprechend wird die Tuberkulose in der Medizin im Normalfall nicht mehr als Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angesehen.⁸⁸⁴ Allein bei gleichzeitig bestehender hochgradiger kardialer Funktionseinschränkung⁸⁸⁵ mit Ateminsuffizienz⁸⁸⁶, bei einer Bronchusfistel⁸⁸⁷ mit Emphysembildung⁸⁸⁸ oder bei dem Zusammentreffen von Tuberkulose mit anderen schweren Leiden, wie z.B. Diabetes mellitus, wird die Erkrankung als relative Indikation angesehen.⁸⁸⁹

b. Nichttuberkulöse Erkrankungen der Atemorgane

Im Allgemeinen werden die aufgrund chronischer Erkrankungen entstandenen krankhaften Veränderungen der Organe an Form und Struktur, sofern sie zugleich die Atemwege und die Lunge betreffen, durch eine Gravidität nicht beeinflusst.

881. Siehe *med. Duden*, Stichwort: Tuberkulose; *Pschyrembel*, Stichwort: Tuberkulose

882. Vgl. *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 15; *Jentgens*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 2 (4.); *Jentgens*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 61 (62); *Steinbrück*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 178 (187)

883. Dazu *Flegel*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 359 (367); *Jaster*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 394 (404); *Jentgens*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 2 (7 f.); *Mebel*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 274 (279); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (338)

884. Beispielhaft: *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 16; *Jaster*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 394 (404); *Jentgens*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 2 (4 ff.); *Jentgens*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 61 (62 f.); *Kremling*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 13 (25); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (338); *Mebel*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 274 (279); *Steinbrück*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 178 (187 f.)

885. Funktionseinschränkungen des Herzens, *med. Duden*, Stichwort: kardial

886. Atemfunktionsschwäche, *med. Duden*, Stichwort: Insuffizienz

887. Krankhafter, röhrenförmiger Verbindungsgang der Bronchien zu anderen Organen oder Körperteilen, *Pschyrembel*, Stichwort: Bronchusfistel

888. Aufblähen von Organen; *med. Duden*, Stichwort: Emphysem

889. Vgl. *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 16, Seite 28; *Jentgens*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 61 (63); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (338)

Im funktionalen Bereich besteht jedoch eine wechselseitige Abhängigkeit. Die bei Lungenerkrankungen zwangsläufig resultierende Funktionsstörung des mit der Atmung verbundenen Gaswechsels kann bei Unterschreitung bestimmter Grenzwerte der arteriellen Blutgase zu einer Fruchtschädigung führen. Umgekehrt kommt es mit fortschreitender Gravidität zu einer weiteren primär humoralen⁸⁹⁰ und mechanischen Beeinträchtigung der ventilatorischen Funktion und so zu einer Verstärkung der Gas-Stoffwechselstörung.⁸⁹¹ Die Indikation zum Schwangerschaftsabbruch ist bei Erkrankungen der Atemungsorgane hauptsächlich vom funktionalen Zustand der Lunge abhängig. Auch wenn sich absolute Zahlen nicht verbindlich aufstellen lassen, besteht bei folgenden irreversiblen Funktionsstörungen bzw. Ausfällen immer ein stark erhöhtes Risiko und wird eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch diskutiert:

1. ausgeprägte kompensierte oder dekompensierte alveoläre, d.h. die Lungenbläschen betreffende, Hypoventilation⁸⁹² (Globalinsuffizienz) mit arteriellem Sauerstoffdruck unter 50 mm Hg oder Sauerstoffsättigung unter 85 % sowie arteriellem Kohlendioxiddruck über 50 mm Hg
2. erhöhter Atemwegswiderstand (Resistenz mehr als 8 cm Wasser pro Liter pro Sekunde; Pneumometerwert (Atemstoß) kleiner als 1/3 des Sollwertes
3. Vitalkapazität kleiner als 1/3 des Sollwertes⁸⁹³

Das zu Beginn oder vor der Gravidität dekompensierte chronische Cor pulmonale⁸⁹⁴, bei dem eine erhebliche alveoläre Hypoventilation in jedem Fall vorliegt, wird als absolute Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angesehen.⁸⁹⁵ Unspezifische chronische Erkrankungen der Atemwege wie das obstruktive Emphysem, das chronische Asthma bronchiale, die asthmoide Bronchitis oder ausgeprägte vielseitige Bronchiektasen⁸⁹⁶ sollen nur dann eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch darstellen, wenn die oben angegebenen Werte einer Funktionsstörung erreicht werden.⁸⁹⁷ Akut entzündliche Prozesse, welche zu Beginn der Gravidität auftreten können, verlaufen im Allgemeinen ohne wesentliche Beeinträchtigung der Atemfunktion und stellen nach

890. Den Transport von Stoffen auf dem Flüssigkeitsweg (Blut oder Lymphe) betreffend, *med. Duden*, Stichwort: humorale
891. *Pfleiderer / Hertle*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 33 (36 f.); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (30)
892. Zu schwache Beatmung der Lunge bei Verminderung der Atemfrequenz oder des Atemvolumens, *med. Duden*, Stichwort: Hypoventilation
893. *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (338); *Pfleiderer / Hertle*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 33 (37); Vgl. auch *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (31), der aber einen arteriellen Sauerstoffdruck unter 60 mm Hg ausreichen lässt
894. Infolge chronischer Überlastung verformtes Herz mit Hypertrophie (übermäßiger Größenzunahme) der rechten Herzkammer und verstärkter Pulsation, *med. Duden*, Stichwort: Cor pulmonale und Hypertrophie
895. *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (338); *Pfleiderer / Hertle*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 33 (37); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (31)
896. Chronische Erweiterung der Luftröhrenäste, *med. Duden*, Stichwort: Bronchiektasen
897. *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (338); Vgl. auch *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 17; *Pfleiderer / Hertle*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 33 (37); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (31)

einhelliger Meinung der medizinischen Autoren keine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch dar.⁸⁹⁸ Wesentlich risikoreicher sind restriktive Lungenerkrankungen wie Fibrosen⁸⁹⁹, pulmonale⁹⁰⁰ Formen von Kollagenosen⁹⁰¹ und gelegentlich Pneumokoniosen⁹⁰². Diese werden durch das Auftreten einer Obstruktion (teilweiser oder völliger Verschluss der Atemorgane), wie sie z.B. bei chronischer asthmoider Bronchitis bei M. Boeck häufiger auftritt, immer erheblich verschlechtert. Bei diesen Krankheiten ist daher stets eine sehr sorgfältige Funktionsdiagnostik durchzuführen, abhängig vom Grad der Funktionsbeeinträchtigung wird eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch für gegeben angesehen.⁹⁰³

c. Hypertensive Schwangerschaftserkrankungen

Ca. 15 % der Bevölkerung weisen mehr oder minder ausgeprägte Blutdrucksteigerungen auf, so dass das Zusammentreffen von selbständiger Hypertonie und Schwangerschaft nicht selten ist. Ob eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch gegeben ist, soll vom Stadium der Hypertonie abhängen. Hypertonie im Stadium 1 liegt vor, wenn zwar dauerhaft erhöhter Blutdruck gemessen wird, aber keine nachweisbaren Organschäden vorliegen. In diesem 1. Stadium weicht die Prognose von Mutter und Kind kaum von der Norm ab, so dass keine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vorliegen soll. Sind durch den Bluthochdruck bedingte Organschäden bereits nachweisbar (Hypertonie Stadium 2), wie z.B. verminderte Nierenfunktion, Augenhintergrundsveränderungen und ähnliches, und ist der Blutdruck gleichzeitig nicht leicht zu senken, so ist mit einem erhöhten mütterlichen und kindlichen Risiko sowie einer erhöhten Eklampsiegefahr zu rechnen. Die Indikationsstellung ist von der vorhandenen Funktionsstörung abhängig, eine medizinische Indikation soll aber oft gegeben sein. Es wird insoweit also eine relative Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angenommen. Hat die Hypertonie bereits zu Organinsuffizienzen geführt, z.B. des Herzens, der Niere oder im Gehirn (Hypertonie Stadium 3), liegt nach Ansicht der medizinischen Autoren aufgrund des hohen mütterlichen und fetalen Risikos eine absolute Indikation vor.⁹⁰⁴

Die Eklampsie gilt dabei als schwerste Komplikation hypertensiver Schwangerschaftserkrankungen. In der Regel kommt es zu Krampfanfällen mit darauffolgenden komatösen Zuständen.⁹⁰⁵ Der Status eclampticus stellt immer einen akut lebensbedrohlichen

898. Pfleiderer / Hertle, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 33 (38); Wolff, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (32)

899. Vermehrung des Bindegewebes, *med. Duden*, Stichwort: Fibrose

900. Die Lunge betreffend, *med. Duden*, Stichwort: pulmonal

901. Bezeichnung für verschiedene mit krankhaften Veränderungen des kollagenhaltigen Gewebes verbundene Erkrankungen, *med. Duden*, Stichwort: Kollagenose

902. Staublungen, *med. Duden*, Stichwort: Pneumokoniosen

903. Pfleiderer / Hertle, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 33 (38); Louwen / Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339); Wolff, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (32); Vgl. auch Helbing / Glück, Medizinische Indikationen, Seite 17

904. Dazu Bätz, in: Schwangerschaft und Krankheit, Seite 79 (82, 86); Edel, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (93); Höffler, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (65); Louwen / Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339); Vgl. auch Helbing / Glück, Medizinische Indikationen, Seite 20

905. Bätz, in: Schwangerschaft und Krankheit, Seite 79 (76); Rath, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band V, Seite 60 (74)

Zustand für die Mutter und, nach Ansicht der medizinischen Literatur, eine Indikation zum sofortigen Schwangerschaftsabbruch dar.⁹⁰⁶ Auch wenn eine Eklampsie unmittelbar droht, meist angezeigt durch das zusätzliche Auftreten zentralnervöser Symptome in verschiedenen Kombinationen wie u.a. Kopfschmerzen, Ohrensausen, Schwindelgefühl, Gesichtsfeldeinengung etc., wird eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angenommen.⁹⁰⁷ Eine andere schwere, lebensbedrohliche Verlaufsform hypertensiver Schwangerschaftserkrankungen mit typischer laborchemischer Konstellation stellt das HELLP-Syndrom dar. H (hemolysis) steht für Hämolyse, EL (elevated liver enzymes) für eine pathologische Erhöhung der Leberenzyme und LP (low platelet count) für eine niedrige Thrombozytenzahl.⁹⁰⁸ Wenn es nicht möglich ist, das HELLP-Syndrom zu kontrollieren und gegebenenfalls zurückzudrängen, wird auch hier eine mütterliche Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angenommen.⁹⁰⁹

d. Nierenkrankheiten

Nierenkrankheiten werden durch die Schwangerschaft meist ungünstig beeinflusst.⁹¹⁰ Bei der Beurteilung der Indikation zur Interruptio müssen der Verlauf früherer Schwangerschaften, Art und Ausmaß der Erkrankungen (ein- oder doppelseitig) sowie Schwere des Nierenleidens und die Auswirkungen auf den Organismus mitberücksichtigt werden.⁹¹¹

aa. Glomerulonephritis

Die Glomerulonephritis ist eine Nierenentzündung, die vorwiegend die Glomeruli⁹¹² betrifft⁹¹³ und in akuter oder chronischer Form auftreten kann. Die akute Glomerulonephritis ist in der Schwangerschaft sehr selten.⁹¹⁴ Während nach Ansicht früherer Publikationen⁹¹⁵ beim Auftreten

- 906. *Bätz*, in: Schwangerschaft und Krankheit, Seite 79 (82, 86); *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 277; *Rath*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band V, Seite 60 (74, 82); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (320)
- 907. *Rath*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band V, Seite 60 (82)
- 908. *Bätz*, in: Schwangerschaft und Krankheit, Seite 79 (77 f); *Bolz*, in: Frühgeburtlichkeit, Seite 215 (215 ff.); *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 277 f.; *Rath*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band V, Seite 60 (74 ff.)
- 909. *Bätz*, in: Schwangerschaft und Krankheit, Seite 79 (91 f.); *Bolz*, in: Frühgeburtlichkeit, Seite 215 (219); *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 277 ff.; *Rath*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band V, Seite 60 (81 f.); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (320)
- 910. *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 18; *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (36)
- 911. *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (36)
- 912. Kapillarknäuel der Malphi-Körperchen der Nierenrinde, *Pschyrembel*, Stichwort: Gloemrulus
- 913. Siehe *med. Duden*, Stichwort: Gloemrulonephritis; *Pschyrembel*, Stichwort: Gloemrulonephritis
- 914. *Birnbaum / Beller*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 256 (260); *Edel*, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (94); *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 357; *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 18; *Höffler*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (66); *Kremling*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 13 (18); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339)
- 915. *Höffler*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (66); Vgl. auch *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339) m.w.N.

einer akuten Glomerulonephritis in der Schwangerschaft eine absolute Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vorliegen sollte, wird heute nahezu einhellig eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch mit der Begründung abgelehnt, dass sich die Therapie in der Schwangerschaft nicht von der Nichtschwangerer unterscheide.⁹¹⁶ Nur in Ausnahmefällen, bei Auftreten einer Ppropf-EPH-Gestose, soll eine Schwangerschaftsunterbrechung angezeigt sein.⁹¹⁷ Auch Schwangerschaften nach abgeheilten akuten Glomerulonephritiden sollen im Allgemeinen sowohl aus mütterlicher als auch aus kindlicher Sicht kein erhöhtes Risiko darstellen.⁹¹⁸

Bei den leichteren Formen der chronischen Glomerulonephritis, die noch ohne oder nur mit geringer Blutdruckerhöhung und ohne oder nur geringer Nierenfunktionseinschränkung einhergehen, ist das mütterliche und fetale Risiko eher gering. Eine relative Indikation zur Interruptio ergebe sich erst bei einer Verschlechterung mit eintretender Nierenfunktionsstörung, so die Meinung in der Medizin.⁹¹⁹ Wesentlich schlechter ist die Prognose für Mutter und Kind bei den progredienten (fortschreitenden) Formen der chronischen Glomerulonephritis.⁹²⁰ Bei diesen Formen wird eine absolute Indikation zum Schwangerschaftsabbruch zum einen dann als gegeben angesehen, wenn die Glomerulonephritis proliferativ⁹²¹ ist.⁹²² Zum anderen soll dann eine absolute Indikation vorliegen, wenn neben der Proteinurie als typisches Krankheitssymptom der Glomerulonephritis eine schwer beherrschbare Hypertonie und eine Nierenfunktionsbeeinträchtigung (glomeruläre Filtrationsrate unter 60- 80 ml/min) vorliegen.⁹²³

- 916. *Birnbaum / Beller*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 256 (260); *Edel*, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (94); *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 357; *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 18
- 917. *Birnbaum / Beller*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 256 (260)
- 918. Genauer *Edel*, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (94); Vgl. auch *Birnbaum / Beller*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 256 (260); *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 357; *Kremling*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 13 (19)
- 919. *Birnbaum / Beller*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 256 (261); *Edel*, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (95); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 18; *Höffler*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (66); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339)
- 920. *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 18
- 921. Sich vermehrend, *med. Duden*, Stichwort: proliferativ
- 922. *Birnbaum / Beller*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 256 (261); *Edel*, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (95); *Höffler*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (66); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339)
- 923. *Birnbaum / Beller*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 256 (261); *Edel*, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (95); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 19; *Höffler*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (66); *Kremling*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 13 (18); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (36)

bb. Pyelonephritis, Phenacetinniere

Diese beiden Krankheiten, die an sich, ausgehend von der systematischen Einordnung der Krankheiten, zu unterscheiden sind, können hier aufgrund ähnlicher Wirkungen gemeinsam abgehandelt werden.⁹²⁴

Die akute Pyelonephritis, die durch eine gleichzeitige Entzündung des Nierenbeckens und der Nieren und / oder der oberen Harnwege gekennzeichnet ist, tritt in der Schwangerschaft recht häufig auf. Sie ist aber bei sachgemäßer, sorgfältiger Behandlung beherrsch- und therapierbar.⁹²⁵ Nur in Ausnahmefällen, z.B. bei schwerer doppelseitiger Pyelonephritis, soll eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vorliegen.⁹²⁶

Maßgeblich für eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch bei der chronischen Pyelonephritis ist das Ausmaß der Nierenfunktionsstörung und der Schweregrad der Hypertonie.⁹²⁷ So liege eine absolute Indikation vor bei dauerhafter Erniedrigung der glomerulären Filtrationsrate (60 – 80 ml/min, Plasmakreatin > 1,2 mg/dl) trotz Behandlung der bestehenden Blutdruckerhöhung und bereits vor der Schwangerschaft nachgewiesener röntgenmorphologischer Veränderungen.⁹²⁸ Bei weniger gravierenden Erniedrigungen der glomerulären Filtrationsrate und / oder Fehlen einer Hypertonie sei abhängig von der Therapieresistenz eine relative Indikation zum Schwangerschaftsabbruch gegeben.⁹²⁹ Das gleiche gelte für die Phenacetinniere,⁹³⁰ die durch die längerfristige oder missbräuchliche Anwendung des Medikaments Phenacetin verursacht werden kann.⁹³¹

cc. Dauerdialyse und Nierentransplantation

Tritt eine Schwangerschaft nach erfolgter Nierentransplantation oder bei Dauerdialyse auf, so bedeutet dies nicht automatisch eine absolute Indikation zum Schwangerschaftsabbruch. Allerdings liege aufgrund des Risikos der Transplantatverschlechterung oder sogar des Transplantatverlustes

924. Höffler, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (66)

925. Birnbaum / Beller, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 256 (267 f.); Edel, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (95); Helbing / Glück, Medizinische Indikationen, Seite 19; Kremling, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 13 (13, 17 f.); Wolff, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (37 f.)

926. Helbing / Glück, Medizinische Indikationen, Seite 19; ähnlich Edel, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (95)

927. Edel, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (95); Helbing / Glück, Medizinische Indikationen, Seite 19; Louwen / Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339)

928. Goerke/Valet, Gynäkologie, Seite 63; Höffler, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (66 f.); Louwen / Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339); ähnlich Wolff, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (36), der aber eine Erniedrigung der glomerulären Filtrationsrate auf weniger als 60 ml/min verlangt

929. Wolff, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (37)

930. Höffler, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (66 f.); Louwen / Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339); Wolff, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (37)

931. Vgl. Pschyrembel: Stichwort Phenacetinniere

sowie der erhöhten Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Komplikationen, wie z.B. Präeklampsie bzw. Eklampsie, schwerer Hypertonie etc. eine relative Indikation zur Interruptio vor. Nur bei gutem Allgemeinzustand der Schwangeren und dringendem Kinderwunsch solle die Schwangerschaft ausgetragen werden.⁹³²

dd. Hereditäre Nephritis

Die hereditäre Nephritis (Alport-Syndrom), eine erbliche Nierenkrankheit, wird als absolute Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angesehen, sofern die Krankheit zu einer Plasmakreatin- und Blutdruckerhöhung geführt habe. Ansonsten liege aufgrund der 50 % Penetranz und des mit der Krankheit verbundenen quälenden, langwierigen Niedersiechstums eine relative Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vor.⁹³³

e. Erkrankungen des Blutes

Beim Vorliegen von hämatologischen Erkrankungen ist die Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vom Ausmaß der Erkrankung und der Möglichkeit der Therapie abhängig.⁹³⁴

aa. Anämien

Anämien sind Erkrankungen des roten Blutbildes, die sich in einer Verminderung der roten Blutkörperchen und des Hämoglobins unter dem Normalbereich äußern⁹³⁵ und umgangssprachlich deshalb oft als Blutarmut bezeichnet werden.

Die in der Schwangerschaft häufigen Manganämien sind durch Zufuhr der fehlenden Stoffe, wie z.B. Eisen, Folsäure, B₁₂, Proteine, gut therapierbar und sollen wie die akuten oder chronischen Blutungsanämien in der Regel keine Indikation zur Interruptio darstellen.⁹³⁶ Das gleiche soll für Infektanämien, die mit Antibiotika behandelt werden könnten.⁹³⁷

932. *Edel*, Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 (96 f.); *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 357 f.; *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 20.; *Höffler*, in: *Lau* (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (67); *Kremling*, in: *Käser, Friedberg u.a.* (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 13 (23); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339); *Mebel*, in: *Beller/Kyank* (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 274 (282 ff.).

933. *Höffler*, in: *Lau* (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 65 (67);); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339)

934. *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339); *Wolff*, in: *Ahrens* (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (46)

935. *Göltner*, in: *Beller / Kyank* (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (202); *Göltner*, in: *Käser, Friedberg u.a.* (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (50)

936. *Breddin*, in: *Lau* (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 76 (76); *Göltner*, in: *Beller / Kyank* (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (205 ff.); *Göltner*, in: *Käser, Friedberg u.a.* (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (52 ff.); *Goerke/Valet*, Gynäkologie. Seite 58 f.; *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 31 f.; *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339); *Wolff*, Internistische Indikationen, in: *Ahrens* (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (47)

937. *Göltner*, in: *Beller/Kyank* (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (210 f.); *Göltner*, in: *Käser, Friedberg u.a.* (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (56 f.); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 32; *Wolff*, in: *Ahrens* (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (47)

Das Auftreten von hämolytischen Anämien, die durch einen beschleunigten Abbau bzw. eine verkürzte Lebensdauer der roten Blutkörperchen bedingt sind, ist in der Schwangerschaft selten.⁹³⁸ Zudem sind die meisten Formen der hämolytischen Anämie durch eine Splenektomie, eine operative Entfernung der Milz, die bis zum 2. Trimenon der Schwangerschaft durchgeführt werden kann, günstig zu beeinflussen.⁹³⁹ Bei der Thalassæmia major, der Sichelzellenanämie, der mikroangiopathischen hämolytischen Anämie und der Porphyrie⁹⁴⁰ stelle, so die medizinische Literatur, das Zusammentreffen dieser Krankheiten mit der Schwangerschaft aber trotzdem immer eine ernste Komplikation dar, so dass ein Schwangerschaftsabbruch jeweils erwogen werden müsse.⁹⁴¹ Es ist danach von einer relativen Indikation auszugehen.

Bei aplastischen Anämien, die durch eine Schädigung aller drei Systeme des Knochenmarks gekennzeichnet sind, ist die Prognose unabhängig von einer Schwangerschaft schlecht. Durch das Austragen der Schwangerschaft werden aplastische Anämien kaum ungünstig beeinflusst. Die größte Gefahr entsteht durch Blutungen in der Schwangerschaft oder unter der Geburt. Gleches gilt aber auch für die Interruptio.⁹⁴² Es hängt entscheidend vom Ausmaß der Erkrankung und vom Alter der Schwangerschaft ab, ob das Austragen der Schwangerschaft zumutbar ist. Insbesondere bei schweren therapiereistenten Fällen in der Frühschwangerschaft wird daher oft eine relative Indikation zum Schwangerschaftsabbruch befürwortet,⁹⁴³ während im zweiten und dritten Trimenon nur selten eine solche als vorliegend angesehen wird und im dritten Trimenon wohl sowieso eine frühe Geburt zu einem möglichst günstigen Zeitpunkt für den Fötten die Methode der Wahl ist.⁹⁴⁴

bb. Hämatologische Neoplasien

Das Zusammentreffen von hämatologischen Neoplasien⁹⁴⁵ und Schwangerschaft ist selten. Bei einer Million Frauen muss in der Schwangerschaft mit etwa 40 Erkrankungen gerechnet werden.⁹⁴⁶

- 938. *Göltner*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (212); *Göltner*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (57)
- 939. *Breddin*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 76 (76); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 32; *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (340); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (47 f.)
- 940. Nach *Göltner* (in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (58)) treten die Verschlechterungen in der Schwangerschaft bei Porphyrie oft nicht durch die Krankheit an sich auf, sondern werden durch die Gabe von Barbituraten verursacht. Damit liegt aber nur dann noch eine relative Indikation zur Interruptio vor, wenn der Verzicht auf Barbiturate, sofern möglich, zu keiner Besserung führt.
- 941. *Göltner*, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (216 ff.); *Göltner*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (59 ff.); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (339)
- 942. *Breddin*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 76 (76); *Göltner*, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (211 f.); *Göltner*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (61); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 33 f.
- 943. *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 33; *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (46)
- 944. *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 33; *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (46)
- 945. Frei übersetzt handelt es sich dabei um bösartige Neubildungen, die Blutkrankheiten betreffend, vgl. *med. Duden*, Stichwort: Neoplasie und hämatologisch

(1) Leukämie

Unter Leukämie, die auch Blutkrebs genannt wird, versteht man im Allgemeinen die bösartige Entartung und Reifungsstörung weißer Blutzellen. Es kommt im Blut und den parenchymatösen⁹⁴⁷ Organen zu typischen quantitativen und qualitativen Veränderungen der weißen Blutkörperchen und ihrer Vorstufen.⁹⁴⁸ Dabei wird je nach klinischem Verlauf zwischen akuten und chronischen Formen unterschieden.

Charakteristisch für die akute Leukämie ist ein rascher tödlicher Verlauf innerhalb weniger Monate in-, aber eben auch außerhalb der Schwangerschaft. Für die schon schwer kranke Patientin stellt die hinzutretende Gravidität zwar eine zusätzliche Belastung dar. Eine Beeinflussung der akuten Leukämieformen durch die Schwangerschaft lässt sich wegen der kurzen Überlebenszeit allerdings schwer feststellen und wird im Allgemeinen abgelehnt. Durch den Schwangerschaftsabbruch soll es nicht gelingen, die Grundkrankheit zu beeinflussen und das Leben der Patientin zu verlängern. Folglich wird nur in Ausnahmefällen bei einem sehr schweren Krankheitsbild eine Indikation zur Interruptio angenommen.⁹⁴⁹ Ist die Behandlung mit Zytostatika notwendig, birgt die Anwendung dieser, vor allem im 1. Trimenon, aufgrund ihrer spezifischen Wirkmechanismen ein erhebliches Risiko der Kindsschädigung. Ein Schwangerschaftsabbruch könnte in diesen Fällen trotz des Fehlens einer im Gesetz normierten genetischen Indikation aufgrund des zusätzlichen Risikos für die ohnehin gefährdete Mutter indiziert sein. Dieses Risiko könnte sich zum einem aus der Entfernung einer abgestorbenen Frucht zu einem späteren Zeitpunkt oder aus den physischen oder psychischen Belastungen ergeben, die die Geburt eines geschädigten Kindes mit sich bringe.⁹⁵⁰

Auch die chronische Leukämie wird durch eine Schwangerschaft weder positiv noch negativ beeinflusst.⁹⁵¹ Ist eine Behandlung mit Zytostatika notwendig, so werden die gleichen Überlegungen bzgl. eines Schwangerschaftsabbruchs wie bei der akuten Leukämie vorgenommen. Danach liege, wenn im ersten Schwangerschaftsdrittelpunkt eine zytostatische Therapie erforderlich wird, eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vor.⁹⁵²

946. Göltnner, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (220)

947. Reich an Parenchym; Parenchym ist dabei das eigentliche, der spezifischen Funktion des Organs dienende Organgewebe im Unterschied zum Stütz- oder Bindegewebe, *med. Duden*, Stichwort: parenchymatösen und Parenchym

948. Göltnner, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (61)

949. Göltnner, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (220); Göltnner, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (61); Helbing / Glück, Medizinische Indikationen, Seite 33; Wolff, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (48)

950. Breddin, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 76 (76); Göltnner, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (220 f.); Göltnner, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (62); Louwen / Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (340); Wolff, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (47)

951. Breddin, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 76 (76); Göltnner, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (222); Göltnner, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (61); Helbing / Glück, Medizinische Indikationen, Seite 33; Wolff, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (48)

952. Breddin, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 76 (76 f.); Göltnner, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (222); Göltnner, in: Käser, Friedberg u.a.

(2) Lymphogranulomatose (Morbus Hodgkin)

Die Lymphogranulomatose ist eine meist mit Fieberschüben verlaufende Erkrankung des lymphatischen Gewebes. Sie ist zytologisch durch das Vorhandensein und die unkontrollierte Vermehrung entarteter Zellen wie einkerniger Granulomzellen (Hodgkin-Zellen) oder mehrkerniger Sternberg-Riesenzellen gekennzeichnet.⁹⁵³ Schwangerschaft und Morbus Hodgkin beeinflussen sich kaum.

Eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch wird allerdings dann als gegeben angesehen, wenn in die Schwangerschaft eine Phase der deutlichen Verschlechterung des Allgemeinbefindens der Mutter und der Ausbreitung der Tumorherde fällt, so dass eine sofortige Behandlung mit Zytostatika und / oder eine, insbesondere den Bauchraum betreffende, radiologische Behandlung notwendig ist. Je fortgeschritten die Schwangerschaft ist, desto weniger anfällig reagiert das Kind allerdings auf diese Behandlung. Damit liege nur in der Frühschwangerschaft eine absolute Indikation zum Schwangerschaftsabbruch allein aufgrund der Therapienotwendigkeit mit Zytostatika oder durch radiologische Behandlung vor.⁹⁵⁴ Im 2. Trimenon komme es dagegen wesentlich mehr auf den Gesundheitszustand der Mutter an, so dass eine relative Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vorliegen soll. In der Spätschwangerschaft sei dagegen nur in seltenen Ausnahmefällen eine Indikation zur Interruptio gegeben.⁹⁵⁵

cc. Thrombozytenstörungen

Thrombozytenstörungen können entweder als Folge einer numerischen Veränderung, also eines Blutplättchenmangels,⁹⁵⁶ oder eines funktionellen Defektes, einer krankhaften Veränderung der Blutplättchen,⁹⁵⁷ entstehen.⁹⁵⁸ Eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch sei bei Erkrankungen des thrombozytären Systems in der Regel nicht gegeben. Eine Behandlung ist in der Schwangerschaft möglich.⁹⁵⁹ So wird bei medikamentös bedingten Thrombopenien, die meist

(Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (62); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (47)

- 953. *Göltner*, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (222); *Göltner*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (62)
- 954. Vgl. dazu auch oben unter § 3.E.II.2.e.bb(1) „Leukämie“
- 955. *Breddin*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 76 (77); *Göltner*, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 202 (223); *Göltner*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (62); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 33 f.; *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (340); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (49)
- 956. Thrombozytopenie
- 957. Thrombyzytopathie
- 958. *Beller / Seitzer*, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 244 (249)
- 959. *Beller / Seitzer*, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 244 (249 ff.); *Göltner*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (63 f.); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 34; *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (340); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (48 f.)

immunologischer Ursache sind, durch Absetzen des Medikaments eine Besserung erreicht.⁹⁶⁰ Bei der ideopathischen thrombopenischen Purpura (Morbus Werlhof), bei der die Thrombozyten durch Autoantikörper zerstört werden, führt die Milzextraktion in der Frühschwangerschaft zu einer Besserung, z.T. müssen bei stärkeren Blutungen Frischbluttransfusionen gegeben werden.⁹⁶¹ Nur bei Fortbestehen einer extremen Blutungsneigung, die nicht beherrschbar ist, soll eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vorliegen.⁹⁶²

f. Gastroenterologische Erkrankungen

Erkrankungen der Speiseröhre, des Magens und des Darms sollen im Allgemeinen keine Indikation zur Interruptio darstellen.⁹⁶³ Auch morbus crohn oder andere entzündliche Darmerkrankungen können in der Regel in der Schwangerschaft behandelt werden und werden durch die Gravidität selbst nicht negativ beeinflusst.⁹⁶⁴ Der Einfluss von psychischen Faktoren bei ungewollter Schwangerschaft auf die entzündlichen Darmerkrankungen darf allerdings nicht unterschätzt werden.⁹⁶⁵ Nur im Ausnahmefall, wenn der Verlauf durch konservative Therapie nicht beherrscht werden kann und chirurgisch gehandelt werden muss, soll eine Indikation zur Interruptio gegeben sein.⁹⁶⁶

g. Kardiovaskuläre Erkrankungen

Die mit einer Schwangerschaft einhergehende Mehrbelastung des Herz-Kreislauf-Systems wird von gesunden Schwangeren in der Regel problemlos vertragen. Problematischer ist die physiologische Adaption für Frauen mit bestehenden Herzerkrankungen. Entscheidender prognostischer Faktor für das Risiko einer Schwangerschaft ist nicht so sehr die Art der Herzerkrankung, sondern deren Ausmaß.⁹⁶⁷ Die funktionelle Einteilung von Herzerkrankungen in der Schwangerschaft erfolgt unter Berücksichtigung der körperlichen Leistungsfähigkeit der Schwangeren nach der New York Heart Association (NYHA) in vier Schwerergrade der organischen Herzerkrankung.⁹⁶⁸ Die meisten Schwangerschaften bei Frauen NYHA I und II nehmen einen günstigen Verlauf für Mutter und Kind.⁹⁶⁹ Dagegen ist bei Erkrankungen der Kategorie NYHA III und IV das Risiko schwerer

- 960. *Beller / Seitzer*, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 244 (251 f.); *Göltner*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (64); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (48 f.)
- 961. *Beller / Seitzer*, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Seite 244 (250 f.); *Göltner*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Seite 50 (63 f.); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 34; *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (49)
- 962. *Breddin*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 76 (76); *Wolff*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 25 (49)
- 963. Vgl. dazu *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 171 ff.; *Huchzermeyer*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 149 (149 ff.)
- 964. Vgl. dazu *Huchzermeyer*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 149 (164 ff.); *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 201 ff.
- 965. Vgl. dazu *Huchzermeyer*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 149 (165)
- 966. Vgl. dazu *Huchzermeyer*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 149 (164 ff.)
- 967. *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 316; *Koch / Hanrath*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 36 (40)
- 968. *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 316; *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (332)
- 969. *Koch / Hanrath*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 36 (40); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (332)

Komplikationen während Schwangerschaft und Geburt sowie unmittelbar nach der Geburt deutlich erhöht, da bei diesen Frauen die kardiale Reserve erschöpft ist.⁹⁷⁰ Wenn es bei den Hochrisikopatientinnen der Gruppe III und IV zu einer Schwangerschaft kommt, solle unbedingt ein Schwangerschaftsabbruch erwogen werden. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass auch der Schwangerschaftsabbruch selbst, vor allem bei fortgeschrittener Schwangerschaft, bei dieser Patientinnengruppe mit einem nicht unerheblichen Risiko verbunden sei.⁹⁷¹ Als mögliche Indikationen aus kardiologischer Sicht bei bestehenden Herzerkrankungen werden neben der kardialen Belastbarkeit NYHA-Stadium III, IV unter anderem eine schwere pulmonale Hypertonie,⁹⁷² schwere symptomatische Aortenstenose,⁹⁷³ angeborene zyanotische⁹⁷⁴ Herzvitien, das Eisenmenger-Syndrom,⁹⁷⁵ ein großer, unkorrigierter Ductus Botalli⁹⁷⁶ mit pulmonaler Hypertonie und das Marfan-Syndrom⁹⁷⁷ angesehen.⁹⁷⁸

3. Endokrine Erkrankungen der Schwangeren

Zu den Erkrankungen des endokrinen Systems gehört auch die als Diabetes mellitus bezeichnete Stoffwechselstörung. Manifestiert sich der Diabetes erstmals in der Schwangerschaft, wird er als Schwangerschafts- oder Gestationsdiabetes bezeichnet.⁹⁷⁹ Der Diabetes mellitus begünstigt zahlreiche mütterliche und fetale Komplikationen.⁹⁸⁰ Durch sorgfältige Beratung der bereits an Diabetes erkrankten Frau vor Eintritt einer Schwangerschaft können allerdings optimale Voraussetzungen für einen normalen Schwangerschaftsverlauf ohne mütterliche und fetale Komplikationen geschaffen werden.⁹⁸¹ Sofern Schwangerschaft und Diabetes fachgerecht überwacht, der Blutzucker sorgfältig kontrolliert und der Insulinbedarf entsprechend angepasst wird, soll die Schwangerschaft nach heutiger Auffassung keine nachteiligen Auswirkungen auf den Krankheitsverlauf haben. Eine Progression mit beschleunigter Entwicklung von Komplikationen in Form einer Retinopathie,⁹⁸² Nephropathie⁹⁸³ oder Neuropathie⁹⁸⁴ sei nicht zu befürchten.⁹⁸⁵ Eine

970. *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 316; *Koch / Hanrath*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 36 (47); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (332)

971. *Koch / Hanrath*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 36 (47); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (333)

972. Bluthochdruck, Hochdruck, aus *med. Duden*, Stichwort: Hypertonie

973. Angeborene oder erworbene Verengung der Aorta infolge Einengung des Aortenklappensatzringes oder infolge Verwachsung der Aortenklappenränder, aus *med. Duden*, Stichwort Aortenstenose

974. Bläulich verfärbt, aus *med. Duden*, Stichwort: zyanotisch

975. Angeborener Herzfehler mit typischen Charakteristika, aus *med. Duden*, Stichwort: Eisenmenger - Komplex

976. Verbindung zwischen Lungenarterie und Aorta, aus *med. Duden*, Stichwort: Ductus Botalli

977. Erblich auftretende Veränderung des Knochenbaus und der Muskulatur mit Arachnodaktylie (Spinnenfingrigkeit), übermäßigem Längenwachstum der Extremitäten, Zahnanomalien, Augenfehlern und Defekten am Herzen, aus *med. Duden*, Stichwort: Marfan-Syndrom

978. *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 318; *Koch / Hanrath*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 36 (47); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (333)

979. Vgl. dazu *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (324 f.)

980. Vgl. dazu *Briese*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 268 (274 ff.); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (325 f.)

981. Vgl. dazu *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (328)

982. Nichtentzündliche Erkrankung der Netzhaut, aus *med. Duden*, Stichwort: Retinopathie

983. Allgemeine Bezeichnung für Nierenleiden, aus *med. Duden*, Stichwort: Nephropathie

relative Indikation zum Schwangerschaftsabbruch soll allerdings bei ungeplanter Schwangerschaft, die dabei oft mit inadäquater Einstellung des Stoffwechsels an den sich in der Schwangerschaft ändernden Insulinbedarfs einhergeht,⁹⁸⁶ vorliegen, sofern schwere vaskuläre⁹⁸⁷ Komplikationen wie proliferative Retinopathie, Koronarangio- und Nephropathie auftraten.⁹⁸⁸

Sonstige endokrine Erkrankungen wie z.B. der Hypophyse,⁹⁸⁹ der Schilddrüse und der Nebennieren sollen im Allgemeinen keine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch im 2. oder 3. Trimenon darstellen.⁹⁹⁰

4. Maligne Tumore der Schwangeren

Das Mammakarzinom (Brustkrebs) ist eine der häufigsten Krebserkrankungen der Frau. Nach neueren Erkenntnissen soll die Prognose bei Schwangerschaft nicht wesentlich von der Nichtschwangeren abweichen. Ein Schwangerschaftsabbruch führe zu keiner Verbesserung der Prognose.⁹⁹¹ Gleiches soll für das maligne Melanom gelten.⁹⁹²

Eine absolute Indikation zur Unterbrechung der Schwangerschaft sei allerdings gegeben bei: Gebärmutterhalskrebs, Vaginalkarzinom, sofern das Karzinom im oberen Scheidendrittel lokalisiert ist, Uterussarkom (Gebärmutterkrebs), Ovarialkarzinom (Eierstockkrebs) bzw. malignen Ovarialtumoren.⁹⁹³ Beim Mikrokarzinom, das durch Konisation vollständig entfernt wurde, soll die Schwangerschaft an sich unter laufender kolposkopischer und zytologischer Kontrolle ausgetragen werden können. Bei nicht sicherer vollständiger Entfernung könne aber im Einzelfall ein Schwangerschaftsabbruch indiziert und mithin eine relative Indikation gegeben sein.⁹⁹⁴ Das Vulvakarzinom dagegen, bei dem die Therapie in gleicher Weise wie bei nichtschwangeren Frauen erfolgen kann, stellt keine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch dar.⁹⁹⁵

984. Nervenkrankheit, aus *med. Duden*, Stichwort: Neuropathie

985. *Dühr / Schwedes*, in: Schwangerschaft und Krankheit, Seite 422 (425, 427 ff.); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (328)

986. Vgl. zum sich auch in der Schwangerschaft ständig ändernden Insulinbedarf nur *Grospietsch*, Erkrankungen, Seite 419, 421 f.

987. Zu den Körpergefäßen gehörend, aus *med. Duden*, Stichwort: vaskulär

988. *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (328)

989. Hirnanhangsdrüse, aus *med. Duden*, Stichwort: Hypophyse

990. Vgl. dazu nur *Bolz*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 282 (282 ff.); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (324 ff.)

991. Dazu *Baltzer*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 206 (216 ff.)

992. *Schröder / Merk*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 381 (388)

993. *Baltzer*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 206 (211 ff.); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 51; *Dietel*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 85 (87)

994. *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 49

995. *Baltzer*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 206 (211)

5. Neurologisch-psychiatrische Erkrankungen der Schwangeren

Neurologische Erkrankungen wie unter anderem Epilepsie, Migräne und Multiple Sklerose werden durch die Schwangerschaft nicht negativ beeinflusst und sollen daher in der Regel keine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch ergeben.⁹⁹⁶

Aber auch bei den psychiatrischen Krankheiten engten sich die Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch ein, wenn man im strengen Sinne auf das Vorliegen einer Krankheit abstellte.⁹⁹⁷ So werden psychische Krankheiten wie beispielsweise die Melancholie als Ausdrucksform einer endogenen Depression, Angst- und Zwangsstörungen oder die Schizophrenie nicht mehr als Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angesehen, da diese durch die Schwangerschaft in der Regel nicht negativ beeinflusst werden.⁹⁹⁸ Berücksichtigt man aber, wie in der Psychiatrie mittlerweile üblich, die Struktur der Persönlichkeit mit ihren kompensatorischen Möglichkeiten und ihrer Lebensgeschichte, so ergeben sich Grenzen der Belastbarkeit und Zumutbarkeit. Das soziale Umfeld wird mittlerweile als ein wesentlicher, oft entscheidender pathogenetischer Faktor von psychischem Kranksein, angesehen. Auch bei nicht unmittelbar bedrohlichen gesundheitlichen Störungen kann es im Falle der Austragung einer Schwangerschaft mit der Vergrößerung des Aufgabenkreises, mit der zusätzlichen Inanspruchnahme durch das Kind zu neurotisch-depressiven Fehlentwicklungen, Versagens- und Verstimmungszuständen von Krankheitswert kommen, die sich nicht nur auf die Betroffene, sondern auf die ganze Familie, also Partner und gegebenenfalls vorhandene Kinder und das zu erwartende Kind, ungünstig auswirken.⁹⁹⁹ Hinzukommende sozial belastende Momente, genetisch und embryopathisch ungünstige Verhältnisse, von Schwangeren mit ernster psychischer oder unheilbarer körperliche Krankheit bzw. Anfälligkeit meist schwerer zu verarbeiten, können aufgrund der damit für die Schwangere zusammenhängenden Belastungen dazu führen, dass die Grenze der bis dahin gewahrten Kompensationsfähigkeit überschritten wird und so eine ernsthafte Gefährdung für die Gesundheit der Mutter wahrscheinlich ist.¹⁰⁰⁰ Dementsprechend liegen nach Ansicht der medizinischen Literatur oft Mischindikationen vor, bei denen erst die Summierung von körperlichen und psychischen Leiden aufgrund Überschreitens der Kompensationsfähigkeit zu einer Abbruchindikation führen soll.¹⁰⁰¹

Am häufigsten soll eine psychoreaktive Depression eine psychiatrische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch ergeben.¹⁰⁰² Bei der psychoaktiven Depression handelt es sich um eine

996. *Noth / Block*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 332 (332 ff.)

997. So schon *Schulte / Schulte*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 117 (118)

998. Dazu *Hepp / Wisser*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band I/1. Kapitel 5. Seite 69 (90); *Hoff / Hoff*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 346 (351 ff.)

999. *Hepp / Wisser*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band I/1. Kapitel 5. Seite 69 (90); *Mende*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 79 (79); *Schulte / Schulte*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 117 (118)

1000. *Schulte / Schulte*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 117 (118)

1001. Vgl. dazu nur *Mittelmeier*, Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 89 (89 f.)

1002. *Hepp / Wisser*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band I/1. Kapitel 5. Seite 69 (90); *Mende*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 79 (81); *Schulte / Schulte*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 117 (133)

seelische Reaktion, resultierend aus Vorwürfen und Ängsten, die sich aus dem Umstand der eingetretenen Schwangerschaft und den zu erwartenden Komplikationen von Seiten der Umwelt ergeben.¹⁰⁰³ Bei Depressiven entsteht Lebensgefahr durch ihre Suizidalität, mit der immer gerechnet werden muss. Allerdings wechselt die Größe der Gefahr einer Selbsttötung bei Depressiven ganz erheblich und ist von vielen Faktoren abhängig. Die Abschätzung der Ernsthaftigkeit der Suiziddrohungen ist notwendig und kann im Einzelfall außerordentlich schwierig sein. Aktuelle Selbstmordtendenzen sollen sich in der Regel bei psychoreaktiven Depressionen durch einen Klinikaufenthalt von wenigen Tagen entschärfen lassen. Da darüber hinaus Selbstmorddrohungen Schwangerer nur selten verwirklicht werden, soll eine psychiatrische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch aus diesem Grunde nur im Ausnahmefall vorliegen.¹⁰⁰⁴ Eine medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch soll aber dann bei einer psychoreaktiven Depression vorliegen können, wenn es sich um eine sogenannte Erschöpfungsdepression handelt. Bestehe bei der Frau schon jetzt, gegebenenfalls durch schon vorhandene Kinder, eine chronische Überforderungssituation, könne die Gravidität zu einer Dekompensierung in Form eines besonders gearteten depressiven Verstimmungszustandes führen. Oft seien Frauen in derartiger Situation weder medikamentös noch psychotherapeutisch zu beeinflussen. Die Gefahr liege in einer Chronifizierung der Verstimmung.¹⁰⁰⁵

6. Sonstige Erkrankungen der Schwangeren

Augenkrankheiten oder Hals-Nasen-Ohren-Krankheiten der Schwangeren können heutzutage in der Regel in der Schwangerschaft behandelt werden, so dass grundsätzlich keine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch mehr angenommen wird.¹⁰⁰⁶ Auch reine chirurgische Indikationen zum Abbruch der Schwangerschaft werden heute in der medizinischen Literatur nicht mehr diskutiert.¹⁰⁰⁷ Gleicher gilt für orthopädische Erkrankungen.¹⁰⁰⁸ Wenn, dann liegen Mischindikationen vor. Die wesentlichen sind insofern bereits im Rahmen des Überblicks unter den anderen Gliederungspunkten behandelt worden.

Hauterkrankungen, auch wenn teilweise durch die Schwangerschaft beeinflusst, werden grundsätzlich nicht als Indikation zum Schwangerschaftsabbruch angesehen.¹⁰⁰⁹

-
- 1003. *Hepp / Wisser*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band I/1. Kapitel 5. Seite 69 (90); *Schulte / Schulte*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 117 (133)
 - 1004. *Hepp / Wisser*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band I/1. Kapitel 5. Seite 69 (90); *Mende*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 79 (82 f.); *Schulte / Schulte*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 117 (133)
 - 1005. *Hepp / Wisser*, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band I/1. Kapitel 5. Seite 69 (90); *Mende*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 79 (84); *Schulte / Schulte*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 117 (134)
 - 1006. *Ey*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 27 (27 ff.); *Griützner*, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Seite 26 (26); *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 51 ff.; 53 ff.; *Sautter*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 69 (69 ff.); *Theissing*, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 61 (61 ff.)
 - 1007. *Helbing / Glück*, Medizinische Indikationen, Seite 36 ff.; *Ungeheuer / Drews*, Chirurgische Indikationen, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Seite 97 (99 ff.)
 - 1008. Vgl. dazu nur *Bethhäuser / Behle*, in: Schwangerschaft und Krankheit, Seite 500 (500 ff.); *Jansson / Liebe*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 407 (407 ff.)
 - 1009. *Schröder / Merk*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 381 (381 ff.)

7. Lebens- und schwerwiegende Gesundheitsgefahren für den Fötus aus medizinischer Sicht als Abbruchindikationen zugunsten des Fötus

Damit bleibt noch die medizinische Betrachtung der Fälle des Spätschwangerschaftsabbruchs, in denen sich die Zulässigkeit des Eingriffs ausnahmsweise aus § 34 StGB ergibt.¹⁰¹⁰ Gemeint sind die Konstellationen, in denen der Abbruch allein aufgrund konkreter Lebens- oder schwerwiegender Gesundheitsgefahren für den Föten bei weiterem Verbleiben im Mutterleib erfolgt. Eine strenge Trennung in sogenannte kindliche¹⁰¹¹ und mütterliche Indikationen wird dabei nicht immer möglich sein. Kurz dargestellt werden sollen hier jedoch überblicksartig die Fälle, in denen auch allein zugunsten des Fötus gemäß § 34 StGB unabhängig von mehr oder weniger schwerwiegenden Gesundheitsgefahren für die Mutter ein Schwangerschaftsabbruch, von den Medizinern insoweit als Einleitung einer Frühgeburt bezeichnet, als medizinisch indiziert angesehen wird.

Eine derart schwerwiegende Bedrohung des Lebens oder der Gesundheit des Fötus, so dass die mit einer Frühgeburt verbundenen Risiken in Kauf genommen werden,¹⁰¹² liegt, soviel sei vorangestellt, nur im Ausnahmefall vor. Bei fetaler Hypoxie, kindlichem Sauerstoffmangel, wobei über die Registrierung der fetalen Herzfrequenz am sichersten auf einen solchen geschlossen werden kann,¹⁰¹³ können derartige Gesundheits- und Lebensgefahren für den Föten bestehen. Ein Fall der akuten Hypoxie stellt eine Notfallkomplikation dar und erfordert sofortiges Handeln, um das Eintreten kindlicher Hirnschädigungen und des intrauterinen Fruchttodes zu verhindern.¹⁰¹⁴ Ursache ist in den meisten Fällen eine Verminderung der maternalen und / oder fetalen plazentaren Durchblutung. Ausgelöst werden kann diese durch Nabelschnurkomplikationen, wie u.a. bei echtem Knoten, Vorfall oder Verschlingung der Nabelschnur, sofern durch den andauernden Druck auf die Nabelschnur der Blut- und Gasaustausch mit der Plazenta unterbrochen oder wesentlich gestört wird.¹⁰¹⁵ Hervorgerufen werden kann ein akuter kindlicher Sauerstoffmangel auch durch akute Hypotonie¹⁰¹⁶ der Mutter, bei Vena-cava-Kompressionssyndrom,¹⁰¹⁷ vorzeitiger Plazentalösung¹⁰¹⁸ oder schwerer chronischer Plazentainsuffizienz¹⁰¹⁹ verbunden mit Wehenbelastung.¹⁰²⁰ Lassen sich

1010. Vgl. zu § 34 StGB und seine Bedeutung für die Zulässigkeit von Spätabbrüchen die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“

1011. Hier im Sinne von Indikationen gemeint, die einen Schwangerschaftsabbruch zugunsten des Kindes indizieren.

1012. Vgl. dazu nur Pawłowski / Böttcher / Gietzelt, in: Friese (Hrsg.), Seite 373 (374 ff.)

1013. Breckwoldt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 (290); Kastendieck, Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VII, Seite 10 (11)

1014. Büscher, in: Intensivkurs, Seite 175 (178 f.); Kastendieck, Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VII, Seite 10 (11); Pfleiderer, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 400 (421)

1015. Büscher, in: Intensivkurs, Seite 175 (178 f.); Kastendieck, Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VII, Seite 10 (14); dazu auch Künzel, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VI, Seite 226 (229); Pfleiderer, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 400 (409 ff.)

1016. Erniedrigung des Blutdrucks, aus *med. Duden*, Stichwort: Hypotonie

1017. Dieses stellt eine besondere Form der Kreislaufregulationsstörung in der Schwangerschaft dar, das im 3. Trimenon in Rückenlage durch Verminderung des venösen Rückstroms zum Herzen zustande kommt. Vgl. dazu Künzel, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VII, Seite 2 (3 ff.) und Schneider, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (334).

1018. Vgl. dazu Pfleiderer, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 400 (415 f.). Diese kann, auch ohne dass bereits eine Hypoxie eingetreten ist, je nach Ausmaß der Ablösung die Beendigung der Schwangerschaft zugunsten des Kindes indizieren. Dazu Pfleiderer, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 400 (409 ff.).

1019. Unter einer Plazentainsuffizienz versteht man eine Beeinträchtigung des Stoffaustausches zwischen Mutter und Kind, vgl. Pfleiderer, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 400 (414)

die Ursachen der akuten Hypoxie nicht schnell und effizient beseitigen, soll die operative Geburtseinleitung indiziert sein.¹⁰²¹ Bei der chronischen Hypoxie ist das Vorgehen abhängig vom Grad des Sauerstoffmangels des Feten und Beeinflussbarkeit der Ursachen. Die chronische Plazentainsuffizienz, die unter anderem durch schwangerschaftsinduzierte Hypertonie, Diabetes mellitus sowie Rh-Inkompatibilität ausgelöst werden kann,¹⁰²² kann eine mehr oder minder ausgeprägte Hypoxie zur Folge haben. Lassen sich die Ursachen nicht beheben und kommt es zu einer Gefährdung des Feten durch Sauerstoffmangel, wird auch hier in der medizinischen Literatur angenommen, dass die Schwangerschaft schnellstmöglich beendet werden müsse.¹⁰²³

Neben der chronischen Plazentainsuffizienz sind als kindliche Indikationen zur gegebenenfalls auch frühen Schwangerschaftsbeendigung unter anderem die Chorioamnionitis, der vorzeitige Blasensprung und Rhesus-Inkompatibilität anerkannt.¹⁰²⁴ Die Chorioamnionitis stellt eine bakterielle Infektion des Fruchtwassers, der Eihäute, der Plazenta und des Kindes dar. Das Auftreten von Endotoxinen¹⁰²⁵ kann zu einer für Mutter und Kind lebensbedrohlichen Erkrankung führen.¹⁰²⁶ Beim vorzeitigen Blasensprung besteht die Gefahr der Chorioamnionitis und der Sepsis^{1027, 1028} Liegt eine Rhesus-Inkompatibilität vor, kann es neben der bereits erwähnten Hypoxie zu einer fatalen Hämolyse, der Auflösung der roten Blutkörperchen beim Feten, kommen.¹⁰²⁹

F. Fazit

Die Spätabtreibung stellt einen tatbestandlichen Schwangerschaftsabbruch dar, sofern Einwirkungen auf den Fötten oder die Schwangere vorliegen, die jedenfalls mittelbar zum Absterben des Kindes führen und der Tod des Fötus dabei Ziel des Eingriffs ist oder zumindest, wenn auch notgedrungen, in Kauf genommen wird. Insofern kann der Begriff der Spätabtreibung dann auch die Schwangerschaftsabbrüche, die am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes vorgenommen werden und bei denen, wenn möglich, versucht wird, auch das Leben des Kindes zu retten, genauso wie die Schwangerschaftsabbrüche, die zugunsten des Kindes vorgenommen werden, umfassen. Auch wenn diese Konstellationen in der Medizin oft als Einleitung einer Frühgeburt und nicht als Spätabtreibung bezeichnet werden, muss doch abhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten und des aufgrund der frühen Geburt drohenden Todes des Kindes im

- 1020. Zum Ganzen *Kastendieck*, Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VII, Seite 10 (11 ff.); *Sidor / Bühling*, in: Intensivkurs, Seite 270 (280 f.)
- 1021. Vgl. dazu *Kastendieck*, Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VII, Seite 10 (15 ff.); *Schmidt-Ross*, in: Intensivkurs, Seite 105 (110 f.)
- 1022. *Kastendieck*, Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VII, Seite 10 (14); *Schmidt-Ross*, in: Intensivkurs, Seite 105 (110 f.)
- 1023. Vgl. dazu *Schmidt-Ross*, in: Intensivkurs, Seite 105 (110 f.); *Sidor / Bühling*, in: Intensivkurs, Seite 270 (280 f.)
- 1024. Dazu *Egarter / Husslein*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VI, Seite 91 (95)
- 1025. An die Leibessubstanz von Bakterien gebundenes und erst nach deren Auflösung frei werdendes Gift, aus *med. Duden*, Stichwort: Endotoxin
- 1026. *Pfleiderer*, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 400 (412); *Neumann*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft, Seite 414 (432 f.)
- 1027. Allgemeine Blutvergiftung bei Überschwemmung des Organismus mit auf dem Blutweg verbreiteten Bakterien eines Herdes, aus *med. Duden*, Stichwort: Sepsis
- 1028. *Pfleiderer*, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 400 (411 f.); *Sidor / Bühling*, in: Intensivkurs, Seite 270 (259 f.)
- 1029. *Bühling*, in: Intensivkurs, Seite 128 (143 ff.); *Schneider*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 316 (348)

Regelfall durchaus ein bedingter Vorsatz bejaht werden.¹⁰³⁰ Die Spätabtreibung ist daher grundsätzlich als Schwangerschaftsabbruch strafbar.¹⁰³¹

Je nach Fallgestaltung kann sich eine Straflosigkeit der Späabtreibung aus der in § 218 a Abs. 2 StGB geregelten medizinisch-sozialen Indikation¹⁰³² oder ausnahmsweise auch aus § 34 StGB¹⁰³³, wenn die Schwangerschaftsbeendigung zugunsten des Kindes erfolgt, ergeben. Liegen die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation oder des § 34 StGB vor, ist trotz des aus § 218 StGB folgenden grundsätzlichen Verbotes von Späabtreibungen die Vornahme des Abbruchs im konkreten Einzelfall zulässig. § 218 a Abs. 4 StGB ermöglicht zwar letztlich auch die Straflosigkeit der Späabtreibung für die Frau. Anders als bei der medizinisch-sozialen Indikation und bei § 34 StGB bleibt es insofern beim Verbot der Späabtreibung. Eine ausnahmsweise Gestattung des Eingriffs ergibt sich aus § 218 a Abs. 4 StGB nicht. Durch diese Norm wird nur geregelt, in welchen Fallkonstellationen die Frau und nur diese trotz Unzulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs nicht bestraft werden soll¹⁰³⁴ bzw. das Gericht von Strafe absehen kann¹⁰³⁵.¹⁰³⁶

Eine Späabtreibung aus medizinisch-sozialer Indikation ist dem Wortlaut des § 218 a Abs. 2 StGB nach grundsätzlich¹⁰³⁷ ohne zeitliche Beschränkung möglich. Voraussetzung ist insbesondere das Vorliegen der Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Frau oder einer Lebensgefahr für diese. Bei der Gefahrprognose können dabei auch die gegenwärtigen und zukünftigen Lebensumstände der Schwangeren berücksichtigt werden. Trotz dieser gegenüber der rein medizinischen Indikation um eine soziale Komponente erweiterten Fassung können embryopathische Dispositionen des Kindes nur eingeschränkt berücksichtigt werden. Auch wenn es wohl die Intention des Gesetzgebers war, durch Erweiterung der medizinischen Indikation zu einer medizinisch-sozialen, die Fälle der embryopathisch motivierten Späabtreibung der früheren Indikation vollständig aufzufangen,¹⁰³⁸ ist dies durch § 218 a Abs. 2 StGB aus

1030. So jedenfalls die hier vertretene Auffassung. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.A.V.2 „Problemfall – die sogenannte künstliche Geburtseinleitung“ und § 3.A.VII „Vorsatz“

1031. Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.A „Späabtreibung als tatbestandlicher Schwangerschaftsabbruch“

1032. Zu den Voraussetzungen vgl. die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B „Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB“

1033. Vgl. dazu ausführlich § 3.C „Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 34 StGB“

1034. § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB

1035. § 218 a Abs. 4 S. 2 StGB

1036. Genauer dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.D „Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 4 StGB“

1037. Etwas anderes gilt allerdings bei embryopathisch motivierten Späabtreibungen, vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.e.aa „Verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB“

1038. Vgl. dazu BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26 „Zwar beruhten seit jeher die Regelungen betreffend die embryopathische Indikation demgegenüber auf der Erwägung, dass sich in solchen Fällen eine unzumutbare Belastung für die Schwangere ergeben kann. Durch die Formulierung der medizinischen Indikation in § 218a Abs. 2 StGB (...) können diese Fallkonstellationen aufgefangen werden.“ – Ein Erfassen aller Fälle der embryopathischen Indikation, so es denn tatsächlich überhaupt jemals gewollt war, (davon ausgehend jedoch ein Großteil des Schrifttums: beispielhaft *Otto*, Jura 1996, Seite 135 (141 f.); *Sch / Sch – Eser*, § 218 a RN 38; *Tröndle*, NJW 1995, Seite 3009 (3015)) die Formulierung in den Gesetzesmaterialien ist da nicht ganz eindeutig, ist einfachgesetzlich nur bei äußerst weiter, verfassungsrechtlich nicht mehr haltbarer Auslegung des Begriffs der Gesundheitsgefahr denkbar.

verfassungsrechtlichen¹⁰³⁹ und gesetzesystematischen Gründen nicht möglich. Die embryopathische Indikation konnte nur genauso weit in den neugefassten § 218 a Abs. 2 StGB verlagert werden, wie sich gerade aus den mit der Schädigung des Ungeborenen verbundenen Belastungen der Mutter die Prognose einer möglichen schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren ableiten lässt. Denn nur wenn eine solch schwerwiegende Gesundheitsgefahr oder eine Lebensgefahr für die Schwangere vorliegt, ist de lege lata überhaupt eine Spätabtreibung zulässig.¹⁰⁴⁰ Nach derzeitiger Gesetzeslage reicht es insofern eben nicht (mehr) aus, dass ein (wahrscheinlich) behindertes Kind eine Belastung oder Zumutung für die Mutter darstellt. Es kann und darf allein deswegen nicht abgetrieben werden. Bei einer entsprechenden Sachlage muss – insofern zwar davon abhängig, aber dennoch zusätzlich – die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeeinträchtigung der Schwangeren bestehen, anders ausgedrückt, eine erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigung der Schwangeren muss wahrscheinlich sein. Dass eine Schädigung des Kindes zu einer solchen gesundheitlichen Beeinträchtigung führt, ist aber gerade nicht der Regelfall, sondern nur in eng umgrenzten Ausnahmesituationen gegeben. Die Berücksichtigung von embryopathischen Parametern ist folglich nur eingeschränkt in den Konstellationen möglich, in denen bei der embryopathisch motivierten Späabtreibung eine sich in schwerwiegender Weise gesundheitlich niederschlagende notstandsähnliche Konfliktlage vorliegt, in der die Schwangere nicht in der Lage ist, die mit dem Austragen und Betreuen eines behinderten Kindes verbundenen Belastungen zu (er)tragen, folglich der eigentlichen medizinischen Indikation entsprechende, in der Regel seelische, Überforderungen existieren. Bei jeder anderen Fallkonstellation des embryopathisch motivierten Spätaborts, in denen keine Lebens- oder Gesundheitsgefahr i.S. der medizinisch-sozialen Indikation besteht, ist eine Späabtreibung nicht mehr straffrei¹⁰⁴¹ möglich. Voraussichtliche Behinderungen des Kindes können sich im Rahmen des § 218 a Abs. 2 StGB nur mittelbar dahingehend auswirken, dass die Erwartung eines schwer geschädigten Kindes und insbesondere eine damit verbundene psychische Belastung die Gesundheit der Schwangeren derart gefährdet, dass ein Abbruch aus medizinischer – und zwar ausschließlich auf die Mutter gerichteter Sicht – wegen schwerwiegender Gesundheitsgefahren indiziert ist. Das Vorliegen einer kindlichen Schädigung und deren Schwere können daher allein keinesfalls mehr den Ausschlag hinsichtlich der Frage, ob ein Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig möglich ist, geben. Die Schwere der diagnostizierten Schädigung kann für die Beurteilung, ob eine Gesundheitsgefahr überhaupt denkbar ist, berücksichtigt werden. Auch wenn das Bestehen einer solchen medizinisch-sozialen Indikation nach ärztlicher Erkenntnis beurteilt wird, dem Mediziner folglich die Aufgabe obliegt zu klären und zu erkennen, ob die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes bzw. eine Lebensgefahr besteht oder zu entstehen droht und inwiefern diese Gefahrverwirklichung nur durch einen Schwangerschaftsabbruch beseitigt werden kann, folglich also eine der Schwangeren zumutbare Alternative fehlt, bleibt die Entscheidung des Mediziners gerichtlich grundsätzlich voll überprüfbar. Für die Gerichte ist es allerdings angesichts der bestehenden Bandbreite des ärztlichen Standards, gerade auch im Rahmen der normativen Beurteilung von Grenzfällen in der Praxis, nicht möglich, in die allerletzten Kernbereiche der ärztlichen Entscheidung auf sachgerechte Weise vorzudringen. In diesen engen

1039. Dazu bereits ausführlich unter § 2.B „Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG“

1040. Vgl. insofern nur den eindeutigen Wortlaut des § 218 a Abs. 2 StGB.

1041. Beachte aber § 218 a Abs. 4 StGB

Bereichen ist daher die Prüfung des Gerichts nach der hier vertretenen Auffassung auf die bloße Vertretbarkeit der ärztlichen Entscheidung beschränkt.¹⁰⁴²

Im Einzelfall kann auch § 34 StGB die Straflosigkeit der Spätabtreibung begründen, sofern dem Föten im Mutterleib Lebens- und – in seltensten Ausnahmefällen auch ausreichend – schwerste Gesundheitsgefahren drohen, wenn und weil keine medizinisch-soziale Indikation auf Seiten der Mutter vorliegt und damit die Sperrwirkung des § 218 a Abs. 2 StGB nicht eingreift. Entscheidungsrelevant wird der rechtfertigende Notstand jedoch nur, wenn die Einleitung einer Frühgeburt am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes stattfindet, so dass hier überhaupt ein tatbestandlicher, insbesondere bedingt vorsätzlicher, Schwangerschaftsabbruch gegeben ist. Voraussetzung ist dabei, dass die dem Kind im Mutterleib drohenden Gefahren derart schwerwiegender sind, dass eine Schwangerschaftsbeendigung zur Rettung des Kindes trotz gegebenenfalls erst knapp überschrittener Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit und der damit zusammenhängenden Gefahren medizinisch notwendig ist.¹⁰⁴³

Bei Darstellung der in der medizinischen Literatur diskutierten Konstellationen, in denen eine Spätabtreibung für zulässig erachtet wird, hat sich dabei gezeigt, dass gerade im Rahmen der psychiatrisch-neurologischen Erkrankungen der Schwangeren selten ein fest umrissenes Krankheitsbild vorliegt. Zwar muss für das Vorliegen einer medizinisch-sozialen Indikation nicht zwingend eine spezifische Krankheit vorhanden sein, es reicht insofern eben auch eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes aus. In diesen Bereichen erwächst dem Mediziner dann jedoch die Aufgabe, eine besonders sorgfältige Diagnostik und Indikationsstellung vorzunehmen, um nicht das grundsätzliche Verbot von Spätabtreibungen auszuhöhlen. Dabei muss er sich an die in diesem Abschnitt aufgezeigten gesetzlichen Wertungen, insbesondere auch hinsichtlich der Berücksichtigungsfähigkeit von embryopathischen Parametern, halten.

1042. Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B „Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB“

1043. Vgl. dazu ausführlich § 3.C „Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 34 StGB“

§ 4. Besondere Probleme im Zusammenhang mit der Spätabtreibung eines extrauterin lebensfähigen Kindes

De lege lata ist die Spät- und Spätestabtreibung aufgrund medizinisch-sozialer Indikation ohne zeitliche Beschränkung bis zur Geburt möglich. Der Eingriff wird dabei üblicherweise wie eine Frühgeburt – durch Einleitung von künstlichen Wehen, gegebenenfalls operativer Entbindung – durchgeführt. Gerade bei Schwangerschaftsabbrüchen nach der 22. Schwangerschaftswoche p.m. besteht aber in zunehmendem Maße die Möglichkeit, dass der Abbruch ein lebensfähiges Kind zur Welt bringt. Im Rahmen der rein medizinisch indizierten Spätabtreibung, bei der, falls möglich auch das Kind gerettet werden soll, wird dabei besondere Rücksicht auf die Gesundheit des Kindes genommen. Dies gilt ebenso bei einer gem. § 34 StGB gerechtfertigten Spätabtreibung, deren Ziel ja gerade die Rettung des Kindes ist. Ist die Spätabtreibung dagegen auch embryopathisch motiviert, spielt eine besondere Rücksichtnahme auf gesundheitliche Belange des Kindes keine Rolle. Aus diesem Grunde, aber auch wegen der mangelnden Geburtsreife des Kindes, verstirbt es im Allgemeinen vor oder während seiner vaginalen Entbindung oder operativen Entwicklung.¹⁰⁴⁴ Nach Schätzungen werden jährlich 800 Spätabtreibungen mit embryopathischem Hintergrund in Deutschland durchgeführt.¹⁰⁴⁵ 100 Kinder überleben dabei ihre Abtreibung. Die meisten nur kurzzeitig, einige allerdings auch dauerhaft.¹⁰⁴⁶

Gerade wenn und weil das ungeborene Kind ab der 22. Schwangerschaftswoche p.m. bereits extrauterin lebensfähig sein kann, können sich dann, wenn die Spätabtreibung erst zu diesem oder einem späteren Zeitpunkt vorgenommen wird oder werden soll, besondere Probleme und Konfliktsituationen ergeben, die eng mit einem – möglichen – Überleben des Kindes beim Schwangerschaftsabbruch verbunden sind.

A. Die Ausgangslage: Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburt nach erlaubter Abtreibung

Kommt die Leibesfrucht lebend und lebensfähig¹⁰⁴⁷ zur Welt, hat der abbrechende Arzt, unabhängig davon, aus welcher Intention der Schwangerschaftsabbruch vorgenommen wurde, eine strafbewehrte Behandlungspflicht zur Lebenserhaltung für das ungeborene Kind. Das ist insoweit einhellige Meinung.¹⁰⁴⁸ Woraus sich aber die Garantenstellung des eine erlaubte Spätabtreibung

1044. Wiebe, ZfL 2004, Seite 118 (118)

1045. Vgl. dazu Wiebe, ZfL 2004, Seite 118 (118); Zwar divergieren diese Daten von den offiziellen Statistiken. So wurden nach Angaben des Statistischen Bundesamtes (<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/Content75/RechtlicheBegruendung.templateId=renderPrint.psm>) 2006 nur 183 Schwangerschaftsabbrüche nach der 23. Schwangerschaftswoche durchgeführt. Gerade bei embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen gibt es aber wohl die durch Aussagen von Medizinern begründete Vermutung, dass nicht alle Schwangerschaftsabbrüche ordnungsgemäß gemeldet werden. So jedenfalls der Hinweis bei Philipp, ZfL 2000, Seite 71 (71).

1046. Eberbach, Seite 15 (16); Otto, ZfL 1999, Seite 55 (58); T / F – Fischer, § 218 a RN 22

1047. Die extrauterine Lebensfähigkeit des Kindes, die jedenfalls ab der 22. SSW p.m. grundsätzlich möglich ist, wird dabei vorausgesetzt. Hier geht es nur um die Frage der ärztlichen Garantenstellung. Weiterführend zur Abgrenzung Lebend- und Todegeburt Glöckner, Seite 23 ff.

1048. Beispieldhaft Beckmann, MedR 1998, Seite 155 (159); BT-Drs. 13 / 5364, Seite 17; Hanke, Nachsorgende Schutz, Seite 51; Foth, JR 2004, Seite 367 (370); T / F – Fischer, § 218 a RN 22; Tröndle, Kaiser-FS, Seite 1387 (1398); Ullmann, NJW 1994, Seite 1575 (1575); Weber / Vogt-Weber, Arzt Recht 1999, Seite 4 (7 ff.)

vornehmenden Arztes für das lebend und lebensfähig geborene Kind ergibt, wird weitestgehend offen gelassen.¹⁰⁴⁹ Dass es eine solche geben muss, kann ernsthaft nicht bezweifelt werden. Jedoch ist die Herleitung rechtlich, je nachdem aufgrund welcher Erlaubnisnorm der Schwangerschaftsabbruch zulässig ist und mit welcher Intention der Eingriff vorgenommen wird, schwierig. Insofern dürfte das aber eher dem Umstand geschuldet sein, dass es immer noch keine völlig befriedigende Herleitung und Begrenzung von Garantenpflichten gibt.¹⁰⁵⁰ Eine ärztliche Garantenstellung einfach kraft beruflicher Stellung existiert jedenfalls nicht, so dass es insofern immer einer besonderen Begründung bedarf, warum eine solche Pflichtenstellung besteht.¹⁰⁵¹

I. Aus tatsächlicher Übernahme?

Wird die Spätabtreibung aufgrund akuter vitaler Gefahren für die Leibesfrucht im Mutterleib zur Rettung des Kindes vorgenommen¹⁰⁵² oder erfolgt die Spätabtreibung im Rahmen des § 218 a Abs. 2 StGB aus rein medizinischer Indikation, bei der, wenn möglich, auch die Rettung des Kindes erreicht werden soll, ergibt sich die ärztliche Garantenstellung mitsamt den daraus entstehenden Erfolgsabwendungspflichten durch den Akt der tatsächlichen und freiwilligen Übernahme durch den Arzt. Hier ist die Rettung des Kindes alleiniges oder zumindest auch erwünschtes Ziel bei der Durchführung der Spätabtreibung. Schwangere und Mediziner sind sich in diesen Fällen von Anfang an einig, dass zur Erhaltung des Lebens des Kindes medizinische Maßnahmen durchgeführt werden sollen. Im Vertrauen darauf, dass der Arzt diese auch vornimmt, hat sich die Schwangere mit ihrem Kind in seine Obhut begeben und die Konsultation und Einschaltung eines anderen Mediziners unterlassen. Es liegt ein bestimmtes, beiderseitig gewolltes Vertrauens- und Erwartungsverhältnis vor.¹⁰⁵³ Für die Entstehung der Garantenpflicht ausschlaggebendes und entscheidendes Moment ist folglich der Umstand, dass der Schutz des Kindes in die Hände des Arztes gelegt wurde und dass das damit Garantenpflicht – auslösende Abhängigkeits- und Obhutsverhältnis mit Beginn des Eingriffs durch den Arzt tatsächlich durch einen Vertrauensakt begründet worden ist.¹⁰⁵⁴ Auf den der freiwillige Übernahme vorausgehenden und begleitenden Abtreibungsvertrag kommt es dabei nicht an.¹⁰⁵⁵ Insofern handelt es sich in diesen Konstellationen um einen Fall der Übernahme der Gefahrabwendungspflicht durch den Arzt¹⁰⁵⁶ gegenüber einem

1049. Soweit ersichtlich, hat nur *Merkel* den Versuch unternommen, die richtigerweise anzunehmende Garantenstellung des Arztes auch rechtlich zu begründen. Vgl. dazu *Merkel*, Früheuthanasie, Seite 222 ff.

1050. Ähnlich *Merkel*, Früheuthanasie, Seite 224; vgl. dazu allgemein *Maiwald*, JuS 1981, Seite 473 (480 ff.); *Roxin*, AT II, § 32 RN 1 ff.; *Sowada*, Jura 2003, Seite 236 (237)

1051. Vgl. dazu nur *Roxin*, AT II, § 32 RN 70 ff

1052. Erfolgt der Eingriff in dieser Konstellation zu Beginn der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes, handelt der die Schwangerschaft beendende Arzt in Kenntnis der hohen Mortalitätsrisiken bei derart früher Geburt und nimmt diese Risiken in der Regel notgedrungen mit in Kauf. Der insoweit tatbestandliche Schwangerschaftsabbruch ist jedoch entweder gem. § 34 StGB oder, falls auch eine mütterliche Indikation vorliegt, bereits gem. § 218 Abs. 2 StGB gerechtfertigt. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.A.V.2 „Problemfall – die sogenannte künstliche Geburtseinleitung“ sowie unter § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“

1053. Vgl. dazu allgemein *Jakobs*, § 29 RN 47; *Stratenwerth / Kuhlen*, AT, § 13 RN 25

1054. Vgl. dazu *Maiwald*, JuS 1981, Seite 473 (481 f.)

1055. Vgl. allgemein zur Problematik, inwiefern ein Vertrag allein überhaupt Garantenpflichten begründen kann, nur *Baumann / Weber / Mitsch*, § 15 RN 58 ff.

1056. Genauer: der Klinik, mit allen jeweils funktional zuständigen und zum Dienst eingeteilten Ärzten. Das können je nach Schwere und Problematik des Verlaufs unterschiedliche klinische Spezialisten sein. Jedenfalls garantenpflichtig ist der den Eingriff vornehmende und / oder leitende Mediziner. Vgl. zur Rolle der Klinik im Hinblick auf die Garantenpflichten gegenüber Schwangerer und Kind auch *Glöckner*, Seite 154 f.

Dritten, der „Gebärenden“, zugunsten des Gefährdeten, hier des Kindes.¹⁰⁵⁷ Der Arzt ist folglich Obhut- und Beschützergarant.

Eine Garantenstellung des Arztes in den Konstellationen, in denen die Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes aus den zukünftigen Belastungen der Frau resultiert, die sich aus einer schweren Schädigung des Kindes für sie ergeben,¹⁰⁵⁸ lässt sich aus dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Übernahme nicht in jedem Fall begründen. Primäres Ziel von Arzt und Frau bei Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs ist hier die Nichtexistenz des Kindes. Damit eine Garantenpflicht durch tatsächliche Übernahme begründet werden kann, muss der Übernehmende jedoch ausdrücklich oder konkludent zu erkennen geben, dass er eine bestimmte Leistung verspricht und zudem, dass er aufgrund seines Versprechens die Preisgabe anderweitig gegebenen Schutzes erwartet und für angebracht hält.¹⁰⁵⁹ Weist der behandelnde Mediziner vor Beginn des Eingriffs die Frau darauf hin, dass das Kind den Abbruch möglicherweise überleben könnte und dann bei Lebens- und möglicher Überlebensfähigkeit des Kindes Intensivmaßnahmen zu seiner Lebenserhaltung ergriffen werden, dürfte die garantenpflicht-begründende Übernahme und das insoweit geschaffene Vertrauen, gegeben sein.¹⁰⁶⁰ Die Frau als Mutter des Kindes ist Obhutgarantin,¹⁰⁶¹ so dass deswegen auch ein ausdrücklich von ihr geäußerter, den Behandlungsmaßnahmen widersprechender Wunsch als unvereinbar mit der elterlichen Personenfürsorgepflicht unbeachtlich wäre,¹⁰⁶² solange sie trotzdem vom Arzt den Eingriff vornehmen lässt. Ein der Garantenpflicht des Arztes entgegenstehender Wille der Frau ist demgemäß unerheblich.¹⁰⁶³

Oft sind sich Frau und abbrechender Arzt in dieser Konstellation jedoch einig, lebenserhaltende Maßnahmen beim Kind zu unterlassen,¹⁰⁶⁴ und es fehlt daher an einem ausdrücklich zugunsten des Kindes geäußerten Willen des Mediziners. Überdies kann schwerlich in die Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs an sich der konkludente Wille des Mediziners hineingelegt werden, dass er ebenfalls den Schutz des Fötus gewährleisten will. Auch wenn das Verbot der Abtreibung in § 218 StGB vor allem dem Schutz des ungeborenen Kindes dient,¹⁰⁶⁵ erfolgt die Zulassung der Abtreibung doch nur aufgrund mütterlicher Interessen,¹⁰⁶⁶ so dass sich aus der Tatsache der

1057. Allgemein dazu nur LK – *Weigend*, § 13 RN 34; für den Bereich der eigentlichen Geburtshilfe *Lüttger*, Heinitz-FS, Seite 359 (368 mit FN 24)

1058. Allerdings liegt nur im Ausnahmefall auch tatsächlich eine konkrete Gesundheitsgefahr für die Schwangere vor, wenn und weil die Frau zusätzlichen Belastungen, die durch eine schwere Schädigung des Kindes ausgelöst werden, ausgesetzt ist. Vgl. dazu schon die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.1.b.aa(3) „Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen“

1059. Vgl. *Jakobs*, AT, § 29 RN 48

1060. So auch *Merkel*, Frühethanasie, Seite 223 f. mit FN 9

1061. Vgl. dazu nur LK – *Kröger*, § 218 RN 36; NK – *Merkel*, § 218 RN 95 ff.; Sch / Sch – *Eser*, § 218 RN 31

1062. Vgl. dazu nur *Eser*, Narr-FS, Seite 47 (55)

1063. Vgl. dazu nur *Merkel*, Frühethanasie, Seite 225

1064. Dass das letztlich bei Lebens- und Überlebensfähigkeit des Kindes nicht zulässig ist, muss hier ja noch gezeigt werden.

1065. Vgl. dazu bereits die Ausführungen im verfassungsrechtlichen Teil dieser Arbeit unter § 2.A.II.2.b „Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs“

1066. Vgl. dazu bereits die Ausführungen im verfassungsrechtlichen Teil dieser Arbeit unter § 2.A.II.2.c „Ausnahmetatbestände“

Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs jedenfalls nicht eine Art Obhut- und Beschützerfunktion des Arztes für den nasciturus ableiten lässt. Zumal der Tod der Leibesfrucht in der Regel Folge eines solchen Eingriffs ist.¹⁰⁶⁷ Eine konkludente Äußerung des Arztes hinsichtlich einer Beschützerfunktion für das Ungeborene kann in der Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs jedenfalls nicht gesehen werden. Aus dem Umstand, dass es sich um eine Spätabtreibung handelt und das Kind den Schwangerschaftsabbruch überleben könnte, kann sich insofern nichts anderes ergeben, zumal ja gerade der Tod des nasciturus de lege lata erlaubtes und bei auch embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen intendiertes Ziel der nach § 218 a Abs. 2 StGB im Ausnahmefall gestatteten Abtreibung ist. An einer anderen, tendenziell neutralen Untersuchung¹⁰⁶⁸ des Kindes vor dem Eingriff durch den Mediziner, die insofern wohl als Anknüpfungspunkt für eine Obhutgarantenstellung aufgrund tatsächlicher Übernahme tauglich wäre,¹⁰⁶⁹ wird es üblicherweise fehlen, wenn sein Entschluss, das Kind nicht überleben zu lassen, bereits vorher feststeht. Zwar ist der gegen das Überleben des Kindes gerichtete Konsens von Mutter und Arzt nach der Geburt des Kindes rechtlich unbeachtlich, bei der Mutter aufgrund ihrer Garantenstellung, beim Arzt jedenfalls schon wegen § 323 c StGB, aber daraus allein ergibt sich noch nicht das Bestehen einer Beschützergarantenstellung des Arztes für das Kind, da es trotzdem am positiven Element des freiwilligen Anvertrauens und der Übernahme fehlt.¹⁰⁷⁰ Eben dieses Vertrauen wird aber als der materielle Grund der Garantenstellung aus tatsächlicher Übernahme angesehen.¹⁰⁷¹

Die Garantenpflicht des Arztes kann folglich im Fall der embryopathisch motivierten Spätabtreibung üblicherweise nicht durch Anknüpfen an ein gewolltes Vertrauens- und Erwartungsverhältnis entstehen, sondern nur und allenfalls dadurch, dass sie den an der pflichtbegründenden Situation unmittelbar Beteiligten auch gegen deren Willen auferlegt wird.¹⁰⁷²

II. Aus gefahrbegründendem Vorverhalten (Ingerenz)?¹⁰⁷³

Immanenter Grund für die Annahme einer Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburten des Kindes scheint demzufolge nicht ein gewolltes Vertrauensverhältnis, sondern vielmehr die Spätabtreibung als gefahrbegründendes Vorverhalten, also eine Überwachungs- und Sicherungspflicht des Arztes, zu sein.

1. Voraussetzungen der Entstehung der Garantenstellung aus Ingerenz

Aus Ingerenz wird dabei zum Garanten, wer durch sein – rechtlich noch näher zu qualifizierendes – Verhalten¹⁰⁷⁴ eine Gefahr verursacht, die einen tatbestandlichen Erfolg erzeugen könnte.¹⁰⁷⁵ Erfolgt

1067. Vgl. dazu nur NK – *Merkel*, § 218 a RN 81; T / F – *Töndle*, (49. Aufl.), § 218 a RN 9 a

1068. Eine (Konflikt)Beratung an sich ist jedenfalls noch keine Behandlungsübernahme und insofern nicht ausreichend, um Garantenpflichten des Arztes zu begründen. Vgl. dazu nur *BGH JZ* 1983, Seite 151 (152 f.)

1069. So *Eser*, Narr-FS, Seite 47 (56), allerdings zum Problem der Garantenstellung bei normal geborenen schwerstgeschädigten Neugeborenen

1070. Vgl. dazu auch *Merkel*, Frühethanasie, Seite 225

1071 Vgl. dazu nur *Baumann / Weber / Mitsch – Mitsch*, AT, § 15 RN 58 m.w.N.

1072. Vgl. dazu und zum Ganzen *Merkel*, Frühethanasie, Seite 223 ff.

1073. Einzelne Autoren lehnen die Begründung einer Garantenstellung aus Ingerenz völlig ab. So insbesondere *Schünemann*, GA 1974, Seite 231 (231ff.). Dem wird hier jedoch nicht gefolgt. Denn zumindest im Grundsatz ist eine solche Haftung als Verlängerung des Verletzungsverbots in den Unterlassungsbereich vollkommen angemessen. Vgl. dazu ausführlich *Roxin*, AT II, § 32 RN 150 ff.

1074. Zu den konkreten Anforderungen an dieses Verhalten sogleich.

ein Schwangerschaftsabbruch durch einen Mediziner zu einem Zeitpunkt, in dem die extrauterine Lebensfähigkeit des Kindes bereits besteht oder bestehen kann, ist ein, mit intensivmedizinischer Unterstützung ermöglichtes, dauerhaftes Überleben der Abtreibung durch das Kind in vorhersehbarer Weise mit der Vornahme des Eingriffs verknüpft. Gerade dann, wenn noch keine volle, eigenständige Lebensfähigkeit des Kindes gegeben ist, besteht die Gefahr, dass das Kind nach der Geburt alsbald verstirbt, falls nicht medizinische Maßnahmen zur Lebenserhaltung, wie insbesondere die Beatmung, ergriffen werden. Die Gefahr, dass ein lebendes und an sich lebensfähiges Kind durch die frühe „Geburt“ verstirbt, wird insofern auf zurechenbare Weise vom abbrechenden Arzt geschaffen. Denn das Risiko des Versterbens ist gerade und insbesondere durch die frühe Trennung von der Mutter, die durch den abbrechenden Arzt vorgenommen oder herbeigeführt wird, wesentlich erhöht.¹⁰⁷⁶ Ein gefahrbegründendes oder zumindest gefahrerhöhendes Vorverhalten des Arztes, die Schaffung eines Sonderrisikos, liegt insofern mit der Vornahme der Spätabtreibung zu einem derartigen Zeitpunkt offensichtlich vor.

Es bedarf neben der Tatsache der Schaffung eines derartigen Sonderrisikos jedoch noch eines besonderen Grundes dafür, dass gerade dieses Vorverhalten auch ausreichend ist, um eine Gefahrabweitungspflicht des abtreibenden Arztes zu begründen. Streitig ist insoweit jedoch, inwiefern das gefahrbegründende Vorverhalten eine bestimmte rechtliche Qualität¹⁰⁷⁷ aufweisen muss. Nach der wohl herrschenden Meinung kann und darf nur ein objektiv pflichtwidriges Vorverhalten eine Garantenstellung begründen.¹⁰⁷⁸ Auf die Pflichtwidrigkeit und die rechtliche Missbilligung des Gefahrerfolges komme es nicht an.¹⁰⁷⁹ Ohne diese Eingrenzung wäre eine uferlose Begründung von Garantenpflichten möglich, so die Begründung.¹⁰⁸⁰ Die nach § 218 a Abs. 2 StGB zulässige und de lege lata gerechtfertigte Spätabtreibung stellt insofern jedoch gerade kein pflichtwidriges Verhalten dar.¹⁰⁸¹ Der Arzt handelt vielmehr –zumindest zunächst – mit einer Art rechtlichem Legitimationstitel, so dass sich an sich nach der herrschenden Meinung auch aus Ingerenz keine Garantenstellung des abbrechenden Arztes ergeben würde. Allerdings lässt die herrschende Meinung jedoch im Fall des Notstandes oder wenn bei gerechtfertigter Herbeiführung eines Dauerzustandes, die rechtfertigenden Voraussetzungen für dessen Fortbestand später wegfallen, Ausnahmen vom Erfordernis der Pflichtwidrigkeit zu.¹⁰⁸²

1075. Vgl. dazu nur Baumann / Weber / Mitsch – *Mitsch*, AT, § 15 RN 63; SK – *Rudolphi*, § 13 RN 38; *Sowada*, Jura 2003, Seite 236 (237)

1076. Sterbe- und Schädigungsquoten sind dabei insbesondere abhängig vom Schwangerschaftsalter, vgl. dazu nur Ahner / Kohlhauser / Bikas etc., *Geburtshilfe und Frauenheilkunde* 2000, Seite 20 (20 ff.)

1077. Zu Kriterien hinsichtlich der Abgrenzung von Garantenpflichten auslösendem Vorverhalten und Vorverhalten ohne solche rechtlichen Folgen ausführlich *Sowada*, Jura 2003, Seite 236 (238 ff.)

1078. Beispieldhaft BGHSt 19, Seite 152 (154); 23, Seite 327 (327); 25, Seite 218 (218); 34, Seite 82 (82); Baumann / Weber / Mitsch – *Mitsch*, § 15 RN 65; SK – *Rudolphi*, § 13 RN 39 ff.; Sch / Sch – *Stree / Bosch*, § 13 RN 35 ff.; T / F – *Fischer*, § 13 RN 27 ff. je m.w.N.

1079. Vgl. dazu nur SK – *Rudolphi*, § 13 RN 39

1080. Vgl. dazu nur Baumann / Weber / Mitsch – *Mitsch*, § 15 RN 65

1081. Zur Problematik der Einordnung von Spätabtreibungen als nicht-rechtswidrig vgl. bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.A.II.2.c.dd(2) „Die Möglichkeit der Qualifikation der Ausnahmetatbestände als nicht-rechtswidrig“

1082. Beispieldhaft Baumann / Weber / Mitsch – *Mitsch*, § 15 RN 67; SK – *Rudolphi*, § 13 RN 40 a f.; Sch / Sch – *Stree / Bosch*, § 13 RN 36

Nach anderer Auffassung greife die Beschränkung auf objektiv pflichtwidriges Verhalten zu kurz.¹⁰⁸³ Zwar begründe rechtswidriges Verhalten stets eine Rettungspflicht.¹⁰⁸⁴ Aber auch bei rechtmäßigem Vorverhalten kann das Opfer zwar verpflichtet sein, das Verhalten an sich zu dulden, jedoch ein Recht haben, vor den Konsequenzen des Verhaltens geschützt zu werden.¹⁰⁸⁵ Eine Rettungspflicht ergebe sich immer dann, wenn die nicht pflichtwidrige Vorhandlung nicht ein üblicherweise von jedermann vollzogenes Verhalten betrifft und der Gefährdete die ihm seinerseits obliegenden Sicherungspflichten getroffen habe.¹⁰⁸⁶ Die Spätabtreibung wird nur von Ärzten vorgenommen und stellt folglich keine von jedermann durchgeführte Handlung dar. Irgendwelche Sicherungspflichten oblagen dem nasciturus nicht. Nach dieser Auffassung scheint sich also – relativ unproblematisch – eine Garantenstellung des Arztes aus Ingerenz zu ergeben. Bei gerechtfertigtem Vorverhalten wird von dieser Ansicht jedoch eine Einschränkung vorgenommen. Dieses würde in der Regel keine Garantenstellung begründen.¹⁰⁸⁷ Nur im Fall des Notstandes, wenn dem Gefährdeten die Notwendigkeit zu einem Eingriff nicht zugerechnet werden könne, und / oder die Rechtfertigungsvoraussetzungen der Vorhandlung, die Dauerwirkungen hat, später wegfallen, könne eine Garantenstellung des rechtmäßig Handelnden begründet werden.¹⁰⁸⁸ Die gem. § 218 a Abs. 2 StGB vorgenommene Spätabtreibung stellt de lege lata ein nicht rechtswidriges Verhalten des Arztes dar und ist daher auch nach dieser Auffassung grundsätzlich nicht geeignet, eine Pflichtenstellung des Arztes zu begründen.

Auch wenn sich im Ansatzpunkt beide Meinungen fundamental unterscheiden, sind doch die Auffassungen über die Begründung einer Garantenstellung bei gerechtfertigtem Vorverhalten ähnlich. Insofern kommt es hier nach beiden Ansichten darauf an, ob und inwiefern bei embryopathisch motivierten Spätabtreibungen und anschließendem Überleben des Kindes eine Pflichtenstellung des Arztes aus Ingerenz durch Bezugnahme auf die Grundgedanken der Garantenpflichtentstehung in Fällen von „durch Notstand gerechtfertigten Vorhandlungen mit Dauerwirkung, deren Rechtfertigungsvoraussetzungen für die Zukunft entfallen sind,“ begründet werden kann. Entscheidend ist insofern die Vergleichbarkeit der Konstellationen.

2. Durch Notstand gerechtfertigte Vorhandlung mit Dauerwirkung, deren Rechtfertigungsvoraussetzungen entfallen sind?!

Auch die Zulässigkeit der Späabtreibung wird mit einer dem Notstand zumindest entsprechenden Konfliktlage begründet,¹⁰⁸⁹ so dass sich jedenfalls die Gegebenheiten bei der de lege lata gerechtfertigten Späabtreibung und dem gerechtfertigten Notstand ähneln.

Voraussetzung dafür, dass, trotz gerechtfertigten Vorverhaltens dieses dennoch zu einer Pflichtenstellung des Handelnden führt, ist zunächst, dass die Notwendigkeit des Eingriffs nicht im

1083. Beispielhaft *Jakobs*, AT, § 29 RN 39; *Maiwald*, JuS 1981, Seite 473 (483 f.); *Roxin*, AT II, § 32 RN 158; ähnlich wohl auch *Sowada*, Jura 2003, Seite 236 (241)

1084. Vgl. dazu nur *Jakobs*, AT, § 29 RN 41

1085. Vgl. dazu nur *Jakobs*, BGH-FS, Bd. IV, Seite 29 (47); ähnlich auch *Roxin*, AT II, § 32 RN 158

1086. Beispielhaft *Jakobs*, AT, § 29 RN 42

1087. Vgl. dazu *Jakobs*, AT, § 29 RN 43; *Roxin*, AT II, § 32 RN 181 ff.

1088. Beispielhaft *Jakobs*, AT, § 29 RN 42 f.; *Roxin*, AT II, § 32 RN 186 ff.

1089. Vgl. insofern *BGHSt* 38, Seite 144 (158); *Gropp*, GA 1994, Seite 147 (151 ff.); LK – Kröger, Vor §§ 218 a ff. RN 38; Sch /Sch – Eser, § 218 a RN 21 f.; SK – Rudolphi, § 218 a RN 10

Verantwortungsbereich des Gefährdeten liegt.¹⁰⁹⁰ Auch wenn der Schwangerschaftsabbruch in den hier relevanten Konstellationen letztlich embryopathisch motiviert ist, kann dem schwergeschädigten Kind die Notwendigkeit der Vornahme des Eingriffs nicht zugerechnet werden. Schon de lege lata ausschlaggebender Grund für die Zulassung des Schwangerschaftsabbruchs ist die schwerwiegende Gesundheitsgefahr für die Mutter. Die Behinderung des Kindes allein führt jedenfalls schon aufgrund der Sperrwirkung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG¹⁰⁹¹ nicht zur Zulässigkeit und demgemäß erst recht nicht zur Notwendigkeit der Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs.

Darüber hinaus muss eine gerechtfertigte Vorhandlung mit Dauerwirkung vorliegen, bei der die Rechtfertigungsvoraussetzungen nachträglich weggefallen sind.¹⁰⁹² Durch die Vornahme der Spätabtreibung hat der den Eingriff vornehmende Arzt die – jedenfalls zunächst – gemäß § 218 a Abs. 2 StGB erlaubte Gefahr des Todes des Kindes geschaffen. Kommt das Kind nun lebend und lebensfähig zur Welt, besteht aufgrund der vorzeitigen Geburt und der Unreife des Kindes weiterhin die Gefahr, dass dieses verstirbt, sofern nicht intensivmedizinische Maßnahmen zu seinen Gunsten ergriffen werden. Eine Dauerwirkung der Vorhandlung des Mediziners liegt unproblematisch vor. Jedoch ist im Fall der embryopathisch begründeten medizinisch-sozialen Indikation der mit der Abtreibung verfolgte Zweck, der Tod des Ungeborenen, jedenfalls de lege lata von der Rechtfertigungswirkung erfasst, da die Gesundheitsgefahr der Mutter in einer weiterführenden Kausalkette auch auf der Schädigung des Kindes beruht und letztlich durch sie ausgelöst wird.¹⁰⁹³ Geklärt werden muss daher noch, inwiefern und warum die Rechtfertigungswirkung des § 218 a Abs. 2 StGB für den Tod des Kindes, die folglich erfolgsbezogene Erlaubnis, nach dessen Überleben entfällt.

Merkel begründet dies damit, dass im Leben der Leibesfrucht ein anderes und vom Strafrecht geringer bewertetes Rechtsgut zu sehen sei als im Leben des Neugeborenen, wie sich schon an der unterschiedlichen strafrechtlichen Schutzintensität zeige.¹⁰⁹⁴ Er verkennt dabei jedoch, dass es gerade nicht eine angebliche Ungleichwertig- und Ungleichartigkeit von geborenem und ungeborenem Leben ist,¹⁰⁹⁵ die die Rechtfertigungswirkung des § 218 a Abs. 2 StGB begrenzt, sondern vielmehr der Wegfall des die Tötung des Kindes ausnahmsweise gestattenden Grundes. Zwar besteht die Gesundheitsgefahr für die Mutter, ausgelöst durch Belastungen und Überlastungen mit einem schwergeschädigten Kind, fort, wird unter Umständen durch die mit der Frühgeburt

1090. Vgl. dazu *Jakobs*, AT, § 29 RN 43; *Jakobs*, BGH-FS, Bd. IV, Seite 29 (47 f.); *Roxin*, AT II, § 32 RN 187

1091. Vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in dieser Arbeit unter § 2.B „Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG“

1092. Vgl. dazu nur *Roxin*, AT II, § 32 RN 189; ähnlich auch *Baumann / Weber / Mitsch – Mitsch*, AT, § 15 RN 67; *Jakobs*, AT, § 29 RN 43; *SK – Rudolphi*, § 13 RN 40 a

1093. Es kann allerdings nicht oft genug betont werden, dass eine Schädigung des Kindes nur im Ausnahmefall auch tatsächlich zur Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des mütterlichen Gesundheitszustandes führen wird und eine medizinisch-soziale Indikation begründet. Vgl. dazu schon die Ausführungen unter § 3.B.II.1.b.aa(3) „Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen“

1094. *Merkel*, Frühethanasie, Seite 235 f.; ähnlich auch *Wirth*, Seite 37

1095. Nicht eine unterschiedliche Wertqualität von geborenem und ungeborenem menschlichen Leben, sondern zum einen der notwendige Ausgleich der objektiven Interessenkollision, in die Mutter und Fötus aufgrund ihrer „Zweiheit in der Einheit“ geraten können, und zum anderen die Rücksicht auf die subjektive Konfliktsituation der Schwangeren, begründen die unterschiedliche strafrechtliche Schutzintensität. Vgl. dazu nur *Otto*, BT, § 13 RN 6; *Sch/Sch – Eser*, Vorbem § 218 RN 9

möglicherweise verbundenen Folgeschädigungen¹⁰⁹⁶ noch verschärft. Jedoch war gerade nicht allein die Gesundheitsgefahr für die Mutter die ausschlaggebende Ursache für die Erlaubnis zur Abtreibung und einem dabei möglicherweise eintretenden Tod des Kindes,¹⁰⁹⁷ sondern vielmehr der Umstand, dass die Frau dieser sich für sie schon im Zeitpunkt der Schwangerschaft verdichtenden und akut darstellenden Gefahr¹⁰⁹⁸ aufgrund der einzigartigen Verbindung von Schwangerer und Kind während der Gravidität nicht ausweichen konnte und anderseits der Schutz des nasciturus, der sich in der ihrerseits prinzipiell unantastbaren Frau befand, aufgrund dieser engen Bindung immer nur unter Berücksichtigung der Interessen und Rechte der Schwangeren gewährleistet werden konnte und durfte.¹⁰⁹⁹ Diese insofern eingeschränkte Schutzfähigkeit des Staates und der Rechtsordnung für das Leben des ungeborenen Kindes ist aber jedenfalls mit der Geburt des Kindes nicht mehr gegeben.¹¹⁰⁰ Denn ab diesem Zeitpunkt ist die enge, nahezu symbiotische Verbindung von Mutter und Kind aufgelöst. Die Beschränkung der Schutzfähigkeit des Staates entfällt, so dass das volle, verfassungsrechtlich garantie Gewicht des Tötungsverbots¹¹⁰¹ zum Tragen kommt.¹¹⁰² Die Abtreibung stellt nur eine Ausnahme davon für das ungeborene menschliche Leben dar, die mit der verminderten Schutzfähigkeit des Staates, die aufgrund der engen und einzigartigen Verbindung zwischen Schwangerer und Kind und der daraus folgenden notwendigen Berücksichtigung ihrer Interessen besteht,¹¹⁰³ verfassungsrechtlich begründet werden kann.¹¹⁰⁴ Aufgrund der überragenden Bedeutung dieses Tötungsverbots von geborenem Leben in unserer Rechtsordnung muss die Änderung der Schutzfähigkeit des menschlichen Lebens mit der Geburt und dann auch, sobald diese beginnt, berücksichtigt werden. Es erscheint angesichts des evidenten, verfassungsrechtlich garantierten Gewichts des Tötungsverbots gegenüber dem geborenen Menschen¹¹⁰⁵ ausgeschlossen, aus der als Ausnahme konstruierten Abtreibungserlaubnis rechtliche Einschränkungen für den nahezu absoluten und uneingeschränkten Schutz des geborenen Lebens herzuleiten.¹¹⁰⁶ Wenn und weil mit Geburt des lebenden und lebensfähigen Kindes der volle, verfassungsrechtlich garantie

1096. Vgl. dazu nur Pawłowski / Böttcher / Gietzelt, in: Friese (Hrsg.), Seite 373 (377 ff.)

1097. Das wird ganz deutlich in dem Fall, dass ein vorher gesundes - bereits geborenes - Kind aufgrund eines sich später ereignenden Unfalls schwerstgeschädigt wird, und die Mutter mit der Schädigung des Kindes überlastet ist und aufgrund der geänderten Lebensverhältnisse und Anforderungen Gesundheitsbeeinträchtigungen erleidet. Keinesfalls darf sie dann das Kind töten. Die Gesundheitsgefahr der Mutter allein, mag sie auch durch die Belastungen mit der Sorge für ein schwerstgeschädigtes Kind entstehen, stellt gerade nicht einen ausreichenden Gestattungsgrund dar.

1098. Vgl. zur Bedeutung der antizipierten Veränderungen der Lebensumstände durch die Schwangerschaft und das erwartete Kind im Rahmen des Schwangerschaftskonflikts Holzhauer, Seite 229 ff.

1099. Vgl. dazu Gropp, GA 1988, Seite 1 (20); Pluisch, Schwangerschaftsabbruch, Seite 19 f.

1100. Ähnlich bereits Pluisch, Schwangerschaftsabbruch, Seite 19 f. Es ändert sich insofern nur die Schutzfähigkeit des Staates zugunsten des Kindes. Die Schutzwürdigkeit ist aber beim Neugeborenen die gleiche, wie beim nasciturus. Vgl. dazu schon BVerfGE 39, Seite 1 (37).

1101. Vgl. dazu nur Mangoldt / Klein / Starck – Starck, Art. 2 Abs. 2 RN 205 ff.

1102. Ähnlich diesbezüglich auch Eberbach, Seite 15 (17)

1103. Vgl. dazu BVerfGE 88, Seite 203 (254 f.)

1104. Vgl. insofern auch BVerfGE 88, Seite 203 (263 f.)

1105. Vgl. dazu nur Dreier – Schulze-Fielitz, Art. 2 II RN 62 ff.; Mangoldt / Klein / Starck – Starck, Art. 2 Abs. 2 RN 205 ff.

1106. Ähnlich auch Hanke, Nachsorgender Schutz, Seite 51. Dies sieht auch Merkel, Früheuthanasie, Seite 236, der aber trotzdem unverständlichweise meint, nicht die veränderte Schutzmöglichkeit bzw. Schutzfähigkeit des Lebens, sondern die unterstellte unterschiedliche Wertigkeit von ungeborenen und geborenem Leben würde zur Begründung einer Garantenpflicht des Arztes für das Neugeborene führen.

Lebensschutz des Kindes gewährleistet wird und werden kann, entfällt aber mit Wegfall der Beschränkung der Schutzhfähigkeit des Staates für das Leben zugleich die erfolgsbezogene Erlaubnis hinsichtlich des Todes des Kindes.

Mit Überleben der Abtreibung durch das Kind verliert die Rechtfertigung über § 218 Abs. 2 StGB ihre Wirkung. Die noch andauernde Gefahr des Todes des Kindes, durch den Arzt durch die Spätabtreibung geschaffen, wird von der Rechtsordnung nicht mehr toleriert. Insofern liegt bei den aufgrund medizinisch-sozialer Indikation vorgenommenen, embryopathisch motivierten Spätabtreibungen eine vergleichbare Konstellation vor, wie in den Fällen, in denen bei einer gerechtfertigten Vorhandlung mit Dauerwirkung die Rechtfertigungsvoraussetzungen nachträglich entfallen.

Zwar wird zum Teil die Begründung einer Garantenstellung trotz gerechtfertigten Vorverhaltens nur bei Herbeiführung eines Zustands, der durch ein Dauerdelikt erfasst wird, angenommen.¹¹⁰⁷ Eine derartige Einschränkung scheint, jedenfalls soweit ersichtlich, jedoch nicht allgemein vorgenommen zu werden¹¹⁰⁸ und ist auch nicht sachgerecht. Zwar ist eine fort dauernde Wirkung der Handlung unproblematisch bei Dauerdelikten gegeben, aber eine solche ist jedenfalls auch bei Zustandsdelikten möglich, wenn der Zustand noch nicht eingetreten ist, jedoch die vom gerechtfertigt Handelnden geschaffene Gefahr, der Verwirklichung dieses Zustandes noch andauert. Ist aber nachträglich die rechtliche Zulässigkeit des Erfolgseintritts oder einer erneuten Erfolgsherbeiführung weggefallen, werden die durch die Vorhandlung geschaffenen noch andauernden Wirkungen und Gefahren von der Rechtsordnung nicht mehr gebilligt. Eine Beschränkung auf Dauerdelikte ist folglich nicht gerechtfertigt. Entscheidend, aber auch ausreichend ist vielmehr, ob die gerechtfertigte Vorhandlung noch eine Dauerwirkung entfaltet und die Rechtfertigungsvoraussetzungen nachträglich weggefallen sind. Genau dies ist aber, wie soeben gezeigt, bei Überleben des Kindes nach Spätabtreibung der Fall.

3. Fazit

Eine Garantenstellung des die embryopathisch motivierte Späabtreibung vornehmenden Arztes entsteht somit jedenfalls aus dem Gesichtspunkt des gefahr begründenden Vorverhaltens, der Ingerenz. Faktische Anknüpfungspunkte sind dabei die vorzeitige Einleitung der Geburt mit den dadurch für das Neugeborene geschaffenen Gefahren und die Durchführung des Eingriffs durch den Arzt. Zur Begründung der Pflichtenstellung reicht hier ausnahmsweise auch das gerechtfertigte Vorverhalten des Arztes, die Späabtreibung, aus. Denn dessen Rechtfertigungswirkungen den Tod des Kindes betreffend sind mit der Geburt des lebenden und lebensfähigen Kindes, der Auflösung der engen, physischen Verbindung von Mutter und Kind, und dem dadurch bedingten Wegfall der Einschränkungen der Schutzhfähigkeit des Staates zugunsten des Kindes für die Zukunft entfallen, während jedoch die Gefährdung noch fortbesteht. Hinsichtlich dieser Gefahrenlage, dem drohenden Versterben des Neugeborenen, treffen den Mediziner Überwachungs- und Sicherungspflichten. Insofern liegt eine vergleichbare Konstellation vor, wie in den Fällen, in denen die Rechtfertigungsvoraussetzungen, der durch Notstand gerechtfertigten, noch Dauerwirkungen entfaltenden Vorhandlung nachträglich wegfallen.

1107. So jedenfalls ausdrücklich Sch /Sch – Stree, § 13 RN 36; LK (11. Aufl.) – Jescheck, § 13 RN 33

1108. So verlangt Roxin, AT II, § 32 RN 189 f. nur eine Dauerwirkung der Vorhandlung; weitergehend auch SK – Rudolphi, § 13 RN 40 a; nicht eindeutig Baumann / Weber / Mitsch – Mitsch, AT, § 15 RN 67; Jakobs, AT, § 29 RN 43

III. Ergebnis

Den die Spätabtreibung vornehmenden Arzt treffen bei Überleben und Lebensfähigkeit des Kindes in jedem Fall Garantenpflichten gegenüber dem Neugeborenen. Die Entstehung dieser Pflichten ist dabei jedoch abhängig von der Erlaubnisnorm, aufgrund derer die Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs zulässig ist und der Intention, mit der der Eingriff vorgenommen wird. Erfolgt die Spätabtreibung aufgrund akuter vitaler Gefahren für die Leibesfrucht im Mutterleib zur Rettung des Kindes¹¹⁰⁹ oder wird die Spätabtreibung im Rahmen des § 218 a Abs. 2 StGB aus rein medizinischer Indikation vorgenommen, bei der, wenn möglich, auch die Rettung des Kindes erreicht werden soll, ergibt sich die ärztliche Garantenstellung mitsamt den daraus entstehenden Erfolgsabwendungspflichten durch den Akt der tatsächlichen und freiwilligen Übernahme durch den Arzt. Ist die Spätabtreibung auch embryopathisch motiviert, muss differenziert werden: Weist der behandelnde Mediziner vor Beginn des Eingriffs die Frau darauf hin, dass das Kind den Abbruch möglicherweise überleben könnte und dann bei Lebens- und Überlebensfähigkeit des Kindes Intensivmaßnahmen zu seiner Lebenserhaltung ergriffen werden, liegt darin bereits die garantenpflicht-auslösende Übernahme und die Begründung eines Vertrauens- und Erwartungsverhältnisses. Ein der Garantenpflicht des Arztes entgegenstehender Wille der Frau ist aufgrund ihrer eigenen Pflichtenstellung gegenüber dem Kind insoweit unerheblich. Sind sich Frau und Arzt jedoch von Anfang an einig, dass keine Behandlungsmaßnahmen zugunsten des Neugeborenen ergriffen werden sollen, kommt eine Garantenstellung des Arztes aus dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Übernahme und der Anknüpfung an ein gewolltes Vertrauens- und Erwartungsverhältnis nicht in Betracht. Eine Garantenpflicht des die embryopathisch motivierte Spätabtreibung vornehmenden Arztes entsteht aber jedenfalls aus dem Gesichtspunkt des gefahr begründenden Vorverhaltens, der Ingerenz. Faktische Anknüpfungspunkte sind dabei die vorzeitige Einleitung der Geburt mit den dadurch für das Neugeborene geschaffenen Gefahren und die Durchführung des Eingriffs durch den Arzt. Die Spätabtreibung mit anschließendem Überleben des Kindes stellt dabei eine vergleichbare Konstellation dar, wie die Fälle, in denen die Rechtfertigungsvoraussetzungen, der durch Notstand gerechtfertigten, noch Dauerwirkungen entfaltenden Vorhandlung, nachträglich wegfallen. Zur Begründung der Pflichtenstellung reicht hier daher ausnahmsweise auch ein gerechtfertigtes Vorverhalten des Arztes aus, dessen Rechtfertigungswirkungen jedoch mit der Geburt des lebenden und lebensfähigen Kindes, der Auflösung der engen, physischen Verbindung von Mutter und Kind und dem dadurch bedingten Wegfall der Einschränkungen der Schutzfähigkeit des Staates zugunsten des Kindes für die Zukunft entfallen sind, während die Gefährdung demgegenüber noch fortbesteht. Hinsichtlich dieser Gefahrenlage, dem drohenden Versterben des Kindes, treffen den Mediziner Überwachungs- und Sicherungspflichten.

1109. Erfolgt der Eingriff in dieser Konstellation zu Beginn der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes, handelt der die Schwangerschaft beendende Arzt in Kenntnis der hohen Mortalitätsrisiken bei derart früher Geburt und nimmt diese Risiken in der Regel notgedrungen mit in Kauf. Der insoweit tatbeständliche Schwangerschaftsabbruch ist jedoch entweder gem. § 34 StGB oder, falls auch eine mütterliche Indikation vorliegt, bereits gem. § 218 Abs. 2 StGB gerechtfertigt. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.A.V.2 „Problemfall – die sogenannte künstliche Geburtseinleitung“ sowie unter § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“

Diese Garantenstellung des Arztes führt zu seiner Pflicht, falls das Kind lebend zur Welt kommt,¹¹¹⁰ grundsätzlich Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen. Der Umfang und die Art der Behandlungsmaßnahmen hat dabei unabhängig von der Ursache der Frühgeburt – der Spätabtreibung – zu erfolgen.¹¹¹¹ Ansonsten ist eine Strafbarkeit des Arztes wegen Tötung und / oder Körperverletzung durch Unterlassen möglich.¹¹¹² Eine Behandlungspflicht besteht auch bei extremer Unreife und / oder schweren Schädigungen des Kindes,¹¹¹³ sofern eine Behandlung prinzipiell möglich ist. Ob sie dann auch in jedem Fall geboten und zumutbar ist oder, anders gewendet, wann bzw. bei welchen Schädigungen oder bei welcher Unreife im Einzelfall die grundsätzliche Behandlungspflicht entfällt, ist noch nicht abschließend geklärt.¹¹¹⁴ Jedenfalls dann, wenn offensichtlich keine Lebensfähigkeit besteht oder beim Neugeborenen nur der bereits eingesetzte Sterbeprozess hinausgezögert werden kann und ein Weiterleben mit unnötigen Leiden des Kindes verbunden wäre, erscheint eine Ausnahme von der grundsätzlichen Behandlungspflicht angebracht zu sein.¹¹¹⁵ Die Pflicht zur Gewährung der Grundversorgung, leidenslindernden Maßnahmen und menschlicher Zuwendung besteht allerdings weiterhin.¹¹¹⁶

B. Der Konflikt

Bei der rein medizinisch indizierten Spätabtreibung ergeben sich mit und durch das Überleben des Kindes keine Handlungskonflikte für den Arzt oder grundsätzliche Widersprüche, da beabsichtigt ist, Leben und Gesundheit der Mutter und, wenn möglich, auch das Leben des Kindes zu erhalten. Die neonatologischen Behandlungspflichten des Arztes für das Neugeborene stellen sich insofern nur als Weiterführung des auch ursprünglich mit dem Eingriff mitverfolgten Ziels, möglichst auch ein Überleben des Kindes zu sichern, dar. In dieser Konstellation der rein medizinischen Indikation ist auch von vornherein nach der insoweit zutreffenden Ansicht des *Bundesgerichtshofs*¹¹¹⁷ keine Schadensersatzpflicht der Eltern gegenüber dem Arzt gegeben, wenn und weil das Kind den Abbruch überlebt, da die Vermeidung der wirtschaftlichen Folgen der Geburt des Kindes vom Schutzzweck des Vertrages nicht mit umfasst sind.¹¹¹⁸

1110. Bei extrem kleinen Frühgeborenen sind die Übergänge zwischen Lebend- und Todgeburt allerdings oft fließend. Kriterien für die Annahme einer Lebendgeburt enthält § 29 Abs. 1 VO AusfPersonenstG. Zur Abgrenzung Lebendgeburt und Todgeburt vgl. nur die Ausführungen von *Weber*, in: *Friese etc.* (Hrsg.), Seite 397 (400 ff.).

1111. *Foth*, JR 2004, Seite 367 (369); *Weber / Vogt-Weber*, Arzt Recht 1999, Seite 4 (9)

1112. Vgl. dazu *AG Oldenburg*, ZfL 2004, Seite 117 (117)

1113. Vgl. dazu nur *Weber*, in: *Friese etc.* (Hrsg.), Seite 397 (401 f.)

1114. Weiterführend zu möglichen und diskutierten Behandlungsgrenzen *Everschor*, Seite 237 ff.; *Glöckner*, 171 ff.

1115. Vgl. dazu nur *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (159) sowie *Weber*, in: *Friese etc.* (Hrsg.), Seite 397 (398 f.). Umfassend zur ärztlichen Behandlungspflicht extrem unreifer Frühgeborener *Glöckner*, Seite 165 ff.; zur Problematik der Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen einführend *Eser*, Narr-FS, Seite 47 (47 ff.); ausführlich *Merkel*, Frühethanasie, Seite 42 ff. - je mit zahlreichen, weiteren Nachweisen

1116. Vgl. dazu nur *Beckmann*, MedR 1998, Seite 155 (159); *T / F – Fischer*, § 218 a RN 22

1117. *BGH NJW* 1985, Seite 2749 (2751); *NJW* 2002, Seite 2636 (2639). Zur grundsätzlichen Problematik und Widersprüchlichkeit der „Kind als Schaden“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vgl. die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.III.1 „Kind als Schaden“

1118. Ausführlich dazu sogleich unter § 4.C.III.2.a.cc „Vermeidung der wirtschaftlichen Folgen der Geburt eines Kindes als umfasster Vertragszweck?“

Ähnliches gilt auch, wenn die „Spätabtreibung“¹¹¹⁹ (allein) durchgeführt wird, um eine dem ungeborenen Kind bei weiterem Verbleib im Mutterleib drohende Gefahr für sein Leben oder seine Gesundheit zu verhindern. Ergibt sich dementsprechend die ausnahmsweise Zulässigkeit eines derartigen Eingriffes aus § 34 StGB¹¹²⁰, ist der Inhalt des Arztvertrages und Zweck des Eingriffs gerade die Rettung des Kindes. Ein Überleben des Kindes ist in diesen Fällen gerade gewolltes und primäres Ziel des Behandlungsvertrages. Die Behandlungspflichten des Arztes für das Neugeborene stellen insofern nur eine konsequente Weiterführung des ursprünglich mit dem Eingriff verfolgten Ziels, möglichst ein Überleben des Kindes zu sichern, dar. Die Vermeidung von wirtschaftlichen Folgelasten, die mit der Geburt des Kindes verbunden sind, ist hier unter keinen Umständen als vom Vertragsinhalt umfasst denkbar.¹¹²¹

Anders ist dagegen die Sachlage, wenn ein embryopathischer Hintergrund des Eingriffs vorliegt. Denn Zweck der embryopathisch motivierten Spätabtreibung ist es gerade, die eine Gesundheitsgefahr begründende Belastung der Mutter durch ein schwer- und schwerstgeschädigtes Kind zu beseitigen, also möglichst kein lebendes Kind zu bekommen. Der Mediziner ist unmittelbar nach de lege lata nicht rechtswidrig vorgenommener Spätabtreibung, falls das Kind seine Abtreibung überlebt, unter Strafdrohung verpflichtet, zur Rettung des unerwünschten Frühgeborenen unverzüglich die neonatologische Behandlung sicherzustellen. Als Garant zugunsten des Kindes¹¹²² muss er intensivmedizinische Maßnahmen ergreifen, wenn durch diese eine Überlebensfähigkeit des lebenden Neugeborenen erreicht werden kann, um sich nicht einer strafrechtlichen Verfolgung wegen vorsätzlicher Tötung oder Körperverletzung durch Unterlassen auszusetzen.¹¹²³ Für den Arzt entsteht ein unauflösbares Dilemma: Er muss, sofern nicht die Voraussetzungen eines Behandlungsverzichts vorliegen, seine Handlungstendenz umkehren und das Kind, das nicht zur Welt kommen sollte, zu retten versuchen. Das eigentliche Ziel des Abbruchs, der Tod des Kindes, ist in diesen Fällen dann verfehlt.¹¹²⁴ Im Übrigen hat das Kind, das gerade wegen der zu erwartenden Belastungen aufgrund bestehender Schädigungen getötet werden sollte, durch die frühe „Geburt“ in der Regel noch weitere Schäden davongetragen. Die Belastungen der Mutter und damit die Gesundheitsgefahr bzw. die Schwere derselben steigen damit sogar.

1119. Zwar wird in der medizinischen Fachwelt in diesen Konstellationen von der Einleitung einer Frühgeburt gesprochen, jedoch liegt immer dann, wenn der Eingriff am Rande der Lebensfähigkeit des Fötus erfolgt / erfolgen muss und der handelnde Mediziner aufgrund der hohen extrauterinen Mortalität nach „Geburt“ zu diesem Zeitpunkt im Regelfall den Tod des Kindes billigend in Kauf nimmt / nehmen muss, zunächst ein tatbestandsmäßiger Schwangerschaftsabbruch vor, der allerdings gem. § 34 StGB gerechtfertigt ist (genauer dazu siehe oben unter § 3.A.V.2 „Problemfall – die sogenannte künstliche Geburtseinleitung“ und § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“), so dass es mir aus Klarstellungsgründen angebracht erscheint, insofern die Begriffe Abtreibung und Schwangerschaftsabbruch zu verwenden.

1120. Dazu ausführlich oben unter § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“

1121. Ausführlich dazu sogleich unter § 4.C.III.2.a.cc „Vermeidung der wirtschaftlichen Folgen der Geburt eines Kindes als umfasster Vertragszweck?“

1122. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.A „Die Ausgangslage: Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburt nach erlaubter Abtreibung“

1123. Trotzdem scheint es in der Praxis vorzukommen, dass diese Kinder, vom Wickeln in Wärmtücher und Absaugen der Atemwege abgesehen, zunächst unversorgt im Kreissaal liegen gelassen werden. „Dies kann seinen Grund darin haben, dass diese Kinder nach den Strapazen des vergeblichen Abreibungsversuchs nicht weiterleben können oder aber, da als Totgeburt erwartet, nicht weiterleben sollen. Mit dem „Liegenlassen“ jedenfalls ist die Erwartung verbunden, der Tod werde alsbald eintreten.“ Wiebe, ZfL 2004, Seite 118 (118)

1124. Hiersche / Jähnke, MDR 1986, Seite 1 (1); Philipp, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1514)

Anderseits sieht sich der Arzt, der das „Ziel“ des Eingriffs verfehlt hat, Haftungsansprüchen ausgesetzt.¹¹²⁵

„Konsequenterweise“ erfolgt in der Praxis in einem solchermaßen weit fortgeschrittenen Stadium der Gravidität zur Vermeidung eines derartigen „Kunstfehlers“ zum Teil der Fetozid,¹¹²⁶ die im Mutterleib vorgenommene, direkte und aktive Abtötung des extrauterin lebensfähigen Kindes, um die Geburt eines lebenden Kindes und die Entstehung von Garanten¹¹²⁷ sowie Schadensersatzpflichten¹¹²⁸ zu verhindern.¹¹²⁹ Dahinter verbirgt sich ein nur schwer zu erklärender Wertungswiderspruch: Während die aktive, embryopathisch motivierte (!) Tötung¹¹³⁰ eines ungeborenen extrauterin lebensfähigen Kindes zulässig, ja gerechtfertigt sein soll, stellt dieselbe Tötungshandlung nach dem Überleben der Abtreibung ein Tötungsdelikt dar.¹¹³¹ Das erste nennt man Schwangerschaftsabbruch, dass zweite Totschlag. Die Strafbarkeit wegen aktiver Tötung trotz oder gerade wegen potentieller Lebensfähigkeit des Kindes hängt allein davon ab, ob sich das Kind zufällig noch im Mutterleib befindet oder nicht.¹¹³² Nach und bereits auch in (!) der künstlich ausgelösten Geburt des lebenden und lebensfähigen Kindes ist für den Abbruchsarzt aber – selbstverständlich – nicht nur die aktive Tötung des Neugeborenen, sondern auch das Unterlassen der gebotenen intensivmedizinischen Maßnahmen, falls deswegen der Tod des Kindes eintritt, nach §§ 211 ff. StGB strafbar. Anders als bei der Tötung auf Verlangen eines autonomen Menschen¹¹³³ oder beim Sterbenlassen eines todkranken Erwachsenen oder Neugeborenen, handelt es sich beim Schwangerschaftsabbruch durch Fetozid um die gezielte Tötung eines lebensfähigen Kindes durch den Arzt auf Wunsch Dritter.

C. Verifizierung und Lösung des Konflikts

Ob der dargestellte und oft beschworene Konflikt bei Spätabtreibungen mit embryopathischem Hintergrund sich jedenfalls rechtlich auch tatsächlich so darstellt und damit verknüpft, inwiefern bereits de lege lata, insbesondere unter Berücksichtigung der herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Vorgaben, eine Lösung oder doch zumindest Entschärfung des Konflikts möglich erscheint, soll im Folgenden untersucht werden.

1125. So jedenfalls die gängige Befürchtung, beispielhaft *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1506)

1126. Dazu, wie der Tod des Kindes konkret herbeigeführt wird, vgl. die Ausführungen unter § 3.A.VI „Exkurs: Wie erfolgt die Spätabtreibung medizinisch“

1127. Zur Entstehung von Garantenpflichten zugunsten des lebend geborenen Kindes nach erfolgter Spätabtreibung vgl. bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.A „Die Ausgangslage: Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburt nach erlaubter Abtreibung“

1128. Schadensersatzpflichten des Arztes werden insofern für möglich gehalten, weil das eigentliche Ziel des embryopathisch motivierten Abbruchs, der Tod des Kindes, verfehlt ist. Beispielhaft dazu nur *Kähler*, Seite 8 (13); *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1514); *Wirth*, Seite 32 ff. Inwiefern diese Befürchtung begründet ist, wird im Rahmen dieser Arbeit unter Gliederungspunkt § 4.C.III „Schadensersatzpflicht des Arztes bei Überleben des Kindes?“ untersucht.

1129. Vgl. dazu nur *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1513); *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (500)

1130. *Weise*, Frauenarzt 1997, Seite 1218 (1219) spricht sogar von Früheuthanasie.

1131. Ähnlich auch *Wirth*, Seite 3

1132. Ähnlich *Otto*, ZfL 1999, Seite 55 (59); *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (502)

1133. Die für sich schon rechtlich höchst problematisch ist; vgl. dazu nur *Sch / Sch – Eser*, Vor § 211 RN 24 ff.

Sicherlich keine zulässige Lösung ist es, den Widerspruch, der durch die vorherige, auf den Todeserfolg bezogene Erlaubnis zur Abtreibung und der Garantenpflicht zur Abwendung dieses Erfolges nach der Geburt eines lebenden und lebensfähigen Kindes entsteht, durch den Entzug eines Teils des normativen Lebensschutzes – den durch positive Garantiepflichten gesicherten – aufzulösen. Das verbietet schon die evidente Bedeutung des verfassungsrechtlich garantierten Lebensschutzes. Garantenpflichten des Arztes zugunsten des lebenden und lebensfähigen Kindes und die daraus folgende grundsätzliche Behandlungspflicht bestehen infolgedessen unabhängig davon, aus welcher Intention der Schwangerschaftsabbruch vorgenommen wurde oder auf welche Art und Weise das Kind zur Welt gekommen ist.¹¹³⁴ Die Umkehrung der Handlungstendenz ist insofern rechtlich gefordert.

I. Weigerungsrecht des Arztes

Fraglich erscheint jedoch, ob und inwieweit ein Arzt diesem – inneren Konflikt – zwischen auf Tod des Kindes gerichteten Abbruchshandeln und bei Überleben des Kindes sich anschließender prinzipiellen Behandlungspflicht durch die Weigerung der Vornahme von oder der Mitwirkung an Abtreibungen bei bestehender oder zu vermutender extrauteriner Lebensfähigkeit ausweichen kann. Auch wenn die Frau, sofern die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB gegeben sind, die Berechtigung zum Schwangerschaftsabbruch hat, führt dieser Umstand jedoch prinzipiell nicht zu einer Verpflichtung des einzelnen Arztes zur Durchführung des Abbruchs oder seiner Mitwirkung daran.¹¹³⁵ Auch § 24 b SGB V gibt der Schwangeren als Kassenpatientin nur einen Anspruch auf Kostenerstattung, nicht aber auf die Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs durch einen bestimmten Arzt oder ein bestimmtes Krankenhaus. Vielmehr steht jedem Arzt, aber auch dem Krankenhausträger¹¹³⁶ sowie dem Hilfspersonal das Recht zu, die Teilnahme an Schwangerschaftsabbrüchen zu verweigern.¹¹³⁷ Das wird durch § 12 Abs. 1 SchKG klargestellt.¹¹³⁸ Dieses dort normierte Weigerungsrecht kann dabei formlos und jederzeit ausgeübt, generell, für bestimmte Fallkonstellationen oder auch nur bezogen auf einen Einzelfall erklärt werden.

Erfasst wird von § 12 Abs. 1 SchKG jedoch nicht die medizinisch erforderliche Nachbehandlung und Nachversorgung einer Frau nach einem Abbruch.¹¹³⁹

1134. Vgl. dazu schon die Ausführung in dieser Arbeit unter § 4.A „Die Ausgangslage: Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburt nach erlaubter Abtreibung“. Dazu auch *Merkel*, Frühethanasie, Seite 238

1135. Vgl. dazu auch NK – *Merkel*, § 218 a RN 164; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 84; *Sax*, JZ 1977, Seite 326 (336); ähnlich auch *Grupp*, NJW 1977, Seite 329 (333)

1136. Strittig für Krankenhäuser mit öffentlich-rechtlichem Träger; vgl. dazu nur LK – *Kröger*, § 218 a RN 81 mit FN 74, 75 m.w.N.

1137. Vgl. dazu *OLG Zweibrücken*, MedR 2000, Seite 540 (540); LK – *Kröger*, § 218 a RN 80 f.; *Maier*, NJW 1974, Seite 1404 (1406 ff.); MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 97; NK – *Merkel*, § 218 a RN 164; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 84; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 49

1138. § 12 Abs. 1 SchKG besagt strafrechtlich nichts Neues. Niemand ist gezwungen, einen ihm zur Verfügung stehenden Rechtfertigungsgrund in Anspruch zu nehmen. Er kann es aber. Vgl. dazu nur *Harrer*, DRiZ 1990, Seite 137 (138)

1139. Vgl. LK – *Kröger*, § 218 a RN 80; NK – *Merkel*, § 218 a RN 164; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 86; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 49. Ob das Weigerungsrecht des Arztes auch nicht auf Untersuchungen anwendbar ist, durch die erst geklärt werden soll, ob eine Lebens- oder schwere Gesundheitsgefahr droht, ist umstritten: dagegen *Harrer*, DRiZ 1990, Seite 137 (140); *Laufs / Uhlenbrück – Uhlenbrück*, § 143 RN 44; LK – *Kröger*, § 218 a RN 80; dafür *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1511)

1. Umfang und Grenzen des Weigerungsrechts

Ob dieses grundsätzlich bestehende Recht des Arztes tatsächlich dazu geeignet ist, für den einzelnen Mediziner das Entstehen eines derartigen, durch die plötzliche, jedoch rechtlich geforderte Umkehrung der Handlungstendenz entstehenden, Konflikts zu vermeiden, hängt insofern entscheidend vom Umfang des Weigerungsrechts ab. Dieses erfährt insoweit durch § 12 Abs. 2 SchKG für die Fälle eine Einschränkung, dass die Mitwirkung des Arztes „notwendig ist, um von der Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden“.¹¹⁴⁰ Auch wenn das Merkmal der „schweren Gesundheitsschädigung“ zunächst äußerlich dem der „schwerwiegenden Beeinträchtigung des (...) Gesundheitszustandes“ in § 218 a Abs. 2 StGB ähnelt, ist es nach allgemeiner Meinung wesentlich enger.¹¹⁴¹ Im Gegensatz zur medizinisch-sozialen Indikation muss hier, schon dem Wortlaut nach, eine bleibende Gesundheitsverletzung, eben eine Gesundheitsbeschädigung, drohen. Die Gefahrfeststellung erfolgt dabei ohne die Berücksichtigung der gegenwärtigen oder zukünftigen Lebensumstände oder psychischer Befindlichkeiten. Insofern findet die Einschränkung des § 12 Abs. 2 SchKG nur für die Fälle der strengen medizinischen Indikation Anwendung, wenn von der Schwangeren eine akute Leibesgefahr abzuwenden ist.¹¹⁴² § 12 Abs. 2 SchKG setzt demnach eine besondere Dringlichkeit und Qualität der Gesundheitsgefahr voraus.¹¹⁴³ Darüber hinaus muss das Tätigwerden des konkreten Arztes auch „notwendig“ und die Gefahr „nicht anders abwendbar“ sein.¹¹⁴⁴ Folglich darf außer dem sich weigernden Arzt kein anderer zur Vornahme des Eingriffs bereiter und fähiger Arzt noch rechtzeitig erreichbar sein.¹¹⁴⁵

2. Folgerungen für embryopathisch motivierte Spätabtreibungen

Die den Konflikt bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes auslösenden embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüche beruhen in der Mehrzahl der Fälle auf drohenden Gefahren für den – im Rahmen des § 12 Abs. 2 SchKG grundsätzlich¹¹⁴⁶ irrelevanten – seelischen Gesundheitszustand, die in der Regel auch erst bei Berücksichtigung der – zukünftigen – Lebensverhältnisse der Schwangeren prognostiziert werden können.¹¹⁴⁷ In diesen Konstellationen ist die Gefahr zwar in der Schwangerschaft bereits angelegt, jedoch besteht aufgrund der fehlenden Gegenwärtigkeit gerade keine akute Gefahrenlage.¹¹⁴⁸ Eine Art zwangsrechtliche Pflicht für Ärzte, an embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen mitzuwirken, gibt es demzufolge nicht.

1140. § 12 Abs. 2 SchKG

1141. Beispielhaft Laufs / Uhlenbruck – Uhlenbruck, § 143 RN 44; LK – Kröger, § 218 a RN 78; Maier, NJW 1974, Seite 1404 (1405 mit FN 3); MüKo – StGB – Gropp, § 218 a RN 101 mit FN 161; NK – Merkel, § 218 a RN 165; Sch / Sch – Eser, § 218 a RN 84; SK – Rudolphi, § 218 a RN 51

1142. Hofstätter, Seite 339; Laufs / Uhlenbruck – Uhlenbruck, § 143 RN 44; LK – Kröger, § 218 a RN 78; NK – Merkel, § 218 a RN 165; so wohl auch MüKo – StGB – Gropp, § 218 a RN 101 mit FN 161; SK – Rudolphi, § 218 a RN 51

1143. Dazu auch Laufs / Uhlenbruck – Uhlenbruck, § 143 RN 44

1144. Vgl. § 12 Abs. 2 SchKG

1145. So auch SK – Rudolphi, § 218 a RN 51; T / F – Fischer, § 218 a RN 11

1146. Anders wohl insbesondere bei Lebensgefahren, wobei auch dort die Frage ist, inwiefern der konkrete Arzt unmittelbar und sofort einen Abbruch vornehmen müsste.

1147. Vgl. NK – Merkel, § 218 a RN 165

1148 Dazu auch Hofstätter, Seite 339; NK – Merkel, § 218 a RN 165

Jeder Arzt kann sich in diesen Fällen auf sein Weigerungsrecht berufen.¹¹⁴⁹ Die Weigerung muss dabei nicht auf Gewissensgründen beruhen, sondern gilt unabhängig von Motiv¹¹⁵⁰ und Begründung, die im Übrigen ganz entfallen kann.¹¹⁵¹

3. Verpflichtungen des Arztes bei Eingreifen des § 12 Abs. 2 SchKG

Aber auch soweit § 12 Abs. 2 SchKG eingreift, begründet die Bestimmung keine unmittelbaren strafrechtlichen Rechte oder Pflichten, insbesondere auch keine, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen, sondern umgrenzt nur den Rahmen, in dem strafrechtliche Rechte und Pflichten bestehen können. Es gelten insofern die allgemeinen rechtlichen Verpflichtungen zur Hilfe. Ausschlaggebend dafür, ob der Mediziner den Eingriff vornehmen muss, ist folglich § 323 c StGB sowie das Bestehen von Garantenpflichten des konkreten Arztes. Garantenpflichtig sind dabei üblicherweise bereits behandelnde sowie im Notfalldienst tätige Ärzte. Liegt ein Ausschluss gem. § 12 Abs. 2 SchKG vor und weigert sich der Mediziner trotzdem oder bleibt untätig, so macht er sich je nach Art der Gefährdung oder Verletzung nach § 323 c StGB bzw. bei bestehenden Garantenpflichten nach §§ 211 ff., 13 StGB oder §§ 223 ff., 13 StGB, gegebenenfalls auch nur wegen Versuchs, strafbar.¹¹⁵²

4. Bedeutung der Weigerungsklausel außerhalb des Strafrechts

Die Weigerungsklausel erlangt darüber hinaus und insbesondere ihre Bedeutung im Zivil- und Arbeitsrecht. Zivilrechtlich stellt sie zum einen klar, dass es im Allgemeinen keinen einklagbaren Anspruch auf Vornahme des Eingriffs gibt.¹¹⁵³ Zum anderen folgt daraus, dass dem Arzt aus der Weigerung der Mitwirkung am Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich keine negativen Konsequenzen entstehen dürfen.¹¹⁵⁴ Das Direktionsrecht des Arbeitgebers im bereits bestehenden Arbeitsverhältnis wird durch § 12 SchKG begrenzt.¹¹⁵⁵ Auch wenn sich ein in abhängiger Stellung beschäftigter Arzt generell weigert, nicht medizinisch indizierte Schwangerschaftsabbrüche im engen Sinne durchzuführen, dürfen sich für ihn daraus regelmäßig keine beruflichen Nachteile ergeben.¹¹⁵⁶ Eine unter Berufung auf § 12 SchKG begründete Arbeitsverweigerung stellt

1149. Dass er insofern trotzdem und gerade einem massiven Druck hilfesuchender Schwangerer ausgesetzt sein dürfte, sollte allerdings nicht vergessen werden. Vgl. dazu nur *Hofstätter*, Seite 338; *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1515)

1150. Auch Personen, die nicht generell den Schwangerschaftsabbruch ablehnen, können beispielsweise ihre Mitwirkung an einer Spätabtreibung verweigern, weil: bereits ein Spätstadium der Schwangerschaft erreicht ist; der Fetus bereits schmerzempfindlich ist; mit einem bereits extrauterin lebensfähigen Kind zu rechnen ist; zur Vermeidung der sich daraus ergebenden Konfliktsituation (der Tötungsauftrag der Mutter schlägt in eine Lebenserhaltungspflicht des Arztes um) nur ein Fetozid in Betracht kommt; die diagnostizierte voraussichtliche Behinderung nicht schwer genug erscheint, um den SSA zu rechtfertigen, oder die Frage der intra- oder extrauterinen Therapierbarkeit der Behinderung nicht geklärt ist. Vgl. dazu mit weiteren Beispielen *DGGG*, Stellungnahme, 2006, Seite 2 f.

1151. Vgl. dazu nur *Harrer*, DRiZ 1990, Seite 137 (138); *Laufs / Uhlenbrück – Uhlenbrück*, § 143 RN 45; LK – *Kröger*, § 218 a RN 81; NK – *Merkel*, § 218 a RN 167; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 84; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 50

1152. Vgl. dazu nur *Harrer*, DRiZ 1990, Seite 137 (138); *Maier*, NJW 1974, Seite 1404 (1405); LK – *Kröger*, § 218 a RN 78; NK – *Merkel*, § 218 a RN 166

1153. Vgl. dazu nur *Grupp*, NJW 1977, Seite 329 (333); LK – *Kröger*, § 218 a RN 77; ähnlich auch *Harrer*, DRiZ 1990, Seite 137 (139)

1154. Dazu nur LK – *Kröger*, § 218 a RN 80; NK – *Merkel*, § 218 a RN 166; so auch *BVerfGE* 88, Seite 203 (294)

1155. Vgl. dazu *Mayer-Maly*, JZ 1992, Seite 528 (528)

1156. *BVerfGE* 88, Seite 203 (294); LK – *Kröger*, § 218 a RN 80; NK – *Merkel*, § 218 a RN 166

grundsätzlich keine Vertragsverletzung dar, die zu einer Abmahnung oder einer verhaltensbedingten Kündigung führen kann. Nur im Ausnahmefall, wenn der Arbeitgeber keine andere Möglichkeit hat, den Arzt zu beschäftigen, kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht.¹¹⁵⁷ Ob der Arzt in früheren Fällen bereit war, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, hat prinzipiell auch keinen Einfluss auf die Ausübung des Weigerungsrechtes durch den Mediziner.¹¹⁵⁸

Ob sich der Mediziner dann, wenn er sich im Anstellungsvertrag auch zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen verpflichtet hat, trotzdem später ohne Konsequenzen fürchten zu müssen, auf sein Weigerungsrecht berufen kann, wird unterschiedlich beurteilt: Zum Teil wird davon ausgegangen, dass sich auch in dieser Konstellation keine Änderungen ergeben. Die Mitwirkungsverweigerung soll auch insofern keine Vertragsverletzung darstellen, die zu einer Abmahnung oder einer verhaltensbedingten Kündigung führen könne, da § 12 SchKG als zwingende gesetzliche Regelung nicht abdingbar sei.¹¹⁵⁹ Dem entgegengesetzt wird vereinzelt vertreten, dass derjenige, der freiwillig die Mitwirkung an Schwangerschaftsabbrüchen zusagt, diese dann später aber verweigert, in jedem Fall eine Arbeitsvertragsverletzung begehe, die zumindest eine ordentliche Kündigung rechtfertige.¹¹⁶⁰ § 12 SchKG müsse schon angesichts der vom Gesetzgeber festgeschriebenen notwendigen Beteiligung von Ärzten am Schwangerschaftsabbruch disponibel sein.¹¹⁶¹ Vermittelnd wird von einer dritten Auffassung ein Abrücken von der arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Mitwirkung an Schwangerschaftsabbrüchen, soweit es auf Gewissengründen beruht, für möglich gehalten, da insofern schon keine Bindung begründet werden könne.¹¹⁶² Insoweit habe die Verpflichtungserklärung nur den Inhalt, dass der Betroffene im Augenblick der Begründung des Rechtsverhältnisses keine Gewissensbedenken hat. Für die Zukunft könne er sich seiner Gewissensfreiheit dagegen nicht begeben.¹¹⁶³

Sicherlich lässt die vom Gesetzgeber vorgesehene notwendige Beteiligung der Ärzte eine gewisse vertragliche Absicherung der Bereitschaft zum Schwangerschaftsabbruch für den Krankenhausträger, der Schwangerschaftsabbrüche an seinem Hause zulassen will, nachvollziehbar erscheinen.¹¹⁶⁴ Zwar hält auch das Bundesverfassungsgericht die Mitwirkung der Ärzte für erforderlich,¹¹⁶⁵ jedoch und nichtsdestotrotz stellt das oberste Gericht, wohl auch mit Blick auf den dargestellten Streit, ausdrücklich fest, dass das in § 12 Abs. 1 SchKG normierte Weigerungsrecht

1157. Vgl. dazu nur *BVerfGE* 88, Seite 203 (294); *Maier*, NJW 1974, Seite 1404 (1410); *Stoffels*, DB 1993, Seite 1718 (1722)

1158. LK – *Kröger*, § 218 a RN 80; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 85

1159. So LK – *Kröger*, § 218 a RN 80; NK – *Merkel*, § 218 a RN 166; *Sax*, JZ 1977, Seite 326 (336); *Stürner*, FamRZ 1985, Seite 753 (754)

1160. *Schneider*, DB 1702 (1703)

1161. *Schneider*, DB 1702 (1702)

1162. *Maier*, NJW 1974, Seite 1404 (1410); MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 100; T / F – *Tröndle* (49. Aufl.), § 218 a RN 6; ähnlich auch *Engelhardt*, VersR 1988, Seite 540 (541 mit Fn. 10)

1163. *Harrer*, DRiZ 1990, Seite 137 (140); *Maier*, NJW 1974, Seite 1404 (1410); ähnlich auch *BVerwGE* 89, Seite 260 (263)

1164. Vgl. dazu nur *Harrer*, DRiZ 1990, Seite 137 (139); *Maier*, NJW 1974, Seite 1404 (1409)

1165. *BVerfGE* 88, Seite 203 (289 ff.)

des Arztes nicht vertraglich abdingbar ist.¹¹⁶⁶ Insofern räumt es dem durch das ärztliche Berufsbild geprägten Persönlichkeitsrecht des einzelnen Mediziners Vorrang vor den Interessen des Staates und des Krankenhausträgers ein und stellt zudem nicht direkt auf das Vorliegen einer Gewissenentscheidung ab.¹¹⁶⁷ Folglich wirkt das Mitwirkungsverweigerungsrecht auch nach und trotz freiwilliger Übernahme einer vertraglichen Verpflichtung uneingeschränkt fort. Eine solche „Verpflichtung“ entspricht insoweit eher einer Absichtserklärung, von der aber, wie § 12 Abs.1 SchKG klarstellt, ohne Begründung vom Arzt einseitig abgewichen werden kann. Die bei Anstellung in einer Frauenklinik oder einem Krankenhaus mit gynäkologischer Abteilung für den Mediziner üblicherweise gegebene Vorhersehbarkeit der Zuweisung eines Schwangerschaftsabbruchs und des damit für ihn – möglicherweise – verbundenen Konflikts kann angesichts der ausdrücklichen und klaren Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hier keine Rolle spielen¹¹⁶⁸ und demgemäß auch nicht zu einer Art Verwirkung des Weigerungsrechts führen,¹¹⁶⁹ wie es zum Teil, zumindest bei einer nicht auf einer Gewissenentscheidung beruhenden Verweigerung der Mitwirkung, in dieser Konstellation angenommen wird.¹¹⁷⁰

Aus all dem ergibt sich folglich der zwingende Charakter des § 12 SchKG.¹¹⁷¹ Daher darf gegenüber dem Arzt, der sich im Anstellungsvertrag auch zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen „verpflichtet“ hat, aufgrund der Ausübung seines Weigerungsrechts keine Abmahnung oder verhaltensbedingte Kündigung erfolgen. Nur ausnahmsweise, wenn der Arbeitgeber keine andere Möglichkeit hat, den Arzt zu beschäftigen, kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht.¹¹⁷²

5. Fazit

Der einzelne Arzt kann folglich diesem – inneren – Konflikt zwischen auf Tod des Kindes gerichteten Abbruchshandeln und bei Überleben des Kindes sich anschließender prinzipieller Behandlungspflicht durch die Weigerung der Vornahme von oder der Mitwirkung an Abtreibungen bei bestehender oder zu vermutender extrauteriner Lebensfähigkeit ausweichen. Embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche, bei denen die Gesundheitsgefahr in der Regel eine seelische ist und erst unter Berücksichtigung der Lebensumstände prognostiziert werden kann, fallen nicht unter die Begrenzung des Weigerungsrechts aus § 12 Abs. 2 SchKG. Auch arbeitsrechtliche Konsequenzen hat der Arzt, der sich weigert, Spätabtreibungen in diesen Konstellationen vorzunehmen, unabhängig davon, ob er sich im Anstellungsvertrag zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen verpflichtet hat, nicht zu fürchten. Nur im Ausnahmefall, wenn dem

1166. *BVerfGE* 88, Seite 203 (294); darauf weist auch ausdrücklich *Stoffels*, DB 1993, Seite 1718 (1722) hin.

1167. Dazu auch *Stoffels*, DB 1993, Seite 1718 (1722)

1168. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in der insofern bei Beurteilung der Zulässigkeit der aufgrund Gewissenkonflikts vorgenommenen Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers auch auf die Vorhersehbarkeit der Zuweisung der Tätigkeit, die den Konflikt auslöst, abgestellt wird (vgl. dazu nur *BAG*, JZ 1990, Seite 139 (139 ff); *BAG*, SAE 2004, Seite 46 (46 ff.)), spielt hier demgemäß keine Rolle.

1169. Anders noch *Harrer*, DRiZ 1990, Seite 137 (139), allerdings vor der 1993 ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

1170. So *Harrer*, DRiZ 1990, Seite 137 (139); MüKo – StGB – *Gropp*, § 218 a RN 100

1171. So auch *BVerfGE* 88, Seite 203 (294); *LK – Kröger*, § 218 a RN 80; *NK – Merkel*, § 218 a RN 166; *Sax*, JZ 1977, Seite 326 (336); *Stoffels*, DB 1993, Seite 1718 (1722); *Stürner*, FamRZ 1985, Seite 753 (754)

1172. Vgl. dazu nur *BVerfGE* 88, Seite 203 (294); *Stoffels*, DB 1993, Seite 1718 (1722). In einer kleinen Spezialklinik können die Voraussetzungen dafür u.U. gegeben sein, während in einer größeren gynäkologischen Einheit der betreffende Arzt sicherlich auch anderweitig beschäftigt werden kann.

Krankenhausträger eine andere Beschäftigung des Arztes nicht möglich ist, kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht.

Das Weigerungsrecht des § 12 SchKG stellt insofern ein adäquates Mittel dar, um dem einzelnen Arzt die Vermeidung der Entstehung eines derartigen Konflikts gegen seinen Willen zu ermöglichen. Es ist insofern jedoch nur dazu geeignet, die Widersprüchlichkeiten, in die der einzelne Arzt gerät, zu lösen. Die grundsätzliche Problematik der aktiven, intrauterinen Tötung eines bereits außerhalb des Mutterleibes lebensfähigen Kindes wird dadurch nicht allgemein beseitigt.

II. Fetozid?

Der als „Ausweg“ aus diesem Dilemma und zur Vermeidung vermeintlicher Schadenersatzforderungen wegen Überlebens des Kindes zum Teil praktizierte Fetozid, die gezielte unmittelbare intrauterine Abtötung des bereits außerhalb des Mutterleibes lebensfähigen Kindes, erscheint nicht nur ethisch, sondern auch rechtlich höchst problematisch.¹¹⁷³

1. Das medizin-ethische Dilemma

Beim Fetozid wird noch vor Einleitung der Geburt der Tod des bereits extrauterin lebensfähigen Kindes herbeigeführt. Hauptsächlich wurde dazu bis vor kurzem eine tödliche Kalium-Chlorid-Spritze von außen – ultraschallunterstützt – durch den Mutterleib direkt ins Herz des bereits lebensfähigen Kindes gesetzt. Heute wird wohl mehr und mehr die tödliche Substanz über die Nabelschnur dem Kind injiziert.¹¹⁷⁴ In beiden Varianten muss der handelnde Arzt jedoch das ungeborene Kind aktiv und unmittelbar töten. Der Wertungswiderspruch ist evident: Während die aktive, embryopathisch motivierte (!) Tötung eines ungeborenen extrauterin lebensfähigen Kindes zulässig, ja gerechtfertigt sein soll, stellt dieselbe Tötungshandlung nach dem Überleben der Abtreibung ein Tötungsdelikt dar. Das erste nennt man nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch, das zweite Totschlag. Die Strafbarkeit wegen aktiver Tötung trotz oder genau genommen gerade wegen potentieller Lebensfähigkeit des Kindes hängt allein davon ab, ob sich das Kind zufällig schon außerhalb des Mutterleibes befindet oder nicht und ob bereits die Eröffnungswehen eingesetzt haben.¹¹⁷⁵ Insbesondere erscheint eine unterschiedliche Bewertung des Fetozids am extrauterin lebensfähigen Kind im Mutterleib allein abhängig davon, ob bereits die Eröffnungswehen begonnen haben, ethisch-moralisch völlig unverständlich. Der Unterschied – der Schutzfähigkeit – der geschützten Rechtsgüter ist nur noch marginal.

1173. Auf den Fetozid bei Mehrlingsgravidität wird im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen. Insofern sind auch die im Weiteren getroffenen Aussagen und Feststellungen auf den Fetozid bei einer Mehrlingsschwangerschaft nur bedingt übertragbar, dies jedenfalls dann, wenn eine unselektive Tötung eines oder mehrerer Feten bei einer höhergradigen Mehrlingsschwangerschaft vorgenommen wird. Grund für den Eingriff ist dabei in der Regel das Ziel, die bei höhergradigen Mehrlingsschwangerschaften drohenden Schwangerschaftskomplikationen zu reduzieren. In diesen Fällen erfolgt der im Übrigen auch nur nach § 218 a Abs. 2 StGB zulässige Fetozid in der Regel zu einem Zeitpunkt, an dem die extrauterine Lebensfähigkeit des Fötus noch nicht gegeben ist. Weiterführend zu diesem Thema *Bollmann / Jahnke*, Gynäkologe 1998, Seite 254 (254 ff.).

1174. Vgl. Nomos – *Merkel*, § 218 a RN 111 m.w.N.; zur medizinischen Ausführung des Fetozids siehe bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.A.VI „Exkurs: Wie erfolgt die Spätabtreibung medizinisch“

1175. Vgl. dazu *Otto*, ZfL 1999, Seite 55 (59); *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (502)

Auch wenn dieses ethische Dilemma von den Ärzten gesehen wird,¹¹⁷⁶ befürworten dessen ungeachtet einzelne Mediziner den Fetozid bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes und führen diesen durch, um ein Überleben des Kindes, das eigentlich nicht mehr leben sollte, zu verhindern.¹¹⁷⁷ Den Eingriff erwägen sie dann und nehmen ihn im Einzelfall auch vor, wenn eine Erkrankung des Kindes festgestellt wird, die mit dem späteren Leben nicht zu vereinbaren sei.¹¹⁷⁸ Welche Erkrankungen des Kindes dabei von diesem Begriff erfasst werden sollen bzw. schon erfasst wurden, wird jedoch nicht klargestellt. Jedenfalls können damit angesichts der Zielsetzung des Fetozids nicht nur Erkrankungen gemeint sein, die ohnehin im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Geburt des Kindes zu seinem Tod führen und eine Überlebenschance des Kindes ohnehin ausschließen würden.

Von weiten Teilen der Ärzteschaft wird die Durchführung des Fetozids bei einem extrauterin lebensfähigen Kind als völlig unzumutbar empfunden und abgelehnt:

So hat die *Bundesärztekammer* bereits 1998 in einer Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik festgestellt: „Ein Fetozid, bei dem die beschriebene Methode nur gewählt wird, um den „Erfolg“¹¹⁷⁹ eines späten Abbruchs bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Ungeborenen zu ermöglichen, wird als nicht akzeptabel angesehen.“¹¹⁸⁰ Da sich zumindest in den Fällen gegebener extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes der Schutzanspruch des ungeborenen Kindes aus ärztlicher Sicht nicht von dem des geborenen unterscheide, solle der Zeitpunkt, zu dem die extrauterine Lebensfähigkeit des Ungeborenen gegeben sei, in der Regel als zeitliche Begrenzung für den (embryopathisch motivierten) Schwangerschaftsabbruch angesehen werden.¹¹⁸¹

Anschließend an die Stellungnahme der Bundesärztekammer wird auch von *Prof. Dr. med. Franz Kainer* betont, dass „ein Fetozid bei lebensfähigen Missbildungen (des Kindes) (...) als nicht akzeptabel“ anzusehen sei.¹¹⁸²

Ebenso hat die *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe e.V.* „zunehmende Forderung nach einem Fetocid, wenn (und weil) die Gefahr besteht, dass das „nicht zum Leben

1176. Beispielhaft *Wernstedt etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2005, Seite 761 (762)

1177. *Fahr / Link / Schild*, in: Spätabbruch, Seite 185 (187); *Kaisenberg etc.*, DÄBl 2005, Seite A - 133 (A - 133); *Wernstedt etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2005, Seite 761(762)

1178. So jedenfalls *Kaisenberg etc.*, DÄBl 2005, Seite A - 133 (A - 133)

1179. Gemeint ist hier der Tod des Kindes.

1180. *BÄK*, Erklärung, DÄBl 1998, Seite A - 3013 (A – 3013)

1181. (Nur) in besonderen Ausnahmefällen schwerster unbehandelbarer Krankheiten oder Entwicklungsstörungen des Ungeborenen, bei denen postnatal in der Regel keine lebenserhaltenden Maßnahmen ergriffen würden, könne nach Diagnosesicherung und interdisziplinärer Konsensfindung von dieser zeitlichen Begrenzung abgewichen werden, so die Bundesärztekammer. Sollte ausnahmsweise die Indikation für so einen späten Schwangerschaftsabbruch gestellt werden, könne gemeinsam mit der Schwangeren bzw. den Eltern des Kindes erwogen werden, ob ein Fetozid vor Einleitung der Schwangerschaft vorgenommen werde. Der Fetozid erfolge dann nur, um dem Kind das Leiden, das durch den Schwangerschaftsabbruch verursacht werden könnte (ab etwa der 22. SSW wird von einer erhöhten Schmerzempfindlichkeit des Ungeborenen ausgegangen, vgl. dazu nur *BÄK*, Schmerzempfindung, DÄBl. 1991, Seite B – 2714 (2718) sowie NK – *Merkel*, § 218 a RN 14 m.w.N.) - nicht etwa das krankheits- oder behinderungsbedingte Leiden-, zu ersparen. - *BÄK*, DÄBl 1998, Seite A - 3013 (A – 3015)

1182. *Kainer*, DÄBl 2002, Seite A – 2545 (A – 2552)

bestimmte“ Kind (Tenor des Bundesinnenministeriums) den Schwangerschaftsabbruch als „Komplikation“ überlebt“ zurückgewiesen und als „Früheuthanasie“ bezeichnet.¹¹⁸³ Bereits in einem Diskussionsentwurf vom 19.01.1998 hat die Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe zusammen mit der Deutschen Gesellschaft für Humangenetik, der Deutschen Gesellschaft für perinatale Medizin sowie der Gesellschaft für Neonatologie und pädiatrische Intensivmedizin, in Zusammenarbeit mit Mitgliedern des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer gefordert, den Zeitpunkt, zu dem die extrauterine Lebensfähigkeit des Ungeborenen gegeben ist, als zeitliche Begrenzung für einen (embryopathisch motivierten) Schwangerschaftsabbruch anzusehen. Die Durchführung des Fetozyds, um die Geburt eines lebensfähigen Kindes als Folge eines Schwangerschaftsabbruchs zu verhindern, halte die Ärzteschaft für unzumutbar und sei mit dem ärztlichen Ethos nicht vereinbar.¹¹⁸⁴

Im Zusammenhang mit der Diskussion um den Fetozyd weist Prof. Dr. med. Klaus Friese darauf hin, dass es seit Hippokrates zur Pflicht und zum Selbstverständnis medizinischen Handelns gehöre, menschliches Leben zu schützen und zu bewahren. Diese Verpflichtung bestehe bis heute für Ärztinnen und Ärzte uneingeschränkt.¹¹⁸⁵ Ähnlich argumentiert auch Prof. Dr. med. Fenner, der betont, dass für den Umgang des Arztes mit dem Tod, in dem die Problemstellungen oft sehr diffizil seien, der Eid des Hippokrates bereits vor ca. 2 Jahrtausenden klare Richtlinien gegeben habe, die das ungeborene Leben einschlössen: „...ich werde niemandem, nicht einmal auf ausdrückliches Verlangen, ein tödliches Medikament geben...; ebenso wenig werde ich keiner Frau ein Abtreibungsmittel aushändigen.“¹¹⁸⁶

Um das Ausmaß der Unzumutbarkeit dieser Art von Eingriff deutlich zu machen, zeigt Prof. Dr. med. Weise recht drastische und erschreckende Analogien auf: „Der nach der Neufassung des § 218 a in der Bundesrepublik Deutschland notwendig erscheinende „Fetozyd“, um den Zielauftrag des Schwangerschaftsabbruches eines defekten, aber lebensfähigen Kindes im letzten Trimenon erfüllen zu können, unterscheidet sich hiervon (der Eimergeburt in der DDR) nur durch seine höhere Effizienz und Modernität und vielleicht auch Schmerzlosigkeit. Bei genauem Hinschauen auf diese Merkmale des Tötens wird die Nähe zu Buchenwald und den Naziverbrechen erschreckend spürbar“.¹¹⁸⁷

Dr. med. habil. Pelz ist der Ansicht, dass nach extrauteriner Lebensfähigkeit ein lebensbejahender Pro-Vita-Ethos zu praktizieren sei, damit das „Heilen-durch-Töten“ aus der ärztlichen Handlungsoption ausgeschlossen bleibe. Spätabtreibungen seien unärztlich. Bei der Mehrzahl der „Spätabtreibungen“ nach Pränataldiagnostik handele es sich de facto um embryopathische Indikationen an extrauterin lebensfähigen Ungeborenen und damit mehrheitlich um eine angenommene Unzumutbarkeit eines möglicherweise späterhin behinderten Kindes in der Lebensperspektive der (werdenden) Familie.¹¹⁸⁸ Daher fragt er: „Wer wagt sich eine so exakte Prognose im Hinblick auf den potentiellen seelischen Gesundheitszustand einer Schwangeren, dass

1183. DGGG, Gemeinsame Stellungnahme, 2006, Seite 2

1184. Fachgesellschaften, „Schwarzenfelder Manifest“, Frauenarzt 1998, Seite 321 (322)

1185. Friese, DÄBI 2005, Seite A – 132 (A - 132)

1186. Fenner, Dtsch Med Wochenschr 2003, Seite 1788 (1788)

1187. Weise, Frauenarzt 1997, Seite 1218 (1219)

1188. Pelz, DÄBI 2005, Seite A – 1576 (A – 1576)

der Tod des einmal (in der überwiegenden Mehrzahl doch wohl) in Liebe gezeugten Kindes noch zum Zeitpunkt seiner extrauterinen Lebensfähigkeit eingefordert werden darf?“¹¹⁸⁹ Er verlangt, dem embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbruch bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Ungeborenen Einhalt zu gebieten. Wenn pränatale Diagnostik genetischer oder angeboren erworbener Fehlentwicklungen erst so spät klinische Konsequenzen ermögliche, dass bereits eine extrauterine Lebensfähigkeit des Ungeborenen bestehe, dann, so schlägt er überspitzt vor, könne man auch gleich die Geburt abwarten und das Neugeborene anschließend tot schlagen. Natürlich seien wir erschüttert über diese Vorstellung und würden solche Handlungsweise weit von uns weisen. Dies müsse dann aber auch für embryopathisch motivierte Spätabtreibungen mittels Fetozid gelten, so *Prof. Pelz*.¹¹⁹⁰

Ähnlich empfindet auch Dr. med. Christiane Woopen. Sie weist darauf hin, dass ein Fetozid ab extrauteriner Lebensfähigkeit nicht mehr zulässig sein könne. Ansonsten müssten wir auch die postnatale Tötung des Kindes bis zu einem definierten Zeitpunkt, z.B. dem errechneten Entbindungstermin, als nicht rechtswidrig ansehen, meint sie.¹¹⁹¹

Frau Dr. med. Eva Rezbach bezeichnet den Fetozid als Tötung des ungeborenen Kindes.¹¹⁹² Beim Fetozid stellten sich den Medizinern bohrende Fragen:

- „ob es sein kann, dass wir ein Wesen zu töten bereit sind, das wir wenige Stunden später – jetzt geboren – als Patienten behandeln;
- inwieweit dieses Handeln unserem Berufsethos entsprechen kann;
- wie wir in Anbetracht der Entwicklung der Pränatalmedizin (zum Beispiel Bluttransfusion im Mutterleib) noch guten Gewissens vertreten wollen, der Fetus sei nicht unser Patient, kein Mensch oder keine eigene Person;
- ob der Mensch-/Personenbegriff im Rahmen der fortschreitenden Möglichkeit der Wahrnehmung vorgeburtlichen Lebens (einschließlich Gefühlsleben des Fötus) nicht angepasst werden muss.“¹¹⁹³

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein Fetozid bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes von dem weit überwiegenden Teil der Ärzteschaft – und das sind die unmittelbar mit diesem Eingriff konfrontierten – abgelehnt wird. Es wäre sicherlich unangebracht, solche Stellungnahmen durch die ethisch-moralischen Ansichten und Bewertungen von „Unbeteiligten“ anzureichern.

Als Fazit bleibt: Der Fetozid bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Ungeborenen ist grundsätzlich allen Beteiligten unzumutbar.

2. Rechtliche Zulässigkeit

Der Fetozid ist ab der 22. Schwangerschaftswoche p.m. nur deshalb Mittel der Wahl, weil das ungeborene Leben nicht mehr untrennbar mit dem mütterlichen Organismus verbunden ist und das aufgrund einer Schädigung unerwünschte Kind bei einem Abbruch der Schwangerschaft durch

1189. *Pelz*, DÄBl 2005, Seite A – 1576 (A – 1576)

1190. *Pelz*, DÄBl 2005, Seite A – 1576 (A – 1576)

1191. *Woopen*, Gynäkologe 1999, Seite 974 (977)

1192. *Rezbach*, DÄBl 2005, Seite A – 1576 (A – 1576)

1193. *Rezbach*, DÄBl 2005, Seite A – 1576 (A – 1576)

Einleitung der Geburt überleben könnte. Dabei steigen die Überlebenschancen ab der 25. Schwangerschaftswoche beträchtlich.¹¹⁹⁴

Problematisch erscheint die rechtliche Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens. Zwar lässt sich der Fetozid auf der Tatbestandsseite unter Berücksichtigung des Verhältnisses von § 217 Abs. 1 StGB a.F. zu § 218 Abs. 1 StGB unter den Begriff des Schwangerschaftsabbruchs subsumieren, so dass bei Vornahme eines Fetozids vor Beginn der Eröffnungswehen kein Tötungsdelikt, sondern ein Abbruch der Schwangerschaft vorliegt.¹¹⁹⁵ Jedoch ist zu überprüfen, ob der Fetozid vom Rechtfertigungsgrund des § 218 a Abs. 2 StGB umfasst wird oder vielmehr eine enge Auslegung der medizinisch-sozialen Indikation unter Ausschluss dieser Methode erfolgen kann und muss.

a. Verstoß gegen elementare Gründe der Gerechtigkeit

Zum Teil¹¹⁹⁶ wird durch kritische Stimmen vertreten, Frauenärzte verstießen mit Durchführung des Fetozids in grober Weise gegen Grundgedanken der Menschlichkeit und stünden im Gegensatz zum ärztlichen Gelöbnis. Das neugefasste Recht könne zumindest in zukünftigen staatlichen Gebilden de facto als Unrecht aufgefasst werden.¹¹⁹⁷ Es liege nicht fern, in Anbetracht des Schutzgutes Leben, das den höchsten Wert der Rechtsordnung des Grundgesetzes verkörpere, die Zulässigkeit des Fetozids als Bestandteil eines Rechtfertigungsgrundes bei extrauteriner Lebensfähigkeit als einen Verstoß gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit anzusehen, zumal der gedankliche Schritt vom Fetozid zur Tötung missgebildeter, aber lebensfähiger Neugeborener nur klein sein dürfte.¹¹⁹⁸ Auch beim Fetozid nehme der Arzt den Abbruch im Bewusstsein der extrauterinen Lebensfähigkeit des Opfers vor.¹¹⁹⁹ In Anlehnung an die Situation der Grenzsoldaten in der DDR, die auch glaubten, im Rahmen des damals geltenden Rechts gerechtfertigt zu handeln, und die sich heute unter Rückgriff auf die Radbruchsche Formel vorwerfen lassen müssen, dass sie in grober Weise gegen Grundgedanken der Menschlichkeit gehandelt haben,¹²⁰⁰ sei nicht auszuschließen, dass den heute handelnden Ärzten in naher Zukunft der gleiche Vorwurf gemacht werde.¹²⁰¹

Fraglich erscheint, ob diese Argumentation greift: Ein Verstoß gegen das ärztliche Gelöbnis, auch wenn es nicht mehr ausdrücklich auf den Eid des Hippokrates verweist, ist durch die Vornahme eines Fetozids an extrauterin lebensfähigen Föten ohne weiteres denkbar. Denn im ärztlichen Gelöbnis, das der „(Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte“¹²⁰² vorangestellt

1194. Vgl. NK – *Merkel*, § 218 a RN 108; vgl. auch die Nachweise bei *Allen / Donohue / Dusman*, The Limit of Viability, New Engl. J. of Med. 329 (1993), Seite 1597 (1599); *Fachgesellschaften*, Frühgeburt, Pädiatrische Praxis 1999, Seite 223 (225); *Hüttner / Weis / Maurer etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1998, Seite 475 (477) und Seite 475 (479) mit Verweis auf weitere internationale Studien

1195. Vgl. dazu nur *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (500)

1196. So *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (503 f.); *Weise*, Frauenarzt 1997, Seite 1218 (1220)

1197. *Weise*, Frauenarzt 1997, Seite 1218 (1220)

1198. So *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (503f.); ähnlich auch *Weise*, Frauenarzt 1997, Seite 1218 (1220)

1199. *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (503)

1200. Vgl. nur *BGHSt* 39, Seite 1 (15 f.); *BGHSt* 40, Seite 241 (244); *BVerfGE* 95, Seite 96 (96)

1201. *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (503); ähnlich auch *Weise*, Frauenarzt 1997, Seite 1218 (1220)

1202. <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=1.100.1143>

ist, heißt es unter anderem: „Ich werde jedem Menschenleben von der Empfängnis an Ehrfurcht entgegenbringen und selbst unter Bedrohung meine ärztliche Kunst nicht in Widerspruch zu den Geboten der Menschlichkeit anwenden.“ Ein Verstoß gegen dieses Gelöbnis kann zwar für das ärztliche Selbstverständnis auf Dauer tief greifende Folgen nach sich ziehen, hat jedoch für sich keine rechtlichen Auswirkungen. Dem geltenden Strafrecht widersprechendes Standesrecht wäre unwirksam. Nicht das Standesrecht kann das Strafrecht eingrenzen, sondern nur das Strafrecht das Standesrecht. Insofern gilt hier der Grundsatz „Bundesrecht bricht Standesrecht“. Folglich ist ein Widerspruch zum Standesrecht und insbesondere der Berufsordnung der Ärzteschaft durch die Vornahme des Fetozids jedenfalls so lange nicht anzunehmen, wie der Fetoqid als von § 218 a Abs. 2 StGB umfasst angesehen werden muss. Und so verpflichtet § 14 der (Muster-)Berufsordnung Ärztinnen und Ärzte zwar grundsätzlich, das ungeborene Leben zu erhalten, erlaubt den Schwangerschaftsabbruch aber nach den gesetzlichen Bestimmungen.

Die Einordnung des Fetozids mittels der Radbruchschen Formel als rechtswidrig erscheint zwar auf den ersten Blick überzeugend: Wenn „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, (hat) ... das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen,“ urteilte *Radbruch* schon 1946.¹²⁰³ So hat die Rechtsprechung in besonderen Ausnahmefällen unter Rückgriff auf diesen Grundsatz zum Tatzeitpunkt bestehende Rechtfertigungstatbestände für unbeachtlich erklärt:¹²⁰⁴ „Ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund kann (...) wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grober Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck kommt.“¹²⁰⁵

Allerdings muss der Verstoß so schwer wiegen, dass er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen, Rechtsüberzeugungen verletzt.¹²⁰⁶ Bei der Beurteilung von Taten, die in staatlichem Auftrag begangen worden sind, wird von der Rechtsprechung dabei darauf abgestellt, ob der Staat die äußerste Grenze überschritten hat, die ihm nach allgemeiner Überzeugung in jedem Lande gesetzt ist.¹²⁰⁷ Das dürfte beim Fetoqid schon problematisch sein. Beim Fetoqid handelt es sich anders als bei den Verbrechen zur NS-Zeit und dem Konflikt im innerdeutschen Bereich gerade nicht um eine singuläre, allein auf Deutschland beschränkte Problematik. Im Rahmen der gesetzlich normierten Abtreibungsmöglichkeit werden nicht nur bei uns de lege lata zulässig erscheinende Tötungen im Mutterleib vorgenommen.¹²⁰⁸ Ein völkerrechtliches Tribunal, das mit der notwendigen Glaubwürdigkeit gegen deutsche Praktiken vorgehen könnte, dürfte sich daher nur schwerlich finden lassen.¹²⁰⁹ Zum anderen wurde die

1203. *Radbruch*, in: Gesamtausgabe III, Seite 83 (89); ähnlich auch *BGHSt* 39, Seite 1 (16)

1204. Vgl. dazu nur *BGHSt* 39, Seite 1 (15) (Mauerschützenfall) sowie bereits *BGHSt* 2, Seite 234 (239) (NS-Unrecht); diese Rechtsprechung wurde durch das *Bundesverfassungsgericht* gebilligt – *BVerfGE* 95, Seite 96 (96)

1205. *BGHSt* 39, Seite 1 (15); so schon *BVerfGE* 3, Seite 225 (232 f.)

1206. *BGHSt* 2, Seite 234 (239); *BGHSt* 39, Seite 1 (16); *BGHSt* 40, Seite 241 (244)

1207. Vgl. *BGHSt* 39, Seite 1 (16)

1208. Einige ausländische Regelungen lassen den Schwangerschaftsabbruch sogar bis zur Geburt ausdrücklich wegen (schwerer) Schädigungen des Fötus zu, vgl. dazu nur den vergleichenden Überblick über die gesetzlichen Regelungen im Ausland bei *Eser / Koch*, Schwangerschaftsabbruch international, Seite 669 ff.; dazu auch *Duttge*, in: *Spätabbruch*, Seite 86 (98 ff.)

1209. Ähnlich auch *Hofstätter*, Seite 147

Radbruchsche Formel, zumindest bisher, nur auf sogenannte „staatsverstärkte Kriminalität“ angewandt.¹²¹⁰ Auch wenn der Deutsche Staat durch die gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs Rahmenbedingungen schafft und die Durchführung des Fetoziids – zumindest scheinbar- legal erst ermöglicht, ist eine Vergleichbarkeit zu den staatlich „angeordneten“ Schießbefehl in der DDR und die staatlich beauftragten Euthanasieärzte im Dritten Reich nicht gegeben. Von einem Fetoziid im staatlichen Auftrag kann jedenfalls nicht gesprochen werden.

b. Verstoß gegen Menschenwürde?!

Fraglich erscheint, ob der Fetoziid am extrauterin lebensfähigen Kind als besonderer Modus der Abtreibung einen Verstoß gegen die Menschenwürde des nascitrus darstellt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es grundsätzlich möglich, dass das ungeborene Leben gegenüber anderen Rechtsgütern im Einzelfall zurücktreten kann. Auch wenn die Tötung des nascitrus dabei als elementarste Eingriffsmöglichkeit in seine Menschenwürde erscheint, stellen für das oberste Gericht, dessen Prämissen auch hier als bindend zu beachten sind,¹²¹¹ Schwangerschaftsabbruch und Abtreibung grundsätzlich keine Verletzung der Menschenwürde des Ungeborenen dar. Das Verfassungsgericht geht insofern von einer Entkopplung von Lebensschutz und Würdeschutz aus.¹²¹² Lebensschutz wird nicht mit Menschenwürdeschutz gleichgesetzt. Denn auch nachgeburtliches menschliches Leben ist nicht per se vor jeder gezielten Tötung geschützt. Tötungshandlungen, ebenso wie die Abtreibung, stellen folglich nicht zwingend und automatisch eine Verletzung der Menschenwürde dar. Dafür müssen besondere Umstände hinzutreten.¹²¹³ Um menschenwürdewidrig zu sein, müsste diesen Handlungen das vom Verfassungsgericht genannte Spezifische der Verletzung der Würde immanent sein, die Herabwürdigung zum Objekt in menschenverachtender Erniedrigung.¹²¹⁴ Ob ein Eingriff in das Lebensrecht des nascitrus seine Menschenwürde verletzt, ist insofern auch und gerade von den näheren Umständen und Eigenschaften der Eingriffshandlung sowie ihrer Intentionalität abhängig.¹²¹⁵

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht dem nascitrus zu Recht auch den Schutz aus Art. 1 Abs. 1 GG gewährt,¹²¹⁶ der Schwangerschaftsabbruch stellt für das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich

1210. Vgl. dazu BGHSt 39, Seite 1 (16) („Taten, die im staatlichen Auftrag begangen worden sind“), das räumen auch *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (503) ein

1211. Vgl. zur Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.A.1 „Die besondere Bedeutung der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch“

1212. Ausführlich dazu siehe § 2.A.II.2.c.dd(1) „Vereinbarkeit von Ausnahmetatbeständen mit dem Menschenwürdeschutz des nascitrus“

1213. Vgl. dazu Dreier – Dreier, Art. 1 I RN 67 mit FN 204; Höfling, JuS 1995, Seite 857 (859); Sachs – Höfling, Art. 1 RN 67; Hörnle, ARSP 2003, Seite 318 (320 f.); Schreiber, MedR 2003, Seite 367 (370); Steiner, Seite 13 f.; Wirth, Seite 13, 68 ff.

1214. Schreiber, MedR 2003, Seite 367 (370)

1215. Allgemein dazu Denninger, KJ 1992, Seite 282 (285); letztlich so auch Herzog, JR 1969, Seite 441 (444 mit FN 32); so auch Höfling, JuS 1995, Seite 857 (858 f.); Sachs – Höfling, Art. 1 RN 67; Hörnle, ARSP 2003, Seite 318 (321); ähnlich BK – Zippelius, Art. 1 Abs. 1 u. 2 RN 62, allerdings nur für eine spezielle Variante der Menschenwürdeverletzung

1216. BVerfGE 39, Seite 1 (41); BVerfGE 88, Seite 203 (203 LS 1, 251 f.)

jedoch keine Verletzung der Menschenwürde des nascitrus dar.¹²¹⁷ Fraglich ist daher, ob trotz dieser Prämisse der Fetozid am extrauterin lebensfähigen Föten im Vergleich zu den ansonsten vorgenommenen Abtreibungshandlungen als Eingriffshandlung besondere Eigenschaften bzw. Begleitumstände aufweist, die eine Einordnung als menschenwürdewidrig erlauben. Als das Spezifische am Fetozid bei der Spätabtreibung erscheint zum einen die potentielle Lebensfähigkeit des Ungeborenen unabhängig von der Mutter sowie die Art der Vornahme des Eingriffs, eine direkte, aktive und unmittelbare Tötung des Kindes im Mutterleib.

Die direkte unmittelbare Tötung des Fötus ist allerdings nicht nur dem Fetozid bei der Spätabtreibung immanent. So wird der Schwangerschaftsabbruch mittels Vakuumaspiration bis zur 12. Schwangerschaftswoche oder mittels klassischer Kürettage teilweise sogar bis zur 14. Woche durchgeführt.¹²¹⁸ Bei einer Vakuumaspiration wird dabei (nach oder ohne Erweiterung des Muttermundes) ein Absaugrohr in die Gebärmutter eingeführt. Nachdem sich ein Unterdruck aufgebaut hat, wird das Absaugrohr mehrmals, ohne es aus dem Uterus herauszuziehen, entlang der Gebärmutterwand geführt. Der Embryo / Fötus wird auf diese Weise entfernt.¹²¹⁹ Bei der chirurgischen Kürettage wird mittels eines so genannten stumpfen (Kürettage-)Löffels eine Ausschabung der Gebärmutter vorgenommen. Der Embryo / Fötus wird dabei oft in Einzelteilen entfernt.¹²²⁰ Dass diese Vorgehensweisen ebenfalls eine direkte und unmittelbare Tötung des Ungeborenen darstellen, ist offensichtlich. Als Methoden der Wahl bei frühen Schwangerschaftsabbrüchen waren sie auch dem Bundesverfassungsgericht bei seinen Abtreibungsentscheidungen bekannt. Einen Verstoß dieser Abbruchmodi gegen die Menschenwürde wurde vom Verfassungsgericht allerdings nicht problematisiert. Insofern ist die direkte, unmittelbare Tötung des Kindes keine Besonderheit die nur dem Fetozid innewohnt und kann – wenn man die Entscheidungen des obersten Gerichts zum Schwangerschaftsabbruch zugrunde legt – nicht die Menschenwürdewidrigkeit des Fetozids begründen.

Im Unterschied zum frühen Schwangerschaftsabbruch muss bei Vornahme des Fetozids beim späten Schwangerschaftsabbruch bereits mit einer sogar hochgradigen Schmerzempfindlichkeit des Fötus gerechnet werden.¹²²¹ Die Zufügung unnötiger Schmerzen wäre dann insofern als Folter zu qualifizieren und stellte einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG dar.¹²²² Jedoch wird wohl jedenfalls der Schmerzempfindlichkeit des Fötus durch eine vorherige Sedierung bei Vornahme des Fetozids

1217. Anders lässt sich wohl die vom *Bundesverfassungsgericht* (vgl. *BVerfGE* 88, Seite 203 (256 f.)) für zulässig erachtete Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs in bestimmten Ausnahmefällen nicht erklären. So jedenfalls das Verständnis in dieser Arbeit. Ausführlich dazu bereits unter § 2.A.II.2.c.dd(1) „Vereinbarkeit von Ausnahmetatbeständen mit dem Menschenwürdeschutz des nascitrus“

1218. *Beck / Woopen*, Der Gynäkologe, 1998, Seite 297 (300); *Schneider / Beller*, in: Schneider / Husslein / Schneider (Hrsg.), Seite 51 (56 f.); *Dietl / Seelbach-Göbel*, in: Martius / Rath (Hrsg.), Seite 340 (343); *Holzgreve / Danzer*, in: Dudenhausen / Schneider / Bastert (Hrsg.), Seite 128 (130 f.); *Wittenburg*, Seite 56 ff.

1219. Vgl. dazu nur *Schneider / Beller*, in: Schneider / Husslein / Schneider (Hrsg.), Seite 51 (56); *Holzgreve / Danzer*, in: Dudenhausen / Schneider / Bastert (Hrsg.), Seite 128 (130 f.)

1220. *Holzgreve / Danzer*, in: Dudenhausen / Schneider / Bastert (Hrsg.), Seite 128 (131); *Louwen / Schneider*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburthilfe. Band II. 3. Aufl., Seite 319 (353)

1221. Vgl. dazu nur *BÄK*, Schmerzempfindung, DÄBl. 1991, Seite B – 2714 (2718) sowie *NK – Merkel*, § 218 a RN 14 m.w.N.

1222. Vgl. zur Unvereinbarkeit von Folter und dem Recht aus Art. 1 Abs. 1 GG nur *Mangoldt / Klein / Starck – Starck*, Art. 1 RN 51, 69

Rechnung getragen.¹²²³ Zudem kann § 218 a Abs.2 StGB zu Gunsten des Arztes überhaupt nur dann greifen, wenn er den Schwangerschaftsabbruch kunstgerecht durchführt. Dies setzt aber die Vermeidung unnötiger Schmerzen beim Föten gerade voraus.¹²²⁴

Vakuumaspiration und klassische Kürettage werden im Unterschied zum Fetozid allerdings zu einem Zeitpunkt durchgeführt, in dem eine extrauterine Lebensfähigkeit des Kindes nicht besteht. Und so ist es gerade auch der Zeitpunkt der Vornahme des Eingriffs, der den Fetozid für die überwiegende Zahl der Mediziner unzumutbar macht. Problematisch ist jedoch, ob daraus ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG folgt. Nach dem Bundesverfassungsgericht genießt das menschliche Leben von Anfang an die gleiche Schutzwürdigkeit wie das geborene.¹²²⁵ Nur die Schutzfähigkeit ändert sich im Laufe der Schwangerschaft.¹²²⁶ Zum einen wird die Schwangerschaft auch für Dritte sichtbar und zum anderen erreicht der Fötus ab etwa der 22. Schwangerschaftswoche die potentiell auch außerhalb des Mutterleibes mittels intensiv-medizinischer Unterstützung gegebene Lebensfähigkeit. Diese zwar in der Schutzfähigkeit vorhandene Zäsur ändert jedoch nichts daran, dass das ungeborene Kind bei Durchführung eines frühen Schwangerschaftsabbruchs mittels Vakuumaspiration oder Kürettage den gleichen Schutz aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG genießt wie bei Vornahme eines Fetozids bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes. Eine Änderung der Schutzwürdigkeit des Ungeborenen liegt mit Eintritt der Lebensfähigkeit nach dem Verfassungsgericht nicht vor, auch wenn hier das objektive Schutzgebot des Staates durch die Geburtsnähe und äußere Menschenähnlichkeit des nasciturus greifbarer wird. Nichtsdestotrotz kann der Zeitpunkt des Fetozids bei späten Abbrüchen nicht dazu führen, diesen besonderen Modus der Abtreibung als Verstoß gegen die Menschenwürde des nasciturus zu qualifizieren, da die Grundrechte des Fötus gerade kein von der Schwangerschaftsdauer abhängiges unterschiedliches Gewicht haben.

Letztlich ändert auch der Umstand, dass der Fetozid nur gewählt wird, um die Geburt dieses Kindes zu verhindern, nichts an diesem Ergebnis. Auch Vakuumaspiration und Kürettage werden in der Regel vorgenommen, um die Geburt dieses Kindes zu verhindern. Das ist insofern üblicherweise gerade Sinn und Zweck jedenfalls auch des frühen Schwangerschaftsabbruchs. Allerdings ist anders als normalerweise beim frühen Schwangerschaftsabbruch beim Fetozid das Kind, dessen Existenz verhindert werden soll, geschädigt. Die Lebendgeburt des Kindes soll verhindert werden, gerade weil es behindert ist und durch die damit verbundenen Belastungen Gesundheitsgefahren für die Mutter drohen. Während die Methoden beim frühen Schwangerschaftsabbruch unabhängig von einer drohenden Schädigung des Kindes die gleichen sind, wird der Fetozid nur gewählt, weil das Kind behindert ist. Dies ist aber eine im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu erörternde Problematik. Dazu sogleich.¹²²⁷

Als Fazit bleibt zunächst: Wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, dass die üblichen übrigen Abtreibungsmethoden keinen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG begründen, führt auch die Wahl des Fetozids als Methode des Schwangerschaftsabbruchs nicht zu einem solchen.

1223. Vgl. dazu nur NK – *Merkel*, § 218 a RN 111 m.w.N.

1224. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.5 „Sonstige allgemeine Voraussetzungen“

1225. *BVerfGE* 88, Seite 203 (254)

1226. Vgl. dazu *BVerfGE* 88, Seite 203 (263 f.)

1227. Dazu sogleich unter § 4.C.II.2.c „Der Fetozid als verfassungsrechtlich unzulässige Benachteiligung Behinderter“

c. Der Fetozid als verfassungsrechtlich unzulässige Benachteiligung Behindter

Ethisch-moralisch problematisch und verfassungsrechtlich angreifbar wird der Fetozid durch die Umstände, die zur Wahl gerade des Fetozids als Abbruchmethode bei späten Schwangerschaftsabbrüchen führen: der potentiellen Lebensfähigkeit eines geschädigten Föten, dessen Überleben verhindert werden soll. Wie im Folgenden in ausführlicher Prüfung dargelegt wird, wird aufgrund der Wertungen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG der Fetozid vom Rechtfertigungsgrund des § 218 a Abs. 2 StGB nicht umfasst. Es muss eine enge grundrechtskonforme Auslegung der medizinisch-sozialen Indikation unter Ausschluss dieser Methode erfolgen.

Zwar wird der Fetozid von Ärzten vorgenommen, trotzdem handelt es sich, soviel soll vorweg klarstellt werden, nicht um ein Problem der Drittirkung von Grundrechten. Denn es geht hier um die Frage der Strafbarkeit des Mediziners, der einen solchen Fetozid am extrauterin lebensfähigen Kind vornimmt. Die Anwendung und Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB obliegt den Gerichten und der Staatsanwaltschaft. Im Bereich des Strafrechts stellt sich dabei sowohl die Entscheidung des Gerichtes in der Sache als auch das Gerichtsverfahren als Ausübung öffentlicher Gewalt dar.¹²²⁸ Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, der über Art. 1 Abs. 3 GG die gesamte öffentliche Gewalt bindet,¹²²⁹ kann und muss also unmittelbar bei der Auslegung und damit letztlich auch der Bestimmung des Rechtfertigungsumfangs der medizinisch-sozialen Indikation berücksichtigt werden.

aa. Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Wie bereits im verfassungsrechtlichen Teil dargelegt,¹²³⁰ gilt Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auch für das Ungeborene Kind, sofern es Schädigungen aufweist. Eine Erstreckung des persönlichen Geltungsbereiches des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf den nasciturus ist denklogische Folge der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹²³¹ zum Schwangerschaftsabbruch, die das individuelle Ungeborene menschliche Leben als Inhaber eines eigenständiges Lebensrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ansieht. Als Träger individueller Rechte muss das Ungeborene Kind, um eine gesetzessystematisch einheitliche Auslegung des persönlichen Anwendungsbereiches von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu gewährleisten, ebenso „niemand“ i.S.d. Diskriminierungsverbotes sein wie es „jemand“ im Rahmen des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist.¹²³² Auch die sachliche Anwendung des Behindertenbegriffs auf das Ungeborene ist möglich. Denn ebenso wie beim geborenen Menschen können beim nasciturus Funktionsbeeinträchtigungen vorliegen, die auf einem regelwidrigen geistigen, körperlichen oder seelischen Zustand beruhen, von einer gewissen Dauer sind und Auswirkungen auf die Teilhabe am sozialen Leben haben. Anders als vielfach beim geborenen Menschen vertreten¹²³³ kann es auf eine bestimmte Schwere der Funktionsbeeinträchtigung dabei nicht ankommen. Während beim geborenen Menschen gerade dann, wenn er eine starke oder

1228. Vgl. dazu *Pieroth / Schlink*, RN 179

1229. Vgl. dazu *Herdegen*, Seite 22

1230. § 2.B.I „Schutz- und Geltungsbereich“

1231. Vgl. *BVerfGE* 88, Seite 203 (203 LS 1 sowie Seite 252)

1232. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.B.I „Schutz- und Geltungsbereich“

1233. Beispielhaft BK – *Rüfner*, Art. 3 Abs. 2 und 3 RN 871; Jarass / Pieroth – *Jarass*, Art. 3 RN 144; ähnlich auch Maunz / Dürig – *Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 176; a.A. jedoch beispielsweise *Herdegen*, Seite 25; Mangoldt / Klein / Starck – *Starck*, Art. 3 Abs. 3 RN 419

deutliche Behinderung hat, die Gefahr einer relevanten Diskriminierung besonders hoch ist und geringfügige Beeinträchtigungen in der Regel nicht oder kaum zu einer Erschwerung der Lebensführung im Vergleich zu Nichtbehinderten führen,¹²³⁴ bedarf der nasciturus gerade dann des verstärkten Schutzes der Rechtsordnung, wenn er aufgrund nur leichter Schädigung zur Disposition steht.¹²³⁵

bb. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG??

Zu prüfen und darzulegen ist, ob und wieso die Subsumption des Fetozids am extrauterin lebensfähigen Kind unter den Rechtfertigungsgrund der medizinisch-sozialen Indikation eine verfassungsrechtlich unzulässige Benachteiligung Behindter darstellt.

(1) Verstoß gegen das Anknüpfungsverbot und das Verbot versteckter Diskriminierung

Eine unmittelbare Ungleichbehandlung in Sinne einer unmittelbaren Schlechterstellung von Merkmalsträgern gegenüber anderen, von der herrschenden Meinung¹²³⁶ als umfassendes Anknüpfungsverbot aufgefasst, erfolgt durch § 218 a Abs. 2 StGB nicht. Das durch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbotene Differenzierungsmerkmal der Behinderung wird nicht ausdrücklich im Tatbestand des § 218 a Abs. 2 StGB erwähnt. Eine formale Unterscheidung nach dem Merkmal der Behinderung erfolgt nicht. Darüber hinaus liegt aber auch kein Fall der mittelbar-rechtlichen Diskriminierung, auch als verdeckte Diskriminierung bezeichnet,¹²³⁷ vor,¹²³⁸ da im Rahmen der Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation auch nicht versteckt an das verbotene Merkmal der Behinderung als wesentliches Kriterium für eine rechtliche Ungleichbehandlung angeknüpft wird. Auch wenn im Endeffekt eine embryopathisch motivierte Abtreibung vorliegt, kann und darf im Rahmen des § 218 a Abs. 2 StGB unmittelbar nur auf das Vorliegen einer Gesundheitsgefahr für die Mutter abgestellt werden. Eine Behinderung des Kindes kann nur mittelbar, im Wege einer erweiterten Kausalkette über die durch die Schädigung des Kindes ausgelösten psychischen und physischen Belastungen der Mutter, die im Einzelfall zur Gefahr einer schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigung führen können, eine Rolle spielen. Eine abstrakte Kausalität im Sinne eines Automatismus zwischen Behinderung und Rechtfertigung der Abtreibung liegt nicht vor. Denn dass das Vorliegen einer Behinderung des Kindes zu Belastungen führt, die das Niveau einer erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigung bei der Mutter erreichen, ist gerade nicht der Regelfall.¹²³⁹ Darüber hinaus trifft § 218 a Abs. 2 StGB zur Zulässigkeit bestimmter Abbruchmethoden, insbesondere des Fetozids, weder unmittelbar noch mittelbar irgendwelche Regelungen. Normiert werden nur die Voraussetzungen, unter denen zulässigerweise im Einzelfall

1234. Vgl. dazu auch Jarass / Pieroth – *Jarass*, Art. 3 RN 144; dazu auch Spranger, DVBl 1998, Seite 1058 (1060 f.), der dabei jedoch deutlich darauf hinweist, dass die Diskriminierung in der Praxis eher an die Erkennbarkeit der Behinderung anknüpft als an die Schwere der Funktionsbeeinträchtigung

1235. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.B.I „Schutz- und Geltungsbereich“

1236. Siehe nur *BVerfGE* 85, Seite 191 (206); *BVerfGE* 96, Seite 288 (302); *Buch*, Seite 120; Dreier – *Heun*, Art. 3 III RN 137 i.V.m. RN 107; *Rüfner*, *Friauf-FS*, Seite 331 (333); *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 174; *Sachs*, *Grenzen*, Seite 428 ff.; *Sachs – Osterloh*, Art. 3 RN 311

1237. So Dreier – *Heun*, Art. 3 RN 108

1238. Zur Unterscheidung der verschiedenen Formen der mittelbaren Diskriminierung (mittelbar - rechtliche Diskriminierung und faktische Benachteiligung) vgl. bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.B.III „Verbot versteckter unmittelbarer Diskriminierung“

1239. § 3.B.II.1.b.aa(3) „Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen“; vgl. dazu auch *Buch*, Seite 263; *Hofstätter*, Seite 76; *Maunz / Dürig – Scholz*, Art. 3 Abs. 3 RN 177 mit FN 12

eine Spätabtreibung erfolgen darf. Wie sie zu erfolgen hat, ist der medizinisch-sozialen Indikation nicht zu entnehmen. § 218 a Abs. 2 StGB, der de lege lata keine Einschränkung bzgl. der Abbruchmethoden macht, lässt die Vornahme des Fetozids bei behinderten ebenso wie bei nichtbehinderten Kindern zu. Demzufolge ergibt sich aus § 218 a Abs. 2 StGB unter diesem Gesichtspunkt kein Verstoß gegen das Verbot unmittelbar – direkter sowie mittelbar – rechtlicher Benachteiligung Behindter.

(2) Verstoß gegen das Verbot mittelbar-faktischer Benachteiligungen

Die Problematik des Fetozids scheint sich daher eher als faktische Folge der Rechtssetzung darzustellen. Durch die geänderte strafrechtliche Gesetzeslage zum Schwangerschaftsabbruch und zur Spätabtreibung, die die Abtreibung von behinderten Kindern über die 22. Schwangerschaftswoche ermöglicht hat, ist die Tötung des bereits lebensfähigen behinderten Kindes vor der eigentlichen Beendigung der Schwangerschaft praktisch überhaupt erst relevant geworden. Faktisch Behinderte diskriminierende Auswirkungen einer Regelung können dabei eine unzulässige mittelbare Diskriminierung i.S.v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG darstellen.¹²⁴⁰ Mittelbare Diskriminierung in diesem Sinne kann dabei nicht nur bei mittelbar -rechtlich nachteiligen Wirkungen, sondern auch dadurch vorliegen, dass durch die staatliche Rechtssetzung faktische Ungleichheiten, aufgrund derer Behinderte in der gesellschaftlichen Wirklichkeit schlechter gestellt sind, geschaffen oder vergrößert werden.¹²⁴¹

(a) Verbot mittelbar-faktischer Benachteiligungen als Teil des Verbotes aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Zwar wird zum Teil bestritten, dass von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auch mittelbare Diskriminierungen in Form von faktischen Benachteiligungen erfasst werden.¹²⁴² Vielmehr solle für diese Fälle der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG greifen.¹²⁴³ Denn in vielen Fällen seien merkmalsneutral gefasste, gleichzeitig jedoch merkmalstypisch wirksame Regelungen vernünftigerweise unverzichtbar.¹²⁴⁴ Dieser Ansicht ist zwar zuzugeben, dass angesichts der strengen Wirkung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, nämlich der generellen Verfassungswidrigkeit jeder objektiv kausalen Verwendung eines verbotenen Merkmals als Voraussetzung für eine Rechtsfolge, ein Ausschluss des speziellen Gleichheitssatzes für merkmalstypische Regelungen nahe liegt. Gegen diese Ansicht kann mit der wohl herrschenden Meinung¹²⁴⁵ aber zu Recht eingewandt werden, dass nur dann, wenn man auch die mittelbar faktische Diskriminierung grundsätzlich als mit von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erfasst ansieht, sinnvoll eine Umgehung des

1240. Vgl. dazu nur Dreier – *Heun*, Art. 3 RN 137 i.V.m. 108; *Straßmair*, Seite 229; so wohl auch AK-GG – *Eckertz-Höfer*, Art. 3 RN 85; Jarass / Pieroth – *Jarass*, Art. 3 RN 145

1241. So auch *Straßmair*, Seite 229

1242. So grundsätzlich *Buch*, Seite 134, aber für eine ausnahmsweise Einbeziehung mittelbarer Benachteiligungen in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, wenn Regelungsgegenstand von solcher Bedeutung, dass ohnehin nur der strenge Rechtfertigungsmaßstab des Art. 3 Abs. 3 GG in Betracht kommt; *Rüfner*, Friauf-FS, Seite 331 (334); *Sachs, Grenzen*, Seite 479 ff. (allerdings allgemein zu Art. 3 Abs. 3 GG)

1243. Beispielhaft *Buch*, Seite 134; in diesem Sinne, allerdings allgemein zu Art. 3 Abs. 3 GG auch *Rüfner*, Friauf-FS, Seite 331 (334, 337); *Sachs, Grenzen*, Seite 483

1244. So beispielsweise auch viele unverzichtbare Regelungen aus dem Sexualstrafrecht, welche typischerweise von Männern verwirklicht werden; hierzu: *Rüfner*, Friauf-FS, Seite 331 (335); *Sachs, Grenzen*, Seite 481 f.

1245. Beispielhaft *BVerfGE* 96, Seite 288 (312 f.); AK-GG – *Eckertz-Höfer*, Art. 3 RN 138; Dreier – *Heun*, Art. 3 RN 137; *Hagmann*, Seite 76; *Herdegen*, Seite 31; *Jarass / Pieroth – Jarass*, Art. 3 RN 145; *Jürgens*, DVBl 1997, Seite 410 (411); *Sachs – Osterloh*, Art. 3 RN 311 i.V.m. 255 ff.; *Straßmair*, Seite 229

Diskriminierungsverbotes verhindert und dem auch bei dieser Form der mittelbaren Diskriminierung aufgrund einer Behinderung durchaus gegebenem erhöhten Schutzbedürfnis entsprochen werden kann.¹²⁴⁶ Zudem wäre auch der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG kaum jemals eröffnet, sofern er nur als unmittelbares Anknüpfungsverbot aufgefasst wird. Ausdrückliche Anknüpfungen an das Merkmal der Behinderung sind vorwiegend im Sozialrecht und dort zugunsten von Behinderten zu finden. Ein verstecktes unmittelbares Anknüpfen an das verbotene Merkmal der Behinderung wird selten vorliegen. Das hat seine Ursache in dem offenen Verfassungsbegriff der Behinderung, der sich an einem dreigliedrigen Aufbau orientiert.¹²⁴⁷ Jedes Element kann für sich genommen auch einen Personenkreis kennzeichnen, der nicht unter Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG fällt¹²⁴⁸ und stellt noch keine behindertenspezifische Ungleichbehandlung dar.¹²⁴⁹ Überdies wird der strenge Prüfungsmaßstab, der sich für die Beurteilung einer unmittelbaren Diskriminierung entwickelt hat, nicht ohne weiteres auf die Fälle der mittelbaren Diskriminierung übertragen. Vielmehr wird die Intensität der Ungleichbehandlung zum entscheidenden Bezugspunkt der Rechtfertigung. Es gilt ein abgestufter Prüfungsmaßstab: Je stärker die Benachteiligung und Betroffenheit einer durch das verbotene Merkmal gekennzeichneten Gruppe ist, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die eine mittelbar differenzierende Maßnahme oder Regelung rechtfertigen.¹²⁵⁰

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erfasst insofern nicht nur die unmittelbare, sondern grundsätzlich auch die mittelbare Diskriminierung. Regelungen können, wenn sie typischerweise auf eine Gruppe von Merkmalsträgern belastend wirken, auch wenn sie an neutrale Merkmale anknüpfen, einer direkten Unterscheidungen vergleichbare faktische diskriminierende Wirkung entfalten. Das Benachteiligungsverbot zugunsten Behindeter ist im Ergebnis daher auch als mittelbar faktisches Diskriminierungsverbot zu verstehen, nach der die Verfassungsmäßigkeit der staatlichen Rechtssetzung anhand ihrer faktischen Wirkungen in der Lebenswirklichkeit zu beurteilen ist. Faktische Ungleichheiten, aufgrund derer Behinderte in der Gesellschaftswirklichkeit schlechter gestellt sind, dürfen mit der staatlichen Rechtssetzung jedenfalls weder geschaffen noch vergrößert werden,¹²⁵¹ sonst liegt eine – rechtfertigungsbedürftige – Benachteiligung Behindeter vor. Im Ergebnis bedeutet die Einbeziehung auch der mittelbar-faktischen Diskriminierung in den Anwendungsbereich der speziellen Gleichheitssätze vor allem, dass sich je nach gleichzeitiger

1246. Vgl. *Straßmair*, Seite 229

1247. Siehe oben unter § 2.B.I „Schutz- und Geltungsbereich“

1248. Beispielsweise kann das Abstellen auf einen regelwidrigen Gesundheitszustand im Normtatbestand auch den nicht von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erfassten Kreis der Kranken kennzeichnen. Vgl. zur Abgrenzung einer Behinderung von altertypischen Beeinträchtigungen Dreier – Heun, Art. 3 RN 135

1249. Vgl. dazu auch *Straßmair*, Seite 228

1250. So die wohl überwiegende Meinung, vgl. dazu Sachs – Osterloh, Art. 3 RN 257; *Straßmair*, Seite 229; letztlich so auch Buch, Seite 134; mit dieser Tendenz auch das Bundesverfassungsgericht (vgl. *BVerfGE* 96, Seite 288 (288 ff.); 99, Seite 341 (341 ff.)), das je nach Art und Intensität der Benachteiligung gewisse Abstufungen hinsichtlich des Maßstabes bei benachteiligenden Ungleichbehandlungen zulassen zu wollen scheint. So hat es in seiner Entscheidung zur Testierfreiheit (*BVerfGE* 99, Seite 341 (357)), wohl auch weil diese wegen der Möglichkeit der gewillkürten Erbeeinsetzung in den Schutzbereich des Art. 14 GG fällt (*BVerfGE* 99, Seite 341 (341)), einen zwingenden Grund zur Rechtfertigung gefordert, während es in seiner Entscheidung zum Schulrecht (*BVerfGE* 96, Seite 288 (302 f.)) lediglich eine Gesamtbetrachtung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit getroffen hat. Ähnlich auch Hanau / Preis, *ZfA* 1988, Seite 177 (192) allerdings speziell auf die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts bezogen.

1251. So auch *Straßmair*, Seite 229

Betroffenheit eines Freiheitsgrundrechtes strengere Anforderungen an die Rechtfertigung auch der diskriminierenden Wirkung ergeben als im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes.¹²⁵²

(b) Fetozid als verbotene mittelbar-faktische Benachteiligung

Fraglich ist daher, ob und inwiefern sich der Fetozid bei extrauterin lebensfähigem Kind als faktisch Behinderte diskriminierende Auswirkung der durch den Gesetzgeber geschaffenen derzeitigen Rechtslage zur Zulässigkeit der Spätabtreibung darstellt. Zu prüfen ist dabei zunächst, ob die faktischen Auswirkungen der Rechtssetzung durch die Abschaffung der embryopathischen Indikation und Einbettung embryopathischer Parameter in die unbefristete medizinisch-soziale Indikation zu einer vergrößerten Ungleichbehandlung behinderter ungeborener Kinder geführt haben. Erst wenn dies zu bejahen ist, wird die Rechtfertigung einer solchen Ungleichbehandlung, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund der Behinderung zu tun haben darf,¹²⁵³ zu prüfen sein.

Durch den Wegfall der embryopathischen Indikation und Einbeziehung von embryopathischen Parametern¹²⁵⁴ in eine medizinisch-soziale Indikation wurde zwar in rechtlicher Hinsicht die Ungleichbehandlung zwischen behindertem und nicht behindertem ungeborenem Leben beseitigt. Durch die dadurch auch bei embryopathisch motivierten Abtreibungen notwendig gewordene Gesundheitsgefährdung der Frau wurde der Lebensschutz behinderter Kinder insoweit de lege lata verstärkt. Auch der Wegfall der embryopathisch motivierte Abtreibungen beschränkenden 22 Wochen Frist für sich führte, wenn man den dadurch bis zur Geburt möglich gewordenen Fetozid am extrauterin lebensfähigen Kind zunächst außen vor lässt, in rechtlicher Hinsicht nicht zu einer Schlechterstellung der ungeborenen behinderten Kinder. Denn solange auch diese Abtreibungen entsprechend den Gepflogenheiten bei der medizinischen Indikation i.e.S. erfolgen, nämlich durch Geburtseinleitung und mit dem Versuch, auch das Kind zu retten, bleibt de facto eine Beschränkung der embryopathisch motivierten Spätabtreibung auf die ersten 22 Schwangerschaftswochen bestehen. Denn ab extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes, die potentiell ab der 20. Schwangerschaftswoche möglich ist,¹²⁵⁵ ist die Abtreibung durch Geburtseinleitung gar nicht mehr geeignet, die embryopathisch begründete Gesundheitsgefahr für die Schwangere zu beseitigen, was aber Voraussetzung für die Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs ist.¹²⁵⁶ Im Gegenteil, würde eine Beendigung der Schwangerschaft im frühen Stadium extrauteriner Lebensfähigkeit die Konflikt- und Gefahrenlage, die ja durch künftige Belastungen mit einem geschädigten Kind ausgelöst wird, aufgrund zusätzlicher, durch die extreme Unreife des Fötus bedingter Schädigungen des Kindes nur verschärfen.¹²⁵⁷ Ein derart motivierter Schwangerschaftsabbruch ist, ständen nur diese Methoden zur Verfügung, ab Lebensfähigkeit des Kindes nicht nach ärztlicher Erkenntnis

1252. Sachs – Osterloh, Art. 3 RN 257; Straßmair, Seite 229; letztlich so auch Buch, Seite 134; ähnlich auch Hanau / Preis, ZfA 1988, Seite 177 (192) allerdings speziell auf die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts bezogen.

1253. Vgl. Sievers, Seite 19, allerdings im Zusammenhang mit Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts.

1254. Was gerade keiner vollständigen Einbeziehung der alten embryopathischen Indikation entspricht.

1255. Vgl. zur extrauterinen Lebensfähigkeit bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 1.B.II „Extrauterine Lebensfähigkeit“

1256. Der Schwangerschaftsabbruch muss nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt, d.h. geeignet und erforderlich sein, um die Gefahr von der Schwangeren abzuwenden. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.3 „Nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt“

1257. Ähnlich auch Woopen, Gynäkologe 1999, Seite 374 (377)

angezeigt¹²⁵⁸ und dürfte dementsprechend nicht mehr durchgeführt werden. Aus all dem ergibt sich, dass die grundsätzliche Einordnung in die medizinisch-soziale Indikation insoweit weder rechtlich noch – lässt man die Möglichkeit des Fetozids außer Betracht – faktisch nachteilig ist.

Jedoch führt der durch die Neuregelung über die 22. SSW hinaus zu Lasten behinderter Kinder ermöglichte Fetozid zu einer mittelbar- faktischen Benachteiligung der behinderten ungeborenen Kinder und zu einer faktischen Verschlechterung des Lebensschutzes für das ungeborene behinderte Leben.¹²⁵⁹ Zwar liegt rein rechtlich keine Benachteiligung vor. Allein die Schlechterstellung der behinderten ungeborenen Kinder im Vergleich zur früheren Regelung ist nicht ausreichend. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verlangt, dass eine Benachteiligung gegenüber nichtbehinderten Menschen vorliegt. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Denn § 218 a Abs. 2 StGB, der de lege lata keine Einschränkung bzgl. der Abbruchmethoden macht, lässt die Vornahme des Fetozids ebenso bei nichtbehinderten Kindern zu. Rein faktisch jedoch wird ein Fetozid am extrauterin lebensfähigen Kind typischerweise nur bei Behinderung des Fötus durchgeführt. Die Tötung des bereits lebensfähigen Kindes vor der eigentlichen künstlichen Beendigung der Schwangerschaft erfolgt in der Praxis *de facto* nur, wenn und weil das Kind behindert ist.¹²⁶⁰ Die drohende Gesundheitsgefahr für die Frau, die in diesen Fällen gerade durch die Belastungen ausgelöst werden, die der Frau aufgrund der Sorge- und Einstandspflichten nach der Geburt eines lebenden geschädigten Kindes treffen, soll auf diese Weise beseitigt werden.¹²⁶¹ Ziel und Motivation der Spätabtreibung, eine Gesundheitsgefährdung der Frau zu beseitigen, ist hier mit der Beseitigung der Existenz des geschädigten ungeborenen Kindes verknüpft. Anders dagegen bei der medizinischen Indikation im engeren Sinne. Dort wird sich neben der Rettung der Frau auch um die bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes durchaus mögliche Rettung des ungeborenen Kindes bemüht.¹²⁶² Die Ermöglichung der Vornahme des Fetozids, also der direkten und unmittelbaren Tötung des Kindes im Mutterleib, über die 22. Schwangerschaftswoche hinaus stellt die außerhalb des Mutterleibes lebensfähigen, ungeborenen behinderten Kinder hinsichtlich der Verwirklichung ihres Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit gegenüber den nichtbehinderten Kindern, denen eine aktive Tötung im Mutterleib, um ihr Überleben zu verhindern, in der Lebenswirklichkeit gerade nicht droht, faktisch erheblich schlechter. Auch wenn *de facto* unter Geltung der alten Gesetzeslage im Rahmen der embryopathischen Indikation, die auch keine Beschränkung hinsichtlich der Abbruchmethoden enthielt, ein Fetozid bis zur 22. Schwangerschaftswoche möglich war,¹²⁶³ führte das jedoch nicht dazu, dass die behinderten ungeborenen Kinder wegen der Ermöglichung dieser Abbruchmethode in der Lebenswirklichkeit gegenüber den nichtbehinderten Kindern benachteiligt

1258. Vgl. zum Erfordernis der Angezeigtheit des Schwangerschaftsabbruchs bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.3 „Nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt“

1259. Ähnlich auch MüKo - StGB – *Gropp*, § 218 a RN 64

1260. Vgl. dazu nur die Praxisberichte von *Kaisenberg etc.*, DÄBl 2005, Seite A - 133 (A – 133 ff.); *Wernstedt etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2005, Seite 761(761 ff.); vgl. zur Problematik auch *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (502)

1261. *Kaisenberg etc.*, DÄBl 2005, Seite A - 133 (A – 133 ff.); *Wernstedt etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2005, Seite 761 (761 ff.)

1262. Vgl. dazu auch NK – *Merkel*, § 218 a RN 81

1263. Vorgenommen wurde der Fetozid aber insofern wohl nur vereinzelt bei der Mehrlingsreduktion. – vgl. dazu Sch / Sch - *Eser*, § 218 a RN 40 f.

worden wären. Selbst wenn¹²⁶⁴ unter der Geltung der damaligen Gesetzeslage bis zur 22. Schwangerschaftswoche der Fetoziid nur beim geschädigten Kind erfolgt sein sollte und dadurch ein Überleben des Kindes ausgeschlossen war, liegt deswegen, so erstaunlich das zunächst klingen mag, keine Benachteiligung des behinderten ungeborenen Kindes gegenüber dem nichtbehinderten Kind vor. Die Überlebenschancen außerhalb des Mutterleibes waren für behinderte und nicht behinderte Kinder unabhängig von der gewählten Abbruchmethode und der Intention des Schwangerschaftsabbruchs jeweils mangels extrauteriner Lebensfähigkeit gleich null. Vielmehr hat sich die faktische Ungleichheit, die durch die Vornahme des Fetoziids in der Lebenswirklichkeit typischerweise nur am behinderten ungeborenen Kind bedingt wird, durch die Ermöglichung des Fetoziids zu einem Zeitpunkt, in dem überhaupt erst sinnvoll mit einem Überleben des Kindes gerechnet werden kann, also erst ein „Bedürfnis“ nach intrauteriner Tötung vor Abbruch der Schwangerschaft mittels Geburtseinleitung besteht, erheblich verschärft. Mit Beginn der Lebensfähigkeit der ungeborenen Kinder wirkt sich die Wahl der Abbruchmethode entscheidend auf die Chancen des nun möglichen Überlebens außerhalb des Mutterleibes nach Beendigung der Schwangerschaft aus. Die behinderten ungeborenen Kinder werden durch die typischerweise nur bei ihnen gewählte Methode des Fetoziids, der intrauterinen Abtötung vor der eigentlichen Geburtseinleitung, gegenüber den nichtbehinderten Kindern, denen die Wahl dieser Abbruchmethode in der Regel gerade nicht droht, weil im Rahmen der engen medizinischen Indikation auch immer die Rettung des Kindes mitverfolgt wird und die Gesundheitsgefahr in diesen Fällen im Regelfall nicht durch die nachgeburtliche Existenz des Kindes bedingt ist, faktisch hinsichtlich der Verwirklichung ihres Lebensrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG erheblich schlechter gestellt. Zwar erst, aber dafür um so deutlicher, mit Beginn der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus, fängt die Ungleichbehandlung hinsichtlich der in der Praxis einseitig zu Lasten der behinderten Kinder vorgenommenen Wahl des Fetoziids als Abbruchmethode an, faktisch benachteiligend zu wirken.

Zu prüfen bleibt noch, ob insofern eine mögliche Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung besteht. Nur dann liegt auch eine verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Behinderung vor. Angesichts des Wertes des bedrohten grundrechtlich geschützten Rechtsgutes „Leben“ besteht die Notwendigkeit einer strengen Rechtfertigungsprüfung.¹²⁶⁵ Damit ist das Vorliegen eines zwingenden Grundes für die faktische Benachteiligung der behinderten ungeborenen Kinder erforderlich.¹²⁶⁶

Rechtfertigung für die Vornahme des Fetoziids am extrauterin lebensfähigen behinderten Kind kann jedenfalls nicht das Vorliegen einer Gesundheitsgefahr für die Schwangere oder die für sie bestehende Unzumutbarkeit des Verweises auf anderweitige Abwendungsmöglichkeiten der Gesundheits- oder Lebensgefahr sein.¹²⁶⁷ Denn eine Gesundheitsgefahr muss ebenso wie die

1264. Insofern liegen keine genauen Angaben vor. Letztlich kann man auch die Vakuumaspiration und die Kürettage, die bis maximal zur 14. SSW durchgeführt werden, als aktive Tötung des Kindes im Mutterleib ansehen.

1265. Vgl. dazu auch *Buch*, Seite 263 f.

1266. Vgl. allgemein zum Erfordernis eines zwingenden Grundes zur Rechtfertigung *BVerfGE* 99, Seite 341 (357); *Hagmann*, Seite 46 f.; *Jürgens*, DVBl 1997, Seite 410 (412); *Straßmair*, Seite 234 ff.; vgl. auch Dreier – *Heun*, Art. 3 RN 137 und *Jarass / Pieroth – Jarass*, Art. 3 RN 149; die sprachlich abweichend fordern, dass die Unterscheidung „unerlässlich“ sein müsse, was in der Sache aber nichts ändert (vgl. insofern nur *BVerfGE* 99, Seite 341 (357), das beide Begriffe gleichzeitig verwendet).

1267. Vgl. dazu auch *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (501)

Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten auch bei einem nichtbehinderten Kind gegeben sein, damit die Durchführung einer Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB überhaupt erlaubt ist. Beide Tatbestandsvoraussetzungen sind insofern bereits Rechtfertigung dafür, dass überhaupt eine Spätabtreibung vorgenommen werden darf,¹²⁶⁸ nicht jedoch für die dabei gewählte Methode.¹²⁶⁹ Auch die Motivation für den Fetoziid, die Existenz dieses behinderten Kindes zu verhindern, weil dadurch Gesundheitsgefahren ausgelöst werden, taugt, weil letztlich direkt auf die Behinderung des Kindes als Begründung zurückgegriffen wird, nicht dazu, wie bereits Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zeigt, die faktische Ungleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten extrauterin lebensfähigen Kindern zu rechtfertigen.¹²⁷⁰ Ein zwingender Grund für die Zulassung des Fetoziids würde jedoch dann vorliegen, wenn Behinderungen von Kindern, welche in einer weiterführenden Kausalkette zur Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Frau führen könnten, typischerweise erst nach Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit des ungeborenen Kindes diagnostizierbar wären, sich ergo die durch die Belastung mit einem behinderten Kind ausgelöste Gesundheitsgefahr im Regelfall erst nach Lebensfähigkeit des Kindes feststellen und damit deren Eintritt überhaupt erst durch Abtreibung zu einem derart späten Zeitpunkt vermeiden lassen würde. Denn jedenfalls grundsätzlich¹²⁷¹ muss nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Frau die Möglichkeit gegeben sein, einem unzumutbaren Konflikt zwischen Gefährdung ihrer Gesundheit und Lebensrecht des Kindes auszuweichen.¹²⁷² Die verschiedenen Methoden der Pränataldiagnostik, die zur Diagnose einer kindlichen Schädigung eingesetzt werden können, sind jedoch ausnahmslos bereits vor der 22. Schwangerschaftswoche p.m. und damit der Grenze zur Lebensfähigkeit anwendbar. Die Chorionzottenbiopsie ist bereits ab der 10. Schwangerschaftswoche, die Amnionzentese im Regelfall ab der 15. Schwangerschaftswoche, die Fetoskopie ab der 17. Schwangerschaftswoche und die Plazentapunktion sowie die Nabelschnurpunktion sind ab dem 2. Schwangerschaftsdrittels anwendbar.¹²⁷³ Ein verfassungsrechtlich zulässiger zwingender Grund, der die Ungleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten extrauterin lebensfähigen Kindern im Hinblick auf die Vornahme des Fetoziids typischerweise nur bei behinderten extrauterin lebensfähigen Kindern rechtfertigen würde, liegt damit auch insoweit nicht vor. Denn die durch die behinderungsbedingten Belastungen der Mutter ausgelösten Gesundheitsgefahren lassen sich, sofern die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB erfüllt sind, in der Regel durch eine Abtreibung zu einem Zeitpunkt, zu

1268. Sofern auch die anderen Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB gegeben sind.

1269. Ähnlich auch *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (501)

1270. *Rüfner* (Friauf-FS, Seite 331 (334)) weist darauf hin, dass das Grundgesetz von vornherein festlegt, dass die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale keine sachlichen Gründe für unterschiedliche Behandlungen sein können.

1271. Bei allgemeiner Betrachtung, nicht in jedem konkreten Einzelfall. Dass die „Konfliktlösung“ durch Schwangerschaftsabbruch nicht zeitlich unbeschränkt für jeden Einzelfall zur Verfügung stehen muss, ergibt sich insofern auch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Vgl. insofern *BVerfGE* 88, Seite 203 (256 f.). Dort hatte das *Bundesverfassungsgericht* (vor Einführung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) zwar bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft für die Frau aufgrund von Schädigungen des Kindes eine Konfliktlösung durch Schwangerschaftsabbruch im Einzelfall für zulässig erachtet, die Beschränkung der Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs und damit der Konfliktlösung auf diese Weise für diese Konstellationen auf die ersten 22 Schwangerschaftswochen durch die embryopathische Indikation a.F. jedoch nicht moniert.

1272. *BVerfGE* 88, Seite 203 (256 f.); dazu bereits oben unter § 2.A.II.2.c „Ausnahmetatbestände“

1273. Vgl. dazu *Holzgreve*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer), Seite 439 (469 ff.). Eine ausführlichere Darstellung der einzelnen pränataldiagnostischen Methoden ist bereits unter § 3.B.II.1.b.aa(4) „Exkurs: Pränatale Diagnostik kindlicher Schädigungen – Verfahren“ vorgenommen worden.

dem das Kind noch nicht außerhalb des Mutterleibes lebensfähig ist und damit für die Vornahme eines Fetozids auch kein „Bedürfnis“ besteht, vermeiden.

cc. Fazit

Die Fetozidpraxis am extrauterin lebensfähigen Kind erweist sich ergo als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Die Vornahme des Fetozids in der Lebenswirklichkeit typischerweise nur bei behinderten extrauterin lebensfähigen Kindern ist dabei als verbotene, weil nicht zu rechtfertigende, mittelbar-faktische Diskriminierung der extrauterin lebensfähigen behinderten ungeborenen Kinder zu qualifizieren.

d. Zwischenergebnis

Damit verbietet das Diskriminierungsverbot zugunsten Behindter aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, den Fetozid unter den Rechtfertigungsgrund des § 218 a Abs. 2 StGB zu subsumieren. Die medizinisch-soziale Indikation unter Einschluss des Fetozids am extrauterin lebensfähigen Kind ist verfassungswidrig.

e. Folge

Zu untersuchen ist, was der herausgearbeitete Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG für Auswirkungen auf die Gültigkeit des § 218 a Abs. 2 StGB hat. Die verfassungsrechtlich unzulässige Benachteiligung Behindter wird durch die Subsumption des Fetozids am extrauterin lebensfähigen Kind unter den Rechtfertigungsgrund der medizinisch-sozialen Indikation erst ermöglicht. Fraglich ist, ob eine verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB, die den Fetozid aus dem Anwendungsbereich der medizinisch-sozialen Indikation herausnimmt, möglich ist.¹²⁷⁴ Dabei ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob unter Beachtung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung eine solche zulässig ist. Daran anschließend muss untersucht werden, ob Art. 103 Abs. 2 GG an dem gefundenen Ergebnis etwas ändert.

aa. Verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen grundrechtskonformen Auslegung ist dabei, dass die Auslegung den normativen Gehalt der Vorschrift nicht grundlegend neu bestimmen oder einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigem Gesetz einen entgegengesetzten Sinn verleihen darf, denn in diesem Fall könnte nur der Gesetzgeber die als verfassungswidrig einzustufende Norm ändern oder das Bundesverfassungsgericht diese verwerfen.¹²⁷⁵ Nach diesen Maßstäben ist eine verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB in dem Sinne, dass der Fetozid am extrauterin lebensfähigen Kind nicht mehr von der Rechtfertigungswirkung der medizinisch-sozialen Indikation erfasst wird, möglich. Der Wortlaut der Norm enthält insofern überhaupt keine Aussagen über den Fetozid oder irgendeine andere Methode des Schwangerschaftsabbruchs. Eine Regelung zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Abbruchmethoden wird nicht getroffen. Einer engen Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB unter Ausschluss des Fetozids von der de lege lata rechtfertigenden Wirkung der Norm steht deren Wortlaut demzufolge nicht entgegen.¹²⁷⁶ Auch ein

1274. Vgl. zur verfassungskonformen Auslegung nur die Aufführungen bei Pieroth / Schlink, RN 84 ff.

1275. Vgl. zu den Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung BVerfGE 8, Seite 28 (34); 54, Seite 277 (299); 90, Seite 263 (274 f.); dazu auch Lüdemann, JuS 2004, Seite 27 (29); Pieroth / Schlink, RN 86

1276. Ähnlich auch Schuhmann / Schmidt-Recla, MedR Seite 497 (500)

Vergleich mit den anderen Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch, insbesondere §§ 218 ff. StGB, die ebenfalls keine Regelungen zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Abbruchmethoden treffen, ergibt nichts anderes. Letztlich bietet auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber den Fetoziid am extrauterin lebensfähigen Kind und damit die faktische Benachteiligung behinderter ungeborener Kinder durch den Wegfall der eigenständigen Regelung einer embryopathischen Indikation und Einbettung von embryopathischen Parametern in die medizinisch-soziale Indikation ermöglichen wollte.¹²⁷⁷ Zwar ist aufgrund des Wegfalls der 22-Wochen-Frist für embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche de facto erst ein „Bedürfnis“ für die Durchführung des Fetoziids entstanden, um das Überleben des außerhalb des Mutterleibes bereits potentiell lebensfähigen Kindes zu verhindern. Auch hatte der Gesetzgeber bei der Neuregelung nicht die Vorstellung, embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche völlig zu unterbinden.¹²⁷⁸ Ziel und Motivation der Regelung und der Streichung der eigenständigen Regelung der embryopathischen Indikation war es jedoch, dem Missverständnis entgegenzuwirken, eine zu erwartende Behinderung eines Kindes sei ein rechtfertigender Grund für einen Abbruch.¹²⁷⁹ Es sollte klargestellt werden, „dass eine Behinderung niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen kann“.¹²⁸⁰ Daraus ergibt sich, dass es Sinn und Zweck der Neuregelung durch den Gesetzgeber gerade nicht war, eine neue Benachteiligung für behinderte ungeborene Kinder zu ermöglichen. Im Gegenteil. Der Gesetzgeber war sich anscheinend nicht bewusst, dass er den Fetoziid am extrauterin lebensfähigen behinderten Kind durch Wegfall der 22-Wochen-Frist erst ermöglicht hat.¹²⁸¹ Geregelt werden sollte vielmehr nur die grundsätzliche Möglichkeit der Auflösung des Schwangerschaftskonflikts bei schwerwiegenderen Gesundheitsgefahren oder Lebensgefahr für die Frau durch Schwangerschaftsabbruch, wenn und soweit der Schwangerschaftsabbruch zur Vermeidung der Verwirklichung dieser Gefahren angezeigt, d.h. geeignet und erforderlich, ist.¹²⁸²

§ 218 a Abs. 2 StGB ist trotz einschränkender Auslegung auch weiterhin einer sinnvollen Auslegung und Anwendung im Sinne des Gesetzgebers zugänglich. Der Ausschluss des Fetoziids am extrauterin lebensfähigen Kind aus dem Anwendungsbereich der Norm führt bei den embryopathisch motivierten Spätabtreibungen dazu, dass diese in der Regel, wenn es um die Beseitigung der durch die Sorge und Pflege eines behinderten Kindes drohenden gesundheitsgefährdenden, nachgeburtlichen Belastungen der Frau geht, auch im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation nur noch bis zur extrauterinen Lebendfähigkeit des Kindes, also etwa der 20. Schwangerschaftswoche p.c., rechtlich zulässig sind.¹²⁸³ Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Mit Ausschluss des Fetoziids als rechtlich zulässige Abbruchmethode mit

1277. BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26 spricht vielmehr davon, dass klargestellt werden solle, dass eine Behinderung niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen könne.

1278. Vgl. BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26

1279. BT-Drs. 13 / 1850, Seite 25 f.

1280. So wörtlich BT-Drs. 13 / 1850, Seite 26

1281. Insofern fehlt in BT-Drs. 13 / 1850, Seite 1 ff. auch jedes Problembeusstsein diesbezüglich. Gegen ein bewusstes Ermöglichen des Fetoziids am lebensfähigen Kind spricht auch die in unmittelbarer zeitlicher Nähe nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens erfolgte Antwort der *Bundesregierung* auf eine kleine Anfrage, wenn dort von einer Durchführung der Spätabtreibung durch bloße Weheninduktion ausgegangen wird, BT - Drs. 13 / 5364, Seite 13

1282. BT-Drs. 13 / 1850, Seite 25 i.V.m. Seite 10 f.

1283. Erforderlich ist dabei natürlich, dass tatsächlich auch die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB vorliegen.

Lebensfähigkeit des Kindes können auch embryopathisch motivierte Spätabtreibungen nur noch durch Weheninduktion vorgenommen werden.¹²⁸⁴ Eine Beendigung der Schwangerschaft im frühen Stadium extrauteriner Lebensfähigkeit würde aufgrund zusätzlicher, durch die extreme Unreife des Fötus bedingter Schädigungen des Kindes, die Konflikt- und Gefahrenlage, die ja gerade durch die künftigen Belastungen mit einem geschädigten Kind ausgelöst wird, nur verschärfen.¹²⁸⁵ Die Abtreibung durch Geburtseinleitung ist in diesen embryopathischen Konstellationen mit Beginn der Lebensfähigkeit des Kindes gar nicht mehr geeignet, die Gesundheitsgefahr für die Schwangere zu beseitigen, im Gegenteil, es droht eine Verschärfung des Konflikts.¹²⁸⁶ Demzufolge ist ein Schwangerschaftsabbruch in diesen Fällen dann nicht mehr angezeigt i.S.v. § 218 a Abs. 2 StGB, um die Gefahrenlage zu beseitigen.¹²⁸⁷ Die grundsätzliche Möglichkeit der Auflösung des Schwangerschaftskonflikts bei schwerwiegenden Gesundheitsgefahren oder Lebensgefahr für die Frau durch Schwangerschaftsabbruch, wenn und soweit der Schwangerschaftsabbruch zur Vermeidung der Verwirklichung dieser Gefahren angezeigt, d.h. geeignet und erforderlich ist, bleibt aber auch bei embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen bestehen. Diese ist insofern allerdings zeitlich beschränkt auf die Fallkonstellationen vor extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes. Für die übrigen und ursprünglichen Fälle der medizinisch-sozialen Indikation ergeben sich durch die einschränkende Auslegung keine Änderungen. Neben der Rettung der Frau wird sich hier von vornherein auch um die bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes durchaus mögliche Rettung des ungeborenen Kindes bemüht.¹²⁸⁸

bb. Art. 103 Abs. 2 GG und das Verbot der Rechtsfortbildung contra legem

Im Rahmen der Auslegung von strafrechtlichen Normen ist jedoch – jedenfalls grundsätzlich – auch immer Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten. Das Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit schließt eine analoge oder gewohnheitsrechtliche Strafbegründung aus. Dabei ist Analogie in diesem Zusammenhang nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen, ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechts- „Anwendung“, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Der mögliche Wortsinn eines Gesetzes markiert dabei die Grenze, wobei der Wortsinn aus Sicht des Normadressaten zu ermitteln ist.¹²⁸⁹ Aus Sicht des Bürgers, insbesondere des Arztes und der betroffenen Frau, dürfte insoweit jede Abbruchmethode, auch der Fetozid, bei Vorliegen der Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation zulässig sein, da § 218 a Abs. 2 StGB keine Einschränkungen hinsichtlich der Abbruchmethode enthält. Damit scheint bei enger Auslegung der Norm unter Ausschluss des Fetozids ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG nahezu liegen. Voraussetzung dafür ist aber, dass Art. 103 Abs. 2 GG auf Rechtfertigungsgründe, damit auch

1284. Vgl. zu den Methoden des Schwangerschaftsabbruchs bei Spätabtreibung bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.A.VI „Exkurs: Wie erfolgt die Spätabtreibung medizinisch“

1285. Ähnlich auch *Woopen*, Gynäkologe 1999, Seite 374 (377)

1286. So auch NK – *Merkel*, § 218 a RN 110

1287. In diesen Fällen bleibt der Frau dann ausnahmsweise (vgl. insofern die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.2.b „Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten“) wohl tatsächlich nur die Freigabe des Kindes zur Adoption oder die Überweisung des Kindes in ein Heim als nachgeburtliche Möglichkeit der Konfliktlösung. A. A. jedoch NK – *Merkel*, § 218 a RN 109 ff., der als „Lösung“ den Fetozid präferiert, dabei allerdings auch die mittelbar-faktische, Behinderte diskriminierende Wirkung der Fetozidpraxis, die durch diese weite Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB ermöglicht wird, übersieht (vgl. NK – *Merkel*, § 218 a RN 97)

1288. Vgl. zur Motivationslage bei der medizinischen Indikation im ursprünglichen Sinne auch NK – *Merkel*, § 218 a RN 81

1289. Vgl. dazu nur *BVerfGE* 71, Seite 108 (115); MüKo – StGB - *Schmitz*, § 1 RN 55 ff.

§ 218 a Abs. 2 StGB,¹²⁹⁰ überhaupt Anwendung findet. Ob die teleologische Reduktion eines Rechtfertigungsgrundes zu Lasten des Täters einen Verstoß gegen das Analogieverbot darstellt, ist jedoch höchst umstritten.

Eine zustimmende oder ablehnende Stellungnahme, dies sei hier offen eingeräumt, fällt schwer, denn für jede Variante sprechen gute Gründe. Zudem verlangt Art. 103 Abs. 2 GG, nach seinem Wortlaut nur, dass die „Strafbarkeit“ vor Tatbegehung gesetzlich bestimmt war. Eine eindeutige Stellungnahme darüber, ob die Ebene der Rechtfertigungsgründe von dieser Garantie umfasst ist, ist dem nicht zu entnehmen.¹²⁹¹ So wird von denjenigen, die eine Anwendung des Analogieverbotes auch auf im Strafgesetzbuch normierte Rechtfertigungsgründe befürworten,¹²⁹² vorgetragen, dass es für den Täter ein und dasselbe, nämlich Begründung seiner Strafbarkeit im Wege richterlicher Rechtsfortbildung bedeute, wenn der Richter die Strafbarkeit dadurch ausweite, dass er den von seinem Wortsinn begrenzten Regelungsrahmen eines Straftatbestandes überschreite oder dadurch, dass er einen Erlaubnissatz entgegen seinem klaren Wortsinn nicht anwende.¹²⁹³ Letztlich bestimmten auch die Rechtfertigungsnormen den Umfang der Strafbarkeit mit und daher sei jede entgegen dem Wortlaut erfolgende Restriktion eine Korrektur des Gesetzes zum Nachteil des Täters.¹²⁹⁴ Auch die Ansicht, die Art. 103 Abs. 2 GG nicht auf strafrechtlich normierte Rechtfertigungsgründe anwenden will,¹²⁹⁵ bestreitet nicht, dass auch diese mit über die Strafbarkeit des Täters entscheiden.¹²⁹⁶ Der genuin strafrechtliche Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG könnte jedoch auch nur für genuin strafrechtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen gelten, solche seien Rechtfertigungsgründe bzw. Erlaubnissätze aber gerade nicht.¹²⁹⁷ Denn Erlaubnissätze, die Verstöße gegen strafbewehrte Verhaltensnormen rechtfertigen könnten, seien nicht nur im Strafgesetzbuch enthalten. Vielmehr fänden sie sich vornehmlich in anderen Gesetzen, etwa der Strafprozeßordnung, dem Bürgerlichen Gesetzbuch, der Zivilprozeßordnung und insbesondere auch dem öffentlichen Recht. Diese würden jeweils Geltung in der gesamten Rechtsordnung beanspruchen und müssten demzufolge auch einheitlich ausgelegt werden (können).¹²⁹⁸

Auch wenn der von der ersten Ansicht bezweckte Schutz der individuellen Freiheit vor richterlicher Willkür ein äußerst wichtiges Anliegen ist, wird hier doch der von der zweiten Auffassung

1290. Die medizinisch-soziale Indikation ist de lege lata als Rechtfertigungsgrund ausgestaltet. Zur verfassungsrechtlichen Problematik dieser wohl noch zu tolerierenden Einordnung vgl. die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2.A.II.2.c.dd(2) „Die Möglichkeit der Qualifikation der Ausnahmetatbestände als nicht-rechtswidrig“

1291. Dazu auch *Erb*, ZStW 108 (1996), Seite 266 (271)

1292. Beispielhaft *Engels*, GA 1982, Seite 109 (119 ff.); *Erb*, ZStW 108 (1996), Seite 266 (271 ff.); *Lackner / Kühl - Kühl*, § 1 RN 5; *LK - Rönnau*, Vor § 32 RN 62 ff.; *MüKo - StGB - Schmitz*, § 1 RN 13; *Sch / Sch - Eser / Hecker*, § 1 RN 13; *SK - Rudolphi*, § 1 RN 25 a

1293. So *Engels*, GA 1982, Seite 109 (120); *Sch / Sch - Eser / Hecker*, § 1 RN 13

1294. So *Engels*, GA 1982, Seite 109 (119); *Sch / Sch - Eser / Hecker*, § 1 RN 13; *LK - Rönnau*, Vor § 32 RN 63; *MüKo - StGB - Schmitz*, § 1 RN 13

1295. Beispielhaft *Ameling*, JZ 1982, Seite 617 (620); *Günther*, Grünwald-FS, Seite 213 (215 ff.); *Krey*, Seite 234 ff.; *Roxin*, ZStW 93 (1981), Seite 68 (79 f.); *Sch / Sch - Lenckner*, Vorbem §§ 32 ff. RN 25; *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR Seite 497 (503)

1296 Dazu nur *Günther*, Grünwald-FS, Seite 213 (215); *Krey*, Seite 235 f.

1297. So *Ameling*, JZ 1982, Seite 617 (620); *Günther*, Grünwald-FS, Seite 213 (218 f.); *Krey*, Seite 236; *Sch / Sch - Lenckner / Sternberg-Lieben*, Vorbem §§ 32 ff. RN 25

1298. So *Günther*, Grünwald-FS, Seite 213 (216 f.); *Roxin*, AT I, § 5 RN 42

vorgebrachte Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung als ausschlaggebend angesehen werden müssen. Rechtfertigungsgründe entstammen allen Rechtsbereichen, sind folglich also keine genuin strafrechtliche Materie. Sie werden demzufolge auch im Wege richterlicher Rechtsfortbildung weiterentwickelt¹²⁹⁹ und oft unabhängig von der Reichweite ihres äußeren Wortlautes nach Maßgabe der ihnen zugrunde liegenden gesetzlichen Ordnungsprinzipien eingeschränkt.¹³⁰⁰ Um der Einheit der Rechtsordnung willen und zur Vermeidung von Normwidersprüchen muss das Strafrecht folgen.¹³⁰¹ Andernfalls stünde man bei der richterlichen Rechtsfortbildung im Zivil- und Öffentlichen Recht – soweit sie Rechtfertigungsgründe betrifft – vor dem Dilemma, dass dann, wenn ein Rechtfertigungsgrund seinem Sinn und Zweck nach als sprachlich zu weit gefasst erscheint, zwar dem Zivil- und Verwaltungsrichter eine teleologische Reduktion möglich ist, der Strafrichter dürfte eine solche jedoch, selbst wenn sie von den anderen Gerichtszweigen in ständiger Rechtsprechung praktiziert werden sollte, nicht übernehmen, solange und falls sie strafbarkeitsausdehnend wirken würde.¹³⁰² Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung wäre gefährdet. Zum Teil wird daher einschränkend die Anwendung des Analogieverbotes nur auf im Strafgesetzbuch normierte Rechtfertigungsgründe vorgeschlagen.¹³⁰³ Aber auch das kann letztlich nicht überzeugen.¹³⁰⁴ Zum einen ändert es nichts daran, dass Rechtfertigungsgründe Geltung in der gesamten Rechtsordnung beanspruchen, eine solche Differenzierung folglich unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung und der Begünstigung von Normwidersprüchen willkürlich erscheint. Zum anderen sind Rechtfertigungsgründe in Form von Erlaubnissätzen fast ausnahmslos außerhalb des Strafgesetzbuches normiert. Diese These würde daher durch ihre Beschränkung auf die Rechtfertigungsgründe, die im Strafgesetzbuch festgeschrieben sind, praktisch leer laufen.¹³⁰⁵ Zudem und vor allem gibt es Rechtfertigungsgründe, die sowohl im Strafgesetzbuch als auch außerhalb geregelt sind.¹³⁰⁶ Ein und derselbe Rechtfertigungsgrund könnte, was besonders deutlich an der in § 227 BGB und § 32 StGB geregelten Notwehr wird, in den verschiedenen Rechtsgebieten unterschiedliche Voraussetzungen haben, mit der Wirkung, dass ein Verhalten zum Beispiel zivilrechtlich als zum Schadensersatz verpflichtendes Unrecht angesehen wird, während es im Strafrecht ohne Konsequenzen von der Rechtsordnung geduldet wird.¹³⁰⁷ Die daher hier befürwortete Befreiung der Rechtsfortbildung im Bereich der Rechtfertigungsgründe ist auch nicht rechtsstaatlich bedenklich, da der Bürger trotzdem nicht ohne Schutz richterlicher Willkür ausgeliefert ist. Denn im Hinblick auf das grundsätzliche Verbot richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (Art. 97 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG) bleibt die Bindung an den Grundgedanken des jeweiligen Rechtfertigungsgrundes bestehen.¹³⁰⁸

1299. Vgl. RGSt 61, Seite 242; 62, Seite 137 („übergesetzlicher Notstand“)

1300. Vgl. dazu auch Roxin, AT I, § 5 RN 42; Sch / Sch – Lenckner / Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 32 ff. RN 25

1301. So auch Günther, Grünwald-FS, Seite 213 (218 f.); Krey, Seite 236; Roxin, AT I, § 5 RN 42

1302. Vgl. dazu auch Krey, Seite 235

1303. Beispielhaft Erb, ZStW 108 (1996), Seite 266 (279); SK – Rudolphi, § 1 RN 25 a

1304. Krey, Seite 235, hält ein solches Auseinanderdividieren von Rechtfertigungsgründen für sachwidrig.

1305. Vgl. dazu auch Krey, Seite 235

1306. Beispielsweise die Notwehr (§ 32 StGB und § 227 BGB); Notstand (§ 34 StGB und § 228 sowie § 994 BGB)

1307. So auch Günther, Grünwald-FS, Seite 213 (217); Krey, Seite 235; Roxin, AT I, § 5 RN 42

1308. So auch Ameling, JZ 1982, Seite 617 (620); Krey, JZ 1979, Seite 702 (712); Sch / Sch – Lenckner / Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 32 ff. RN 25, Roxin, AT I, § 5 RN 42

Die teleologische Reduktion des § 218 a Abs. 2 StGB dergestalt, dass der Fetozyd am extrauterin lebensfähigen Kind von der Rechtfertigungswirkung der medizinisch-sozialen Indikation nicht erfasst wird, lässt sich letztlich auch auf den Grundgedanken des § 218 a Abs. 2 StGB zurückführen und aktualisiert insoweit nur dessen immanente Schranken. § 218 a Abs. 2 StGB liegt der Gedanke einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung zugrunde.¹³⁰⁹ Der Gesetzgeber wollte durch die Normierung und Ausgestaltung der medizinisch-sozialen Indikation im Sinne einer vorweggenommenen Güterabwägung einen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten vertretbaren Ausgleich¹³¹⁰ zwischen den beim Schwangerschaftskonflikt widerstreitenden Grundrechten und Interessen schaffen.¹³¹¹ Bei Auslegung und Anwendung der Norm, die gerade ihrem Sinn und Zweck nach eine verfassungsgemäße Güter- und Interessenabwägung darstellen soll, müssen daher ganz besonders verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, eben auch das für den nasciturus Lebensschutz verstärkend wirkende Diskriminierungsverbot zu Gunsten Behindeter, berücksichtigt werden und zwar so, dass möglichst ein verfassungsrechtlich zumindest noch vertretbarer Ausgleich der widerstreitenden Grundrechte und Interessen vorliegt.

Im Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass Art. 103 Abs. 2 GG der teleologischen Reduktion des § 218 a Abs. 2 StGB nicht entgegensteht und auch keine Rechtsfortbildung contra legem vorliegt, da der Grundgedanke der medizinisch-sozialen Indikation auch und gerade bei dieser Auslegung gewahrt bleibt.

3. Ergebnis

Der zum Teil praktizierte Fetozyd, die gezielte unmittelbare intrauterine Abtötung des bereits außerhalb des Mutterleibes lebensfähigen Kindes, wird nicht nur von den Medizinern in weiten Teilen als unärztlich abgelehnt,¹³¹² sondern ist auch rechtlich nicht haltbar.¹³¹³ Die Fetozydpraxis verstößt gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, – genauer – das von dieser Norm mit umfasste Verbot mittelbar-faktischer Diskriminierung.¹³¹⁴ Die behinderten ungeborenen Kinder werden durch die typischerweise nur bei ihnen gewählte Methode des Fetozyds, der intrauterinen Abtötung vor der eigentlichen Geburtseinleitung, gegenüber den nichtbehinderten Kindern, denen die Wahl dieser Abbruchmethode in der Regel gerade nicht droht, weil im Rahmen der engen medizinischen Indikation auch immer die Rettung des Kindes mitverfolgt wird und die Gesundheitsgefahr in diesen Konstellationen im Regelfall nicht durch die nachgeburtliche Existenz des Kindes bedingt ist, faktisch hinsichtlich der Verwirklichung ihres Lebensrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG erheblich schlechter gestellt. Zwar erst, aber dafür umso deutlicher mit Beginn der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus, fängt die Ungleichbehandlung hinsichtlich der in der Praxis einseitig zu

1309. Vgl. dazu nur MK – *Gropp*, § 218 a RN 37; LK – *Kröger*, Vor §§ 218 RN 38; Sch / Sch – *Eser*, § 218 a RN 22; SK – *Rudolphi*, § 218 a RN 10

1310. Vgl. zu den verfassungsrechtlichen und vor allem verfassungsgerichtlichen Vorgaben zur Lösung des Schwangerschaftskonflikts die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 2 „Verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Vorgaben“.

1311. BT - Drs. 13 / 1850, Seite 15

1312. Dazu ausführlich unter § 4.C.II.1 „Das medizin-ethische Dilemma“

1313. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2 „Rechtliche Zulässigkeit“

1314. Vgl. ausführlich zum Verbot mittelbar-faktischer Diskriminierung die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.c.bb(2) „Verstoß gegen das Verbot mittelbar-faktischer Benachteiligungen“

Lasten der behinderten Kinder vorgenommenen Wahl des Fetozyds als Abbruchmethode an, faktisch benachteiligend zu wirken.¹³¹⁵

Ein verfassungsrechtlich haltbarer zwingender Grund, mithin eine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung, liegt nicht vor. Insbesondere lässt sich im Regelfall die durch die Belastung mit einem behinderten Kind ausgelöste Gesundheitsgefahr bereits vor extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes feststellen, da die Behinderungen von Kindern, welche in einer weiterführenden Kausalkette zur Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Frau führen könnten, typischerweise bereits vor Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit des ungeborenen Kindes diagnostizierbar sind. Auch das Vorliegen einer Gesundheitsgefahr für die Schwangere oder die für sie bestehende Unzumutbarkeit des Verweises auf anderweitige Abwendungsmöglichkeiten der Gesundheits- oder Lebensgefahr kann nicht Rechtfertigung für die Vornahme des Fetozyds am extrauterin lebensfähigen behinderten Kind sein. Denn eine Gesundheitsgefahr muss ebenso wie die Unzumutbarkeit anderweitiger Abwendungsmöglichkeiten auch bei einem nichtbehinderten Kind gegeben sein, damit die Durchführung einer Spätabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB überhaupt erlaubt ist. Ein zusätzlicher zwingender Grund für die Ungleichbehandlung können sie demgemäß nicht sein. Ebenso taugt die Motivation für den Fetozyd, die Existenz dieses behinderten Kindes zu verhindern, weil dadurch Gesundheitsgefahren ausgelöst werden, nicht dazu, die faktische Ungleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten extrauterin lebensfähigen Kindern zu rechtfertigen. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbietet es, das Bestehen einer Behinderung als Begründung für eine benachteiligende Ungleichbehandlung anzuführen. Die Vornahme des Fetozyds in der Lebenswirklichkeit typischerweise nur bei behinderten extrauterin lebensfähigen Kindern ist dementsprechend als verbotene, weil nicht zu rechtfertigende, mittelbar-faktische Diskriminierung der extrauterin lebensfähigen, behinderten ungeborenen Kinder zu qualifizieren. Folge ist, dass die medizinisch-soziale Indikation unter Einschluss des Fetozyds am außerhalb des Mutterleibes bereits lebensfähigen Kind verfassungswidrig ist.¹³¹⁶

Eine daher gebotene, enge verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB unter Ausschluss des Fetozyds am extrauterin lebensfähigen Kind aus dem Anwendungsbereich der Norm ist auch im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG möglich. Denn das dort festgeschriebene Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit, welches eine analoge oder gewohnheitsrechtliche Strafbegründung ausschließt, ist nach der hier vertretenen Ansicht auf Rechtfertigungsgründe nicht anwendbar. Zwar lässt sich natürlich argumentieren, dass Rechtfertigungsgründe letztlich über die Strafbarkeit des Täters mit entscheiden. Anderseits begründen Rechtfertigungsgründe jedoch keine Strafe, sondern schließen eine solche grundsätzlich gegebene Strafbarkeit in ihrem Anwendungsbereich gerade aus. Ausschlaggebend erscheint aber letztlich der folgende Gesichtspunkt: Rechtfertigungsgründe entstammen allen Rechtsbereichen, sind folglich also keine genuin strafrechtliche Materie. Sie werden demzufolge auch im Wege richterlicher Rechtsfortbildung weiterentwickelt und oft unabhängig von der Reichweite ihres äußeren Wortlautes nach Maßgabe der ihnen zugrunde liegenden gesetzlichen Ordnungsprinzipien eingeschränkt. Um der Einheit der Rechtsordnung willen und zur Vermeidung von Normwidersprüchen muss das Strafrecht folgen. Die Bindung an den Grundgedanken des jeweiligen Rechtfertigungsgrundes bleibt allerdings im Hinblick auf das

1315. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.c.bb(2)(b) „Fetozyd als verbotene mittelbar-faktische Benachteiligung“

1316. Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.c.bb(2)(b) „Fetozyd als verbotene mittelbar-faktische Benachteiligung“

grundätzliche Verbot richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (Art. 97 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG) bestehen.¹³¹⁷

Die teleologische Reduktion des § 218 a Abs. 2 StGB dergestalt, dass der Fetoziid am extrauterin lebensfähigen Kind von der Rechtfertigungswirkung der medizinisch-sozialen Indikation nicht erfasst wird, lässt sich letztlich auch auf den Grundgedanken des § 218 a Abs. 2 StGB zurückführen und aktualisiert insoweit nur dessen immanente Schranken. Bei Auslegung und Anwendung der Norm, die gerade ihrem Sinn und Zweck nach eine verfassungsgemäße Güter- und Interessenabwägung darstellen soll, müssen ganz besonders verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, eben auch das für den nasciturus Lebensschutz verstärkend wirkende Diskriminierungsverbot zu Gunsten Behindter, berücksichtigt werden und zwar so, dass möglichst ein verfassungsrechtlich zumindest noch vertretbarer Ausgleich der widerstreitenden Grundrechte und Interessen vorliegt. Eine solche Auslegung widerspricht auch nicht dem Wortlaut des § 218 a Abs. 2 StGB, der zur Zulässigkeit bestimmter Abbruchmethoden keine Regelung enthält.¹³¹⁸

§ 218 a Abs. 2 StGB ist trotz dieser einschränkender Auslegung auch weiterhin einer sinnvollen Auslegung und Anwendung im Sinne des Gesetzgebers zugänglich. Mit Ausschluss des Fetoziids als rechtlich zulässige Abbruchmethode mit Lebensfähigkeit des Kindes können auch embryopathisch motivierte Spätabtreibungen nur noch durch Weheninduktion vorgenommen werden. Die Abtreibung durch Geburtseinleitung ist in diesen embryopathischen Konstellationen mit Beginn der Lebensfähigkeit des Kindes jedoch gar nicht mehr geeignet, die Gesundheitsgefahr für die Schwangere, die ja gerade durch die künftigen Belastungen mit einem geschädigten Kind ausgelöst wird, zu beseitigen. Im Gegenteil, es droht eine Verschärfung des Konflikts. Bei Beendigung der Schwangerschaft im frühen Stadium extrauteriner Lebensfähigkeit besteht die Gefahr zusätzlicher, durch die extreme Unreife des Fötus bedingter Schädigungen des Kindes. Nichtsdestotrotz bleibt die grundätzliche Möglichkeit der Auflösung des Schwangerschaftskonflikts bei schwerwiegenden Gesundheitsgefahren oder Lebensgefahr für die Frau durch Schwangerschaftsabbruch, wenn und soweit der Schwangerschaftsabbruch zur Vermeidung der Verwirklichung dieser Gefahren angezeigt, d.h. geeignet und erforderlich ist, auch bei embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen bestehen. Diese ist insofern allerdings zeitlich beschränkt auf die Fallkonstellationen vor extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes.¹³¹⁹

Als praktische Konsequenz folgt daraus, dass Ärzte, die trotzdem einen Fetoziid am extrauterin lebensfähigen Kind vornehmen, sich schon heute strafbar machen.

III. Schadensersatzpflicht des Arztes bei Überleben des Kindes?

Erfolgt die Spätabtreibung zu einem Zeitpunkt, in dem die extrauterine Lebensfähigkeit des Fötus bereits gegeben ist, besteht die Möglichkeit, dass dieser den Eingriff überlebt. Tritt diese

1317. Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.e.bb „Art. 103 Abs. 2 GG und das Verbot der Rechtsfortbildung contra legem“

1318. Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.e.bb „Art. 103 Abs. 2 GG und das Verbot der Rechtsfortbildung contra legem“

1319. Ausführlich dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.e.aa „Verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB“

Konstellation ein, stellt sich dann die Frage, ob bzw. inwiefern der abbrechende Arzt zum Schadenersatz verpflichtet ist.¹³²⁰

1. Kind als Schaden?

Ein Schadensersatzanspruch setzt immer einen Schaden voraus. Daher drängt sich zunächst einmal die Frage auf, ob überhaupt und wie ein Kind als Schaden oder die Geburt eines Kindes als schadensstiftendes Ereignis aufgefasst werden kann und darf. Kommt ein Kind durch Geburt oder eben im Einzelfall auch überlebte Spätabtreibung zur Welt, sind die Eltern dem Kind zum Unterhalt verpflichtet (§ 1601 BGB). Dabei ist die Existenz des Kindes tatbestandliche Bedingung für das Entstehen der Unterhaltslasten gem. §§ 1601 ff. BGB. Vergegenwärtigt man sich insofern einmal eine gängige Definition des Schadens im Rechtssinne, nach der ein Vermögensschaden dann vorliegt, wenn der Geschädigte eine in Geld messbare Einbuße erlitten hat,¹³²¹ und führt man sich anderseits vor Augen, dass Eltern ihren Kindern neben den Betreuungs- und Erziehungsleistungen, Sachleistungen, die den wirtschaftlichen Bedarf der Kinder decken, schulden und somit Kinder schlicht Geld kosten¹³²², erscheint es formaljuristisch zunächst folgerichtig, den finanziellen Aufwand als Schaden aufzufassen. Anders gewendet, stellte die Belastung der Eltern mit einer Verbindlichkeit, der Unterhaltsverpflichtung gegenüber ihrem Kind, den Schaden dar.

Angesichts dieses formaljuristisch folgerichtigen Schlusses drängt sich die Frage auf, ob ein solcher Ersatzanspruch der Eltern nicht die Bewertung des geborenen Kindes als Schaden voraussetzt und damit gegen die Wertungen des Grundgesetzes, insbesondere Art. 1 Abs. 1 GG, der eine Kommerzialisierung menschlichen Lebens verbietet,¹³²³ verstößt.¹³²⁴ Nach Auffassung des

1320. In der Praxis können bei der Spätabtreibung des weiteren folgende schadensrechtlich relevante Fallgestaltungen auftreten: Zum einen die Konstellation, in der der Abbruch erfolglos ist, d.h. die Schwangerschaft besteht fort (und die Gesundheitsgefahr verwirklicht sich dadurch) oder zum anderen in der die Spätabtreibung erfolgreich ist, jedoch durch fehlerhafte Ausführung eine Gesundheitsverletzung der Frau verursacht wird. Jedoch soll auf diese Konstellationen, da sie ebenso oder ähnlich bei einer vor der 12. SSW durchgeführten Abtreibung vorliegen können und insofern nicht spezifisch, gerade für die Spätabtreibung sind, nicht näher eingegangen werden. Im Zusammenhang mit der Problematik der Spätabtreibung steht zudem, die auch hier nicht weiter zu vertiefende, da den Rahmen sprengende Frage des Unterhaltsschadensersatzes bei fehlerhafter Pränataldiagnostik und dadurch vereiteltem Spätabbruch. (Für weitergehende Informationen zur gesamten „Kind als Schaden“ Problematik vgl. nur Riedel, „Kind als Schaden“, Seite 1 ff.). Im Rahmen dieser Arbeit soll sich auf das brisanteste mit dem eigentlichen Akt der Späabtreibung verbundene Problem beschränkt werden, inwiefern dem Mediziner Verpflichtungen zum Unterhaltsschadensersatz treffen, wenn er den Eingriff durchführt und dieser insofern „misslingt“, als dass das Kind diesen überlebt.

1321. MüKo – Oetker, § 249 RN 28

1322. Nach einer Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 01.08.2006 (http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2006/08/PD06_314_632.psm) I) betrug der finanzielle Aufwand für ein Kind in der Bundesrepublik 2003 durchschnittlich 550 Euro pro Monat. Schon ohne dass man den üblichen Zinsertrag von 4 % zu Grunde legt, belaufen sich die Ausgaben für das Kind bis zum 20. Lebensjahr, errechnet aus obiger Rate als Grundlage für den monatlichen Unterhalt des Kindes ab der Geburt, auf 132.000 €.

1323. Zum Kommerzialisierungsverbot siehe nur *BVerfGE* 96, Seite 375 (400)

1324. Dass die Unterhaltspflicht für ein Kind nicht als Schaden aufgefasst werden darf, judizierte bereits der 2. Senat des *BVerfGs* 1993 anlässlich seines Urteils zur Fristenregelung beim Schwangerschaftsabbruch. (vgl. *BVerfGE* 88, Seite 203 (204 LS 14, 295 f.) Allerdings ist die Bindungswirkung dieses Statements – auch zwischen den Senaten des *Bundesverfassungsgerichts* – heftig umstritten. Dazu nur *BVerfGE* 96, Seite 375 (403 ff. – m.w.N. Seite 406); 96, Seite 409 (409 ff.), so dass trotz zweier verfassungsgerichtlicher Entscheidungen der Streit weiterhin besteht.

Bundesgerichtshofs¹³²⁵ und ihm folgender Teile der Literatur¹³²⁶ sowie des 1. Senates des Bundesverfassungsgerichts¹³²⁷ werde jedoch nicht das Kind als Schaden im juristischen Sinne betrachtet, sondern die durch seine planwidrige Geburt ausgelösten Unterhaltsbelastungen der Eltern. Die Existenz des Kindes sei zwar Voraussetzung für die Unterhaltsbelastung, jedoch sei die haftungsrechtliche Zurechnung der wirtschaftlichen Belastung durch das Kind und die Existenz des Kindes zu trennen.¹³²⁸ Das Zivilrecht und dort insbesondere das Haftungsrecht seien auf eine gerechte Lastenverteilung ausgerichtet.¹³²⁹ Von einer Kommerzialisierung menschlichen Lebens und damit einem Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG könne nicht die Rede sein.¹³³⁰ Es müsse insoweit zwischen der personalen Existenz des Kindes und der Unterhaltsbelastung der Eltern unterschieden werden.¹³³¹ Nur die Belastung der Eltern mit dem geldlichen Aufwand für den Unterhalt stelle die die Annahme eines Schadens kennzeichnende Vermögensminderung dar.¹³³² Die schadensrechtliche Betrachtung wird auf den wirtschaftlichen Teil des Lebenssachverhalts beschränkbar angesehen, wobei die angewandte Differenzmethode eine wertneutrale Rechenoperation darstellen soll.¹³³³

Dagegen wird eingewandt, dass eine derartige Betrachtungsweise eine künstliche Zergliederung der personalen Ganzheit des Kindes sei.¹³³⁴ Eine solche Trennung von Existenz des Kindes und der dadurch ausgelösten Unterhaltpflicht sei gar nicht möglich und verbiete sich daher,¹³³⁵ stelle zudem darüber hinaus nur eine Wortspielerei dar und werde letztlich vom Bundesgerichtshof und seinen Anhängern auch nicht durchgehalten.¹³³⁶ Und in der Tat unterscheidet der Bundesgerichtshof, wenn um die Höhe des zu ersetzenen Unterhaltes gestritten wird, danach, ob die Geburt eines behinderten, gesund gewollten oder gesunden ungewollten Kindes vorliegt. Das Erfüllungsinteresse beschränkt er dabei bei der Geburt gesunder Kinder auf die Regelunterhaltssätze des Familienrechts,¹³³⁷ bei der Geburt behinderter ungewollter Kinder wird jedoch der real aufzubringende Unterhalt¹³³⁸ als Schadensposition eingestellt.¹³³⁹ Ausschlaggebend ist damit letztlich

1325. BGHZ 76, Seite 249 (249 ff.); BGHZ 76, Seite 259 (259ff.); BGHZ 124, Seite 128 (129, insb. 135 ff.); BGH MedR 2007, Seite 246 (246 ff.)

1326. Beispielhaft Grunsky, Jura 1987, Seite 82 (83); MüKo – Wagner, § 823 RN 87; Palandt – Grüneberg, § 249 RN 72; Riedel, Seite 100 ff. je m.w.N

1327. BVerfGE 96, Seite 375 (400 ff.)

1328. So beispielsweise BGHZ 76, S. 249 (253); BGHZ 124, Seite 128 (142); Grunsky, Jura 1987, Seite 82 (83)

1329. BGHZ 124, Seite 128 (143)

1330. So BVerfGE 96, Seite 375 (400 f.); BGHZ 124, Seite 128 (141 ff.); MüKo – Wagner, § 823 RN 87; Riedel, Seite 100 f.

1331. Dazu BGHZ 76, S. 249 (253); BGHZ 124, Seite 128 (140); so auch Riedel, Seite 100 f.

1332. BGHZ 124, Seite 128 (140)

1333. So anscheinend BGHZ 124, Seite 128 (143)

1334. So Lankers, FamRZ 1969, Seite 384 (385 f.)

1335. So wohl BVerfGE 88, Seite 203 (204 LS 14); Backhaus, MedR 1996, Seite 201 (202 ff.)

1336. So Weber, ZfL 2004, Seite 74 (79); ähnlich Backhaus, MedR 1996, Seite 201 (202 ff.)

1337. So in BGHZ 76, Seite 259 (266 ff.)

1338. So in BGHZ 89, Seite 95 (104 f.); BGHZ 124, Seite 128 (143 f.)

1339. Dazu kritisch auch Backhaus, MedR 1996, Seite 201 (202); Weber, ZfL 2004, Seite 74 (80)

eben doch die konkrete personale Existenz des Kindes.¹³⁴⁰ Ein weiterer Anhaltspunkt dafür, dass es auch dem Bundesgerichtshof nicht möglich ist, eine allein wirtschaftliche und insofern wertneutrale Schadensermittlung vorzunehmen, wenn es um die Fälle ungewollter menschlicher Existenz geht, gibt ein genauerer Blick auf das vom Bundesgerichtshof zugrunde gelegte Haftungskonzept. Denn wenn man schon, wie der Bundesgerichtshof, Haftungsrecht anwendet, müssten auch die anderen haftungsrechtlichen Prinzipien Anwendung finden.¹³⁴¹ Gerade und insbesondere die Berufung des Arztes auf einen Ausgleich der für die Eltern mit dem Kind verbundenen geldwerten Vorteile,¹³⁴² die an sich im Haftungsrecht schadensmindernd zu berücksichtigen sind, lässt er nur in einem Randbereich, dem Kindergeld, zu.¹³⁴³ Natürlich soll hier auf keinen Fall eine derartige wirtschaftliche Berechnung der Vor- und Nachteile der Geburt eines Menschen befürwortet werden, es soll vielmehr angedeutet werden, wohin eine vom Bundesgerichtshof zur Begründung angeführte rein wirtschaftliche Betrachtungsweise konsequenterweise führen müsste. Dass auch der Bundesgerichtshof in der konkreten Schadensberechnung vom wertneutralen Haftungsrecht abweicht und eine Anwendung allgemeiner haftungsrechtlicher Prinzipien nicht durchführt, macht die Sonderstellung dieser Fallkonstellationen deutlich. Letztlich ist es dem Bundesgerichtshof eben nicht möglich, die konkrete kindliche Existenz auszublenden, eine Trennung der Geburt des Kindes und der damit verbundenen Unterhaltsverpflichtungen vorzunehmen.

Angesichts der angedeuteten Unmöglichkeit der Trennung erscheint es mehr als zweifelhaft, ob es mit den Grundentscheidungen unserer Rechtsordnung, insbesondere der Menschenwürde des Kindes, vereinbar ist, einen Anspruch auf einen die Kindesexistenz kompensierenden Schadensersatz anzuerkennen,¹³⁴⁴ wenn dadurch die Gefahr der Relativierung des Wertes des menschlichen Lebens droht. Denn Schadensersatzansprüche gegen den Arzt beruhen in diesem Bereich auf dem Vorwurf, das Leben eines Kindes nicht verhindert zu haben.

Eine umfassende Analyse und endgültige Entscheidung erübrigत sich bei dieser Streitfrage im Ergebnis jedoch. Denn, wie im folgenden gezeigt wird, kommt selbst unter Zugrundelegung der vom Bundesgerichtshof zum Unterhaltsschadensersatz aufgestellten Grundsätze ein Schadensersatzanspruch in den Fällen der Spätabtreibung, auch wenn sie embryopathisch motiviert sein sollte, wenn und weil das Kind den Abbruch überlebt, nicht in Betracht.¹³⁴⁵

1340. Kritisch zur Bemessung der Schadenshöhe und zur „Kind als Schaden“ - Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs u.a. auch *Diedrichsen*, VersR 1981, Seite 693 (694 f.); *Laufs*, NJW 1987, Seite 1449 (1451); *Weber*, ZfL 2004, Seite 74 (80 f.); *Zimmermann*, JZ 1981, Seite 86 (88 f.)

1341. So auch *Diedrichsen*, VersR 1981, Seite 693 (694); *Weber*, ZfL 2004, Seite 74 (81); *Zimmermann*, JZ 1981, Seite 86 (89); so wohl auch *Laufs*, NJW 1987, Seite 1449 (1451)

1342. Vorstellbare wirtschaftliche, mit der Geburt eines Kindes verbundene Vorteile, sind dabei u.a. die Eingruppierung in eine günstigere Steuerklasse, mögliche pflichtige Unterhaltsleistungen der Kinder für ihre Eltern etc., dazu auch *Backhaus*, MedR 1996, Seite 201 (203); *Weber*, ZfL 2004, Seite 74 (81)

1343. Vgl. insofern nur *BGHZ* 76, Seite 259 (272 f.)

1344. Hinter der Rechtsprechung des BGH steht sicher und auch der Wunsch, den Familien, die ohne Zweifel mit der Geburt und Pflege eines schwer geschädigten Kindes verbundenen Lasten zu erleichtern. Eine solche Lastenverteilung über das Schadensersatz- und Haftungsrecht vorzunehmen, ist aber nicht möglich. Alternativen müssten bedacht und dann gesetzgeberisch umgesetzt werden. Vgl. dazu nur *Stürner*, JZ 2003, Seite 155 (157); *Weber*, ZfL 2004, Seite 74 (82)

1345. Siehe § 4.C.III.2.a.dd „Pflichtverletzung“ und § 4.C.III.2.b „Deliktische Haftungsgrundung“

2. Anspruchsgrundlage(n)

In Deutschland fehlt es an speziellen Normen, die die Arzthaftung oder das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient regeln. Insofern muss auf die allgemeinen Vorschriften des BGB zum Vertrags- und Deliktsrecht, die ihre Konkretisierung hinsichtlich des Arzthaftungsrechts durch die Gerichte gefunden haben, zurückgegriffen werden.

Erleidet ein Patient bei einer ärztlichen Behandlung einen Schaden, so können ihm Schadenersatzansprüche einerseits aus Vertragsrecht über § 280 Abs. 1 BGB und andererseits aus Deliktsrecht nach § 823 Abs. 1 BGB zustehen. Während das Vertragsrecht dabei auf die vertragliche Sonderbeziehung zwischen Arzt und Patient abstellt, ist beim Deliktsrecht die Verletzung der gegenüber allen Patienten bestehenden ärztlichen Sorgfaltspflicht anspruchsbegründend. Ersatzfähig ist dabei nicht nur der materielle Vermögensschaden, sondern auch eventuell hinzutretende immaterielle Schäden durch ein angemessenes Schmerzensgeld.¹³⁴⁶ Vor der Reform des BGB konnte Schmerzensgeld nur im Rahmen einer deliktischen Haftung des Arztes geltend gemacht werden. Insoweit kam dem Deliktsrecht besondere Bedeutung zu, die sich aber nach der Reform des BGB verlieren dürfte.¹³⁴⁷ Der Hauptunterschied der beiden haftungsrechtlichen Grundlagen liegt dabei nach der Schuldrechtsreform insofern in dem unterschiedlichen Einstehenmüssen für das Verhalten von Hilfspersonen.¹³⁴⁸ Die Verjährungsfristen und die ersatzfähigen Schadensposten sind aneinander angepasst.¹³⁴⁹

a. Vertragliche Haftungsbegründung

Zunächst zur vertraglichen Haftungsbegründung:

aa. Behandlungsvertrag bei der Spätabtreibung

Voraussetzung für eine mögliche und noch genauer zu spezifizierende Haftung bei einem eventuell als Behandlungsfehler qualifizierbaren Überleben des Fötus ist zunächst das Vorliegen eines auf den Spätabort gerichteten wirksamen Vertragsverhältnisses.

(1) Schuldtypus und Rechtsnatur

Für das Entstehen und die Fälligkeit des Vertrages sowie insbesondere für Schadenersatzansprüche ist insoweit zunächst von Belang, welchem Schuldtypus des BGB das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patienten beim Behandlungsvertrag im Allgemeinen und der Spätabtreibung im Besonderen unterliegt. Die zivilrechtliche Beurteilung des Vertragsverhältnisses ist dabei unabhängig davon, ob es sich um einen Kassen- oder Privatpatienten handelt.¹³⁵⁰ Es kommen

1346. Vgl. § 253 BGB, der durch seine Neufassung im Rahmen des Schadensrechtsänderungsgesetzes vom 19.07.2002 (BGBI I, Seite 2674, in Kraft getreten zum 01.08.2002) auch im Vertragsrecht den Ersatz immaterieller Einbußen durch Schmerzensgeld ermöglicht.

1347. Dazu auch Weber, ZfL 2004, Seite 74 (75)

1348. Gem. § 278 BGB wird Verschulden des Erfüllungsgehilfen wie eigenes Verschulden zugerechnet, keine Exculpation möglich; im Deliktsrecht ist gem. § 831 BGB ein Verschulden des Verrichtungsgehilfen nicht erforderlich, Verschulden des Geschäftsherrn wird vermutet, Exculpation möglich. Im Rahmen des Arzthaftungsrechts werden jedoch hohe Anforderungen für eine Exculpation gem. § 831 BGB gestellt, so dass die verschiedenen Einstandspflichten einander weitestgehend angenähert sind, vgl. dazu nur Laufs / Uhlenbruck - Laufs, Arztrecht, § 97 RN 12

1349. Die gesonderte Verjährungsregelung des § 852 BGB im Deliktsrecht ist weggefallen, statt dessen gelten jetzt auch dort die allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 194 ff. BGB.

1350. Unterschiede ergeben sich hier nur bei der Frage der Leistungspflicht.

sowohl die Regeln über den Werk-, wie über den Dienstvertrag in Frage. Die Unterscheidung zwischen diesen Vertragsformen ist hier nicht leicht, da beide im weiteren Sinne auf eine Arbeitsleistung gerichtet sind. Zwar ist beim Werkvertrag im Gegensatz zum Dienstvertrag ein Arbeitserfolg geschuldet, gerade in der medizinischen Praxis lässt die Mehrdeutigkeit der Begriffe „Werk“ und „Erfolg“ jedoch Zweifel offen.¹³⁵¹ Ausschlaggebend für eine Abgrenzung ist letztlich, dass der behandelnde Arzt in der sozialen Wirklichkeit und Praxis aufgrund der Besonderheiten des menschlichen Körpers und seiner Reaktionen weder einen Heilerfolg schulden kann, noch angesichts dessen, dass ein solcher gerade und auch von Umständen abhängt, die der Mediziner nicht vollständig beherrschen kann, will. Er verpflichtet sich vielmehr dazu, dafür einzustehen, dass er den vertraglich geschuldeten Eingriff kunstgerecht durchführt. Eine Heil- und Gesundheitsgarantie dagegen kann er angesichts eines sonst unüberschaubaren Haftungsrisikos nicht geben.¹³⁵² Überdies passen auch die Gewährleistungsvorschriften der §§ 633 ff. BGB, vor allem das Mängelbeseitigungsrecht, nicht auf die ärztliche Leistung. Bei Fehlschlägen einer Operation kann dem Patienten, immer vorausgesetzt, eine Wiederholung ist möglich, nicht die Pflicht auferlegt werden, sich vom gleichen Arzt noch einmal behandeln zu lassen. Beim Dienstvertrag dagegen hat der Arzt kein Nachbesserungsrecht, vielmehr werden Schäden wegen schuldhafter Verletzung des Behandlungsvertrages grundsätzlich durch Geld ausgeglichen.¹³⁵³ Daher wird der Arztvertrag auch von der weitaus überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur als Dienstvertrag qualifiziert.¹³⁵⁴ Die ärztliche Behandlung stellt dabei eine Leistung von Diensten höherer Art dar.¹³⁵⁵ Geprägt wird das Arzt-Patienten-Verhältnis dabei von dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen beiden.¹³⁵⁶ Zudem beeinflussen die ärztliche Standesethik und berufsrechtliche Vorschriften die rechtlichen Beziehungen zwischen Arzt und Patient unmittelbar.¹³⁵⁷

Auch beim Schwangerschaftsabbruch schuldet der Mediziner der Patientin lediglich die ärztliche Leistung, die einen bestimmten Erfolg bewirkt, nicht jedoch den Erfolg selbst, der z.T. auch hier von Faktoren wie z.B. der psychischen und physischen Konstitution der Patientin abhängt, die der Arzt nicht beherrschen kann. Die Ausführung des Schwangerschaftsabbruchs verlangt dabei zudem die Anwendung spezifischer ärztlicher Kunst und stellt gerade keine Tätigkeit einfacher oder technischer Art wie beim Werkvertrag dar. Nach überwiegender Meinung werden daher auch beim

1351. So auch *Laufs*, Arztrecht, RN 100; *Laufs / Uhlenbruck - Uhlenbruck / Laufs*, Arztrecht, § 39 RN 10

1352. *BGHZ* 63, Seite 306 (309); *Harrer*, Seite 162 f.; *Laufs*, Arztrecht, RN 100; *Laufs / Uhlenbruck - Uhlenbruck / Laufs*, Arztrecht, § 39 RN 10; *MüKo - Müller-Glöge*, § 611 RN 79; *Weber*, ZfL 2004, Seite 74 (75)

1353. So auch *Harrer*, Seite 162; *Laufs / Uhlenbruck - Uhlenbruck / Laufs*, Arztrecht, § 39 RN 10 FN 39; *MüKo - Müller-Glöge*, § 611 RN 83

1354. Vgl. nur *BGHZ* 63, Seite 306 (309); *BGHZ* 76, Seite 249 (261); *BGHZ* 97, Seite 273 (276); *Laufs*, Arztrecht, RN 100; *MüKo - Müller-Glöge*, § 611 RN 79; *MüKo - Busche*, § 631 RN 238; *Palandt - Weidenkaff*, Einf v. § 611 RN 18; *Soergel - Kraft*, Vor § 611 RN 104 f.; *Staudinger - Richardi*, Vor §§ 611 ff. RN 53 f.; a.A. Vertragsverhältnis sui generis, was aber an den aus dem Vertragsverhältnis folgenden Pflichten nichts ändert: so wohl *Geiß / Greiner*, A RN 4

1355. *BGHZ* 63, Seite 306 (309); *Laufs*, Arztrecht, RN 101; *Laufs / Uhlenbruck - Uhlenbruck / Laufs*, Arztrecht, § 39 RN 10

1356: *Laufs / Uhlenbruck - Laufs*, Arztrecht, § 4 RN 10; *Quaas / Zuck - Quaas*, § 13 RN 1

1357. *Quaas / Zuck - Quaas*, § 13 RN 1

Schwangerschaftsabbruch bzw. der Spätabtreibung die Vorschriften über den Dienstvertrag für einschlägig gehalten.¹³⁵⁸

Im Normalfall erfolgt die Vornahme der Spätabtreibung in stationärer Behandlung. In diesen Konstellationen steht in der Regel – auch oder nur – der Krankenhaussträger in rechtlichen Beziehungen zum Patienten.¹³⁵⁹ Unabhängig von der Trägerschaft des Krankenhauses führt das letztlich jedoch nicht dazu, dass die Rechtsbeziehungen dem öffentlichen Recht zugeordnet werden müssten. Hat das Krankenhaus einen privaten Träger und / oder eine privatrechtliche Organisationsform, ist auch die Krankenhausbehandlung privatrechtlich organisiert.¹³⁶⁰ Aber auch wenn ein öffentlicher Krankenhaussträger, wie z.B. eine Hochschulklinik oder ein kommunales Krankenhaus, existiert, bedeutet allein der Umstand, dass ein Hoheitsträger handelt, nicht, dass die Rechtsbeziehungen dem öffentlichen Recht zugeordnet werden müssten. Nur diejenigen Handlungen des Hoheitsträgers, die in der Form des öffentlichen Rechts ergehen, sind auch Ausdruck staatlicher Gewalt.¹³⁶¹ Da es insoweit an einer klarstellenden gesetzlichen Regelung zum Krankenhausrecht fehlt und auch die öffentlich-rechtliche Organisationsform keine Zuordnung präjudiziert, muss die Einordnung insofern anhand des Willens des zuständigen Verwaltungsträgers erfolgen, der in der Regel aufgrund von Indizien, wie insbesondere der Art der Benutzungsordnung, ermittelt wird.¹³⁶² Auch die Vermutungsregel, nach der entscheidend ist, wie das Rechtsverhältnis üblicherweise ausgestaltet ist bzw. eingeordnet wird,¹³⁶³ erlangt hier Bedeutung. Im Normalfall liegen in der Praxis hinsichtlich der eigentlichen Benutzung der Einrichtung privatrechtliche Beziehungen zwischen Krankenhaus und Patienten vor.¹³⁶⁴ Öffentliche Krankenhaussträger, wie z.B. Hochschulkliniken und kommunale Krankenhäuser, gestalten heute die Rechtsbeziehungen zu den Patienten regelmäßig nicht mehr normativ, etwa durch Satzung in Form eines öffentlich rechtlichen Benutzungsverhältnisse.¹³⁶⁵ Vielmehr wird der Inhalt dieses Krankenhausaufnahme- oder auch Krankenhausbehandlungsvertrages wesentlich und zumeist abschließend durch die Krankenhausaufnahmebedingungen festgelegt, welche die Krankenhäuser mit dem Patienten in Anlehnung an das von der Deutschen Krankenhausgesellschaft herausgegebene Muster Allgemeiner Vertragsbedingungen (AVB) vereinbaren.¹³⁶⁶ Insofern liegt im Normalfall trotz Einbindung eines Hoheitsträgers zwischen Patient und Krankenhaus(träger) ein privatrechtlicher Vertrag vor, bei dem vorwiegend die kunstgerechte medizinische Behandlung geschuldet wird.¹³⁶⁷

1358. Vgl. dazu nur *OLG München*, NJW 1981, Seite 2012 (2013); *Harrer*, Seite 165; *Laufs / Uhlenbrück - Uhlenbrück / Laufs*, Arztrecht, § 39 RN 46

1359. Vgl. dazu die Ausführungen weiter unten in dieser Arbeit unter § 4.C.III.2.a.aa(2) „Parteien des Arztvertrages bzgl. der Spätabtreibung“

1360. Vgl. dazu allgemein *Maurer*, Allg VerwR, § 3 RN 25

1361. Vgl. dazu nur *Lang*, VSSR 2002, Seite 21 (37)

1362. Vgl. zur Abgrenzung allgemein *Maurer*, Allg VerwR, § 3 RN 36

1363. Vgl. dazu nur *Lang*, VSSR 2002, Seite 21 (37 FN 85); *Wolff / Bachof / Stober - Müller*, § 88 RN 93 f.

1364. Vgl. dazu nur *Geiß / Greiner - Greiner*, A RN 22; *Laufs / Uhlenbrück - Genzel*, Arztrecht, § 92 RN 4; *Quaas / Zuck - Quaas*, § 13 RN 6 - Ausnahmen sind insofern die Behandlung durch Hoheitsakt eingewiesener Patienten sowie die Heilfürsorge an besonderen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen.

1365. *Laufs / Uhlenbrück - Genzel*, Arztrecht, § 92 RN 4

1366. *Quaas / Zuck - Quaas*, § 13 RN 11

1367. Dazu nur *Geiß / Greiner - Greiner*, A RN 22; *Laufs / Uhlenbrück - Genzel*, Arztrecht, § 92 RN 4; *Quaas / Zuck - Quaas*, § 13 RN 6

Der Krankenhausbehandlungsvertrag stellt dabei einen gemischten Vertrag gem. § 311 Abs. 1 BGB dar, bei dem jedoch die Elemente des Mietrechts (Raumüberlassung) sowie des Werkvertrages (Verköstigung) gegenüber dem dienstvertraglichen Charakter der ärztlichen Behandlung zurücktreten.¹³⁶⁸

(2) Parteien des Arztvertrages bzgl. der Spätabtreibung

Maßgeblich für die Bestimmung der Vertragsparteien ist, wie die Rechtsbeziehungen zwischen Patient, Arzt und gegebenenfalls Krankenhasträger geregelt sind. Die Spätabtreibung wird üblicherweise aufgrund ihrer medizinischen Schwierigkeit stationär durchgeführt, so dass sich im Rahmen dieser Arbeit auf den Fall der stationären Krankenhausbehandlung beschränkt wird.

(a) Vertragsparteien bei Privatpatienten

Beim Privatpatienten haben sich drei typische Formen des Krankenhausaufnahmevertrages gebildet.

(aa) Totaler Krankenhausaufnahmevertrag

Beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag tritt der Patient allein zum Krankenhasträger in vertragliche Beziehungen. Durch diesen Vertrag wird das Krankenhaus zu allen für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der ärztlichen Behandlung und Operation verpflichtet. Vertragspartner ist nur das Krankenhaus, das für sein Personal gem. §§ 31, 89, 278 oder 831 BGB haftet.¹³⁶⁹

(bb) Gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag

Der sogenannte gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag begründet zwei Vertragsbeziehungen. Der Vertrag mit dem Krankenhasträger beschränkt sich dabei auf die Unterbringung, Verpflegung und pflegerische Betreuung. Zum anderen entsteht eine vertragliche Beziehung des Patienten mit dem leitenden Krankenhausarzt, der darin zur Erbringung der ärztlichen Versorgung verpflichtet wird.¹³⁷⁰ Der behandelnde Arzt fungiert in dieser Konstellation nicht als Erfüllungsgehilfe des Krankenhauses, sondern als eigenständiger Vertragspartner. Demzufolge hat der Krankenhasträger für etwaige Behandlungsfehler des Mediziners weder vertraglich noch deliktisch einzustehen, vielmehr haftet der Arzt in eigener Person. Schaltet er weitere Ärzte in die Behandlung ein, so stellen diese im Verhältnis zum Patienten seine Erfüllungsgehilfen dar.¹³⁷¹

(cc) Totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag

Bei diesem Vertragstypus wird das Krankenhaus wie beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag zu umfassenden Leistungen, einschließlich der ärztlichen, verpflichtet. Es gelten insofern die gleichen

1368. Beispieldhaft: *Harrer*, Seite 154; MüKo – Müller-Glöge, § 611 RN 105; Palandt -Weidenkaff, Einf v. § 611 RN 19

1369. Siehe dazu Geiß / Greiner – Greiner, A RN 26 ff; *Harrer*, Seite 155; Laufs / Uhlenbruck - Genzel, Arztrecht, § 93 RN 3; MüKo – Müller-Glöge, § 611 RN 109; *Neuefeind*, Seite 74 ff.; Palandt - Weidenkaff, Einf v. § 611 RN 19; Quaas / Zuck - Quaas, § 13 RN 10; Soergel – Kraft, Vor § 611 RN 106; Staudinger – Richardi, Vor §§ 611 ff. RN 1258; Uhlenbruck, NJW 1973, Seite 1399 (1400)

1370. Hauptfall ist insofern die stationäre Behandlung durch eine Belegarzt.

1371. Siehe dazu Geiß / Greiner – Greiner, A RN 49 ff.; *Harrer*, Seite 155 f.; Laufs / Uhlenbruck - Genzel, Arztrecht, § 93 RN 4 f.; MüKo – Müller-Glöge, § 611 RN 110; *Neuefeind*, Seite 76 ff.; Palandt - Weidenkaff, Einf v. § 611 RN 19; Quaas / Zuck - Quaas, § 13 RN 11 f.; Soergel – Kraft, Vor § 611 RN 106; Staudinger – Richardi, Vor §§ 611 ff. RN 1259; Uhlenbruck, NJW 1973, Seite 1399 (1400)

Grundsätze wie beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag. Daneben schließt der Patient zusätzlich einen weiteren Vertrag über die ärztliche Behandlung durch einen bestimmten Arzt ab. Aus einem derartigen Arztzusatzvertrag ergibt sich neben der Haftung des Krankenhasträgers eine zusätzliche eigenständige vertragliche Haftung des Mediziners. Beide haften im Falle ärztlicher Pflichtverletzung gesamtschuldnerisch.¹³⁷² Der Bundesgerichtshof sieht insoweit den totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag im Gegensatz zum gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag als Regelfall an.¹³⁷³ An eine Abbedingung dieses Grundsatzes in vorformulierten Vertragsbedingungen stellt der Bundesgerichtshof dabei hohe Anforderungen.¹³⁷⁴

(b) Vertragsparteien bei Kassenpatienten

Diese drei Gestaltungsmöglichkeiten gelten zwar prinzipiell nicht nur für den selbstzahlenden Privatpatienten, sondern auch für den Kassenpatienten, dem es insofern auch grundsätzlich frei steht, ob er es beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag beläßt, ob er zusätzlich einen Arztvertrag oder den gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag wählt. Im Einzelnen ergeben sich jedoch aufgrund der Einbindung der Krankenkasse Besonderheiten.

Die Krankenkassen und die zur Versorgung von Kassenpatienten zugelassenen Krankenhäuser¹³⁷⁵ stehen zueinander in öffentlich-rechtlichen Beziehungen, die u.a. die Aufnahme des Patienten und die Abrechnung der Behandlungskosten festlegen.¹³⁷⁶ Neben diesem unstreitig öffentlich-rechtlichen Verhältnis ist die Zuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen sozialversichertem Patienten und Krankenhaus zum Privat- oder Öffentlichen Recht jedoch streitig.

Dabei wird zum einen vertreten, dass der Kassenpatient im Gegensatz zum Privatpatienten nicht in einem eigenen privatrechtlichen Verhältnis zum Krankenhasträger steht, sondern durch die Kostenzusage der Krankenkasse an das Krankenhaus und Annahme des vom Krankenhaus angebotenen Krankenhausaufnahme- und Behandlungsvertrages ein privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB, § 53 SGB X) entsteht. Aus diesem erhält der Kassenpatient gem. § 328 BGB bzw. gem. § 76 Abs. 4 SGB V, der auf die Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechtes verweist, ein eigenes unmittelbares Forderungsrecht gegen den Krankenhasträger bzw. Arzt, gerade und auch im Falle eines Verstoßes gegen Sorgfaltspflichten bei der Behandlung.¹³⁷⁷

Entgegen dieser Versorgungskonzeption wird dagegen nach anderer Auffassung vom Kassenpatienten selbst bei Aufnahme ins Krankenhaus ein privatrechtlicher, als Dienstvertrag zu qualifizierender, Krankenhausbehandlungsvertrag geschlossen, bei dem nur die Vergütungspflicht sozialrechtlich modifiziert wird. Die Kostenzusage der Krankenkasse stellt nach dieser Ansicht

1372. Siehe dazu Geiß / Greiner – Greiner, A RN 31 ff.; Harrer, Seite 156 f.; Laufs / Uhlenbruck - Genzel, Arztrecht, § 93 RN 6 ff.; MüKo – Müller-Glöge, § 611 RN 111; Neuefeind, Seite 78 f.; Palandt - Weidenkaff, Einf v. § 611 RN 19; Quaas / Zuck - Quaas, § 13 RN 13; Staudinger – Richardi, Vor §§ 611 ff. RN 12; Uhlenbruck, NJW 1973, Seite 1399 (1400)

1373. Vgl. nur BGHZ 95, Seite 63 (68 ff.)

1374. Vgl. nur BGHZ 121, Seite 107 (111 ff.)

1375. Vgl. §§ 108, 109 SGB V

1376. Vgl. §§ 2, 5 ff., 107 ff. SGB V

1377. So beispielsweise von BGHZ 1, Seite 383 (385 f.); 4, Seite 138 (149); Laufs, Arztrecht, RN 87; Laufs / Uhlenbruck - Krauskopf, Arztrecht, § 25 RN 5 ff.

lediglich die beweismäßige Bestätigung der versorgungsvertraglichen Zahlungspflicht dar und begründet kein selbständiges Recht.¹³⁷⁸ Für dieses Vertragskonzept sprechen die Privatautonomie und das Selbstbestimmungsrecht des Kassenpatienten, sowie die in § 66 SGB V normierte Unterstützungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen für ihre Versicherten, die deutlich macht, dass nicht eigene Ansprüche der Krankenkasse aus Vertragsrecht in Frage kommen, sondern diese den Versicherten ausschließlich bei der Geltendmachung und Durchsetzung von Rechten aus Vertrag oder unerlaubter Handlung Hilfestellung gewährt.¹³⁷⁹ Danach wäre der Kassenpatient selbst Vertragspartei, während die Krankenkasse aufgrund öffentlich-rechtlicher Regelungen lediglich Schuldner des Vergütungsanspruchs ist.¹³⁸⁰

Jedenfalls dann, wenn es um die Geltendmachung einer eventuell bestehenden Schadensersatzforderung des Kassenpatienten gegenüber dem Krankenhaus und / oder Arzt geht, ist letztlich nach allen Ansichten das Zivilrecht einschlägig. Insoweit ist es unerheblich, ob zur Begründung dieses Anspruches ein echter eigener oder drittbegünstigender privatrechtlicher Vertrag herangezogen wird oder die haftungsrechtlichen Folgen eines solchen mehr oder weniger nur fingiert werden. Im Ergebnis hat der Patient bei Verstößen gegen die insofern inhaltlich kongruente ärztliche Sorgfaltspflicht in jedem Fall selbst Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche.¹³⁸¹ Das gilt auch dann, wenn das Krankenhaus in öffentlich-rechtlicher Rechtsform betrieben wird.¹³⁸² Demgemäß erübrigert sich in diesem Zusammenhang ein endgültiger Streitentscheid.

bb. Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen

Ein schuldhafter ärztlicher Behandlungsfehler kann jedoch überhaupt nur dann zu einer vertraglichen Haftung auf Schadensersatz führen, wenn wirksam ein Vertrag über die Durchführung einer Spätabtreibung geschlossen wurde / werden kann. Die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen über den Schwangerschaftsabbruch allgemein und die Spätabtreibung im Besonderen richtet sich nach den Grenzen, die durch die §§ 134 BGB, 218 ff. StGB sowie das Sittengesetz – § 138 BGB – gezogen werden. Liegen die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218 a Abs. 2 StGB bzw. die des rechtfertigenden Notstandes gem. § 34 StGB und damit de lege lata ein Rechtfertigungsgrund vor, greift § 218 StGB als Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB nicht.¹³⁸³ In diesen Fällen ist der Arztvertrag, der auf die Durchführung des Abbruchs

1378. Dazu Laufs / Uhlenbruck - *Genzel*, Arztrecht, § 92 RN 6

1379. Laufs / Uhlenbruck - *Genzel*, Arztrecht, § 92 RN 6; Schulin – *Heinze*, KVR, § 38 RN 2 f.

1380. Vgl. zu dieser Ansicht nur *Harrer*, Seite 158; Laufs / Uhlenbruck - *Genzel*, Arztrecht, § 92 RN 5 ff.; Schulin – *Heinze*, KVR, § 38 RN 1 ff.

1381. Einhellige Meinung: Vgl. nur *BGHZ* 76, Seite 259 (261 f.); *BGHZ* 97, Seite 273 (276); *BSGE* 51, Seite 126 (131 f.); *Harrer*, Seite 159; *Laufs*, Arztrecht, RN 87; Laufs / Uhlenbruck - *Genzel*, Arztrecht, § 92 RN 5; Laufs / Uhlenbruck - *Krauskopf*, Arztrecht, § 25 RN 9; MüKo – *Müller-Glöge*, § 611 RN 106; *Neuefeind*, Seite 73; Schulin – *Heinze*, KVR, § 38 RN 3; Soergel – *Kraft*, Vor § 611 RN 105; Staudinger – *Richardi*, Vor §§ 611 ff. RN 1265

1382. Vgl. dazu bereits die Ausführungen unter § 4.C.III.2.a.aa(1) "Schuldtypus"; vgl. auch MüKo – *Müller-Glöge*, § 611 RN 107; *Laufs*, Arztrecht, RN 87; Laufs / Uhlenbruck - *Genzel*, Arztrecht, § 92 RN 4 - Ausnahmen sind insofern die Behandlung durch Hoheitsakt eingewiesener Patienten sowie die Heilfürsorge an besonderen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen.

1383. Vgl. zur Abhängigkeit der Wirksamkeit des Vertrages von der Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs auch *BGH NJW* 2002, Seite 2636 (2637)

gerichtet ist, rechtswirksam.¹³⁸⁴ Auch fehlt es insofern bei Vorliegen einer Rechtfertigung schon allein aufgrund dieser Entscheidung des Gesetzgebers an einem Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB, der zur Nichtigkeit des Vertrages führen würde.¹³⁸⁵

Erfolgt die Spätabtreibung dagegen, ohne dass einer der oben genannten Rechtfertigungsgründe gegeben ist,¹³⁸⁶ liegt ein Verstoß gegen § 218 StGB als Verbotsgebot i.S.v. § 134 BGB vor,¹³⁸⁷ so dass der auf den Abbruch gerichtete Vertrag nichtig ist.¹³⁸⁸

Konsequenz der, wie gezeigt, gebotenen verfassungskonformen Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB ist, dass sowohl der Fetozid als auch embryopathisch motivierte Spätabtreibungen ab potentieller Lebensfähigkeit des Kindes nicht mehr von der die Spätabtreibung ausnahmsweise erlaubenden medizinisch-sozialen Indikation erfasst werden.¹³⁸⁹ Der Fetozid stellt insofern eine durch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbotene, weil nicht zu rechtfertigende mittelbar-faktische Benachteiligung der behinderten, bereits potentiell extrauterin lebensfähigen Kinder dar. Da der Schwangerschaftsabbruch durch Weheninduktion ab Lebensfähigkeit des Kindes nicht mehr geeignet ist, die Gefahr von der Schwangeren abzuwenden, fehlt es an der von § 218 a Abs. 2 StGB verlangten Angezeigttheit des Schwangerschaftsabbruchs. Dies gilt bereits ab potentieller Lebensfähigkeit des Kindes, die etwas ab der 22. SSW p.m. bzw. 20. SSW p.c. angenommen werden muss.¹³⁹⁰ Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt besteht die Gefahr der Verschlimmerung der bereits vorhandenen Behinderung durch das Entstehen neuer Schädigungen, die durch die frühe Geburt bedingt sind. Es bleibt deshalb beim grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs aus § 218 StGB, da § 218 a Abs. 2 StGB nicht greift. Verträge über einen embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbruch oder eine Verpflichtung zur Vornahme eines Fetozids sind ab extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes infolge des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB iVm § 218 StGB, nichtig. Insofern scheiden bei Verträgen im Rahmen von embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen, die einen Eingriff nach der 20. Schwangerschaftswoche zum Gegenstand haben, nach der hier vertretenen Auffassung schon aus diesem Grunde vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Arzt aus, wenn und weil das Kind überlebt.

Die für Arzthaftungsfragen zuständigen Zivilgerichte haben über das Vorliegen eines derartigen Rechtfertigungsgrundes und mithin der Rechtswirksamkeit des auf die Spätabtreibung gerichteten Vertrages als Vorfrage der Haftung zu entscheiden.¹³⁹¹ Dabei sind sie jedoch, ebenso wie die

1384. Vgl. nur *BVerfG*, NJW 1993, Seite 1751 (1763); *BGHZ* 86, Seite 240 (245); *Harrer*, Seite 178; *Laufs / Uhlenbruck - Uhlenbruck / Laufs*, Arztrecht, § 39 RN 49; *Palandt – Ellenberger*, § 134 RN 14

1385. Vgl. *Harrer*, Seite 192 f.; *Laufs / Uhlenbruck - Uhlenbruck / Laufs*, Arztrecht, § 39 RN 51

1386. So im Falle des § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB.

1387. § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB stellt insofern nur einen Strafausschließungsgrund für die Schwangere dar. Die Strafbarkeit des Arztes gem. § 218 StGB bleibt unberührt.

1388. Vgl. nur *Harrer*, Seite 173; *Laufs / Uhlenbruck - Uhlenbruck / Laufs*, Arztrecht, § 39 RN 50

1389. Siehe dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.e „Folge“ und unter § 4.C.II.2.c „Der Fetozid als verfassungsrechtlich unzulässige Benachteiligung Behindeter“

1390. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 1.B.II „Extrauterine Lebensfähigkeit“

1391. Vgl. dazu auch *Franzki*, Ultraschall in Med 2003, Seite 17 (19)

Strafgerichte, auf die Überprüfung der ärztlichen Entscheidung auf ihre, jedoch eng zu verstehende, Vertretbarkeit beschränkt.¹³⁹²

cc. Vermeidung der wirtschaftlichen Folgen der Geburt eines Kindes als umfasster Vertragszweck?

Problematisch ist darüber hinaus auch, ob die Vermeidung der wirtschaftlichen Folgen, die mit der Geburt des Kindes verknüpft sind, vom Vertragszweck umfasst ist. Das ist nämlich (weitere) Voraussetzung dafür, dass der Mediziner zum Ersatz des Unterhaltes verpflichtet ist. Entscheidend ist dabei der Inhalt des Abtreibungsvertrages, wobei sich, je nachdem, ob die Spätabtreibung auch embryopatisch motiviert ist, Unterschiede ergeben können.

Zunächst einmal und vordringlich schuldet der Arzt der Patientin die ärztliche Behandlung, die dabei nach den Regeln der ärztlichen Kunst bzw. den Standards guter ärztlicher Behandlung erfolgen muss. Zur ärztlichen Behandlung gehören neben einer sorgfältigen Anamnese, Untersuchung, Erhebung der Befunde, Diagnostik, Indikationsstellung und Therapie auch die fachgerechte Aufklärung und Beratung. Art und Umfang der ärztlichen Behandlung richten sich dabei nach Art der Erkrankung sowie der Indikation der Behandlungsmaßnahmen. Was dabei im Einzelfall unter den „Regeln der ärztlichen Kunst“ verstanden wird, bestimmt sich nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Praxis zum Zeitpunkt der Behandlung. Die Anwendung jeder neuen medizinischen Innovation ist insoweit nicht geschuldet.¹³⁹³ Inhalt des Vertrages ist damit im Regelfall die gesundheitliche Integrität der Patientin, die es wieder herzustellen gilt.

Beim Vertrag über einen Schwangerschaftsabbruch kann nach Auffassung des Bundesgerichtshofs im Einzelfall darüber hinaus auch die Vermeidung der wirtschaftlichen Folgen der Geburt des Kindes vom Schutzzweck des Vertrages mitumfasst sein.¹³⁹⁴ Entscheidend und ausschlaggebend sei dabei jedoch immer die Indikation, die dem Schwangerschaftsabbruch zugrunde liegt, und die diese begründenden Umstände. Denn der Arzt habe die Schwangere nur vor dem zu bewahren, was es ihr nach der Rechtsordnung unzumutbar machen kann, ihr Kind auszutragen.¹³⁹⁵

Eine Spätabtreibung darf nur aufgrund medizinisch-sozialer Indikation gem. § 218 a Abs. 2 StGB oder gegebenenfalls auch gem. § 34 StGB¹³⁹⁶ erfolgen.

Erfolgt der Abbruch aufgrund medizinischer Indikation, soll durch den Eingriff vordringlich der Eintritt einer Lebens- oder schweren Gesundheitsgefahr für die Schwangere verhindert oder eine bereits bestehende Gesundheitsverletzung beseitigt werden. Zweck des Behandlungsvertrages, der die Durchführung der Spätabtreibung aus medizinischer Indikation zum Inhalt hat, ist damit die

1392. Ausführlich zum richterlichen Prüfungsumfang schon oben unter § 3.B.II.3.b „Gerichtliche Überprüfbarkeit der „ärztlichen Erkenntnis““

1393. Vgl. dazu nur Laufs / Uhlenbruck – *Uhlenbruck / Laufs*, Arztrecht, § 44 RN 2 f.; Riedel, Seite 24

1394. Grundsätzlich dazu BGHZ 124, Seite 128 (135 ff.), vgl. auch BGHZ 129, Seite 178 (181); BGH NJW 2002, Seite 2636 (2639)

1395. Vgl. nur BGH NJW 1985, S. 671 (672); BGH NJW 1985 Seite 2749 (2751)

1396. Zur Frage, wann im Einzelfall § 34 StGB für die Zulässigkeit der Spätabtreibung von Belang ist, vgl. die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“

Abwendung von Gefahren für die Gesundheit der Schwangeren.¹³⁹⁷ Bei der medizinischen Indikation geht es insofern grundsätzlich nicht um die Abwendung einer wirtschaftlichen Notlage bzw. einer für die Schwangere unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung durch das Haben des Kindes, sondern um die Abwendung von Gefahren für die Gesundheit der Schwangeren durch das Fortbestehen der Schwangerschaft und die bevorstehende Geburt selbst, wenngleich mit einem erfolgreichen Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinischer Indikation auch diese Unterhaltsbelastungen entfallen wären.¹³⁹⁸

Bei der medizinischen Indikation können allerdings auch die zukünftigen Lebensumstände bei der Begründung der Gesundheitsgefahr und damit auch die Verhältnisse nach der Geburt des Kindes eine Rolle spielen.¹³⁹⁹ Wie oben bereits gezeigt,¹⁴⁰⁰ können schwerwiegende Gefahren für die Mutter, die zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB führen, im Einzelfall mittelbar auch durch die Aussicht, ein schwer geschädigtes Kind zu gebären und aufziehen zu müssen, begründet werden. Unmittelbarer Anknüpfungspunkt bleibt jedoch immer de lege lata die Gesundheit der Mutter.

In diesen Konstellationen sieht der *Bundesgerichtshof* dann die Unterhaltsaufwendungen für das Kind vom Schutzumfang des Vertrages erfasst, wenn sich gerade die Belastung durch den späteren Unterhalt für das Kind in entscheidender Weise negativ auf den Gesundheitszustand der Mutter auszuwirken droht.¹⁴⁰¹ Eine Erstreckung des vertraglichen Schutzzweckes bei der Spätabtreibung auf die Vermeidung dieser, durch das Haben des Kindes begründeten Fälle, entspräche zudem der gesetzgeberischen Lösung, die bisher von § 218 a Abs. 3 StGB a.F.¹⁴⁰² erfassten Fallkonstellationen jetzt in die Indikation nach § 218 a Abs. 2 StGB mit einzubeziehen.¹⁴⁰³

Eine derartige Argumentation erscheint höchst fragwürdig. Zum einen werden bei gesetzes- und verfassungskonformer Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB zwar einige, aber eben nicht alle, Fälle der früheren embryopathischen Indikation durch die neue medizinisch-soziale Indikation erfasst und das auch nur dann, wenn tatsächlich eine Lebensgefahr oder die Gefahr schwerwiegender Beeinträchtigungen des Gesundheitszustandes der Frau bestehen,¹⁴⁰⁴ zum anderen ist und bleibt unabhängig davon, ob die Späabtreibung auch durch eine zu erwartende schwerwiegende Behinderung des Kindes motiviert ist, alleiniger unmittelbarer Anknüpfungspunkt die Gesundheit der Frau. De lege lata kann die Mutter trotz Schädigung des Kindes die Schwangerschaft nicht

1397. Vgl. dazu nur *BGH NJW* 1985, Seite 2749 (2751); *BGH NJW* 2002, Seite 2636 (2639); *BGH NJW* 2003, Seite 3411 (3411)

1398. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B „Straflosigkeit der Späabtreibung gem. § 218 a Abs. 2 StGB“; so grundsätzlich auch der BGH. Vgl. insoweit nur *BGH NJW* 1985, Seite 2749 (2751); *BGH NJW* 2002, Seite 2636 (2639)

1399. Vgl. nur den Wortlaut des § 218 a Abs. 2 StGB, siehe auch die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.1 „Gefahr für das Leben oder Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes“

1400. § 3.B.II.1.b.aa(3) „Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen“

1401. Vgl. nur *BGH NJW* 2002, Seite 2636 (2369); *NJW* 2003, Seite 3411 (3411)

1402. Embryopathische Indikation

1403. *BGH NJW* 2002, Seite 2636 (2369); *NJW* 2003, Seite 3411 (3411)

1404. Siehe dazu schon oben unter § 3.B.II.1.b.aa(3) „Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen“

abbrechen, wenn ihre Gesundheit nicht bedroht ist, und muss dann auch das Kind samt der erheblichen Belastungen akzeptieren, ohne dies dem Arzt anlasten zu können.¹⁴⁰⁵ Insofern spricht vieles dafür, auch bei erkennbarer Behinderung des Kindes als alleinigen Schutzzweck des Spätabtreibungsvertrages die Gesundheit der Mutter anzusehen.¹⁴⁰⁶ Ihr möglicherweise bestehendes Interesse an einem gesunden Kind wäre dann insofern rechtlich unerheblich.

Jedoch selbst wenn man, wie der Bundesgerichtshof, den wirtschaftlichen Aspekt noch vom Inhalt des Vertrages bei embryopathisch motiviertem Spätabbruch mitumfasst sieht, fehlt es, wie sogleich gezeigt wird, letztlich jedoch an einer Pflichtverletzung des Mediziners, falls das Kind den Eingriff überlebt.

Wird die „Spätabtreibung“¹⁴⁰⁷ dagegen (allein) durchgeführt, um eine dem ungeborenen Kind bei weiterem Verbleib im Mutterleib drohende Gefahr für sein Leben oder seine Gesundheit zu verhindern und ergibt sich dementsprechend die ausnahmsweise Zulässigkeit eines derartigen Eingriffes aus § 34 StGB¹⁴⁰⁸, ist der Inhalt des Arztvertrages insoweit die gesundheitliche Integrität des Fötus. Ein Überleben des Kindes ist in diesen Fällen gerade gewollt und primäres Ziel des Behandlungsvertrages. Die Vermeidung von wirtschaftlichen Folgelasten, die mit der Geburt des Kindes verbunden sind, ist hier unter keinen Umständen als vom Vertragsinhalt umfasst denkbar.

dd. Pflichtverletzung

Verletzt der Arzt eine dieser Pflichten schuldhaft und entsteht der Patientin aus dieser fehlerhaften Behandlung ein Schaden, ist der Mediziner zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet. Für die embryopathisch motivierte Spätabtreibung bedeutet das, dass selbst, wenn das Kind den Eingriff überlebt hat, der Abbruch mithin insofern fehlgeschlagen ist, und man den Unterhaltsaufwand, wenn auch nur im Einzelfall, vom Schutzzweck des Spätabtreibungsvertrages erfasst ansieht, sich die befürchtete Gesundheitsgefahr tatsächlich verwirklicht haben muss, damit – für den Bundesgerichtshof – überhaupt ein Schadensersatzanspruch gegen den Mediziner denkbar ist.¹⁴⁰⁹ Voraussetzung für einen solchen bleibt jedoch immer, dass der Arzt auch schuldhaft eine Vertragspflicht verletzt hat.

Die ärztliche Pflichtverletzung kann dabei in einer unterlassenen oder fehlerhaften, d.h. nach den Regeln der ärztlichen Kunst gebotenen oder nicht der *lege artis* entsprechenden, diagnostischen

1405. So auch *Kammergericht*, MedR 2003, Seite 520 (521), welches den wirtschaftlichen Aspekt bei der medizinischen Indikation nicht ansatzweise als Reflex ableitbar ansieht.

1406. Dazu auch *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 10.01.2002 AkZ: 8 U 079/01

1407. Zwar wird in der medizinischen Fachwelt in diesen Konstellationen von der Einleitung einer Frühgeburt gesprochen, jedoch liegt immer dann, wenn der Eingriff am Rande der Lebensfähigkeit des Fötus erfolgt / erfolgen muss und der handelnde Mediziner aufgrund der hohen extrauterinen Mortalität nach „Geburt“ zu diesem Zeitpunkt im Regelfall den Tod des Kindes billigend in Kauf nimmt / nehmen muss, zunächst ein tatbestandsmäßiger Schwangerschaftsabbruch vor, der allerdings gem. § 34 StGB gerechtfertigt ist (genauer dazu siehe oben unter § 3.A.V.2 „Problemfall“ und § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“), so dass es mir aus Klarstellungsgründen angebracht erscheint, insofern den Begriff Abtreibung / Schwangerschaftsabbruch zu verwenden.

1408. Dazu ausführlich oben unter § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“

1409. Ähnlich *BGH NJW* 1985, Seite 2749 (2751)

oder therapeutischen Maßnahme¹⁴¹⁰ sowie in einer falschen oder unvollständigen Aufklärung und Beratung bestehen.¹⁴¹¹ Schuldhaft handelt der Arzt, wenn er nach objektiven Maßstäben die für sein Tätigkeitsfeld erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat.¹⁴¹² Der ärztliche Sorgfaltmaßstab wird dabei an dem nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft zu erwartenden Handeln eines gewissenhaften Arztes in der gegebenen Lage festgemacht.¹⁴¹³ Vom Mediziner wird verlangt, sich an die in seinem Fachgebiet entwickelten Regeln zu halten, so dass insofern eine objektiv-typisierte Betrachtungsweise gilt.¹⁴¹⁴ Dazu gehört, dass er einen Kernbestand medizinischen Grundwissens zu beherrschen hat. Darüber hinaus muss er mit allen diagnostischen und therapeutischen Methoden vertraut sein, die im Allgemeinen zur Routine seines Fachgebiets gehören.¹⁴¹⁵ Zwar ist dem Arzt bei der Therapiewahl eine gewisse Freiheit zuzubilligen, auch weil nur Pluralismus zur Weiterentwicklung der ärztlichen Therapiepraxis führen kann, jedoch muss er den Patienten über mögliche Alternativbehandlungsmethoden informieren und die Einwilligung zu einer bestimmten Behandlungsweise einholen, wenn Risiken und Chancen der in Betracht kommenden Therapiemöglichkeiten unterschiedlich groß sind.¹⁴¹⁶ Im Rahmen seines insoweit vorhandenen Ermessensspielraumes bleibt der Mediziner jedoch, soweit mehrere Behandlungsverfahren in Betracht kommen, dem „Prinzip des sichersten Weges“ verpflichtet.¹⁴¹⁷

Zu prüfen ist nun, ob dann, wenn der Fötus die Spätabtreibung überlebt, eine Pflichtverletzung des Mediziners vorliegt. Beruht die Späabtreibung auf einer rein medizinischen Indikation, hat das Überleben des Kindes keinerlei Einfluss auf die der Frau drohenden Gesundheits- und Lebensgefahren. Inhalt des Behandlungsvertrages war somit allein die Abwendung von Gefahren für die Schwangere durch das Fortbestehen der Schwangerschaft und der Geburt als solcher.¹⁴¹⁸ Auch bei der Späabtreibung zugunsten des Kindes gemäß § 34 StGB hat der Mediziner, überlebt das Kind, keine Pflicht verletzt, sondern das Ziel des Behandlungsvertrages, ein Überleben des Kindes zu sichern, erreicht.

Wird die Gesundheitsgefahr für die Frau allerdings auch und gerade durch ihre zukünftigen Lebensumstände nach der Geburt des Kindes bewirkt, hat also das Faktum des Habens eines, in diesem Fall oft schwer geschädigten Kindes, Einfluss auf den Gesundheitszustand der Frau, stellt sich die Frage, inwiefern insofern aufgrund des Überlebens des Kindes dem Arzt eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Entscheidend ist, ob der Mediziner ein von einem gewissenhaften Arzt nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft zu erwartendes Handeln unterlassen hat. Das Überleben des Kindes kann bei gegebener extrauteriner Lebensfähigkeit durch den Arzt nur durch Vornahme des Fetozids vor Durchführung des eigentlichen Abbruchs verhindert

1410. Vgl. nur BGH NJW 1989, Seite 767 (767)

1411. Dazu MüKo – Wagner, § 823 RN 753, 764 ff.

1412. Vgl. dazu BGHZ 8, Seite 138 (140)

1413. Dazu MüKo – Wagner, § 823 RN 742 ff.

1414. Laufs / Uhlenbruck - Laufs, Arztrecht, § 99 RN 4

1415. Dazu MüKo – Wagner, § 823 RN 742 ff.

1416. Vgl. nur BGHZ 106, Seite 153 (157); MüKo – Wagner, § 823 RN 747, 783

1417. OLG Koblenz VersR 1994, Seite 353 (353)

1418. Vgl. dazu nur BGH NJW 1985, Seite 2749, 2751; BGH NJW 2002, Seite 2636, 2639

werden. Andere Möglichkeiten bestehen für den Arzt nicht.¹⁴¹⁹ Der Fetoziid am extrauterin lebensfähigen Kind wird von weiten Teilen der Ärzteschaft abgelehnt und als völlig unzumutbar empfunden.¹⁴²⁰ Der Fetoziid bei Lebensfähigkeit des Kindes wird gerade nicht als ein Handeln angesehen, dass von einem gewissenhaften Mediziner zu erwarten ist. Das Gegenteil ist der Fall. Angesichts dessen kann der Fetoziid wohl schon nicht als anerkannte Methode der Wahl beim Spätabbruch zum Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes angesehen werden. Eine Pflicht des Arztes zur Vornahme des Fetozids besteht nach dem derzeitigen Stand der medizinischen Wissenschaft damit – soweit ersichtlich – gerade nicht. Darüber hinaus ist der Fetoziid am extrauterin lebensfähigen Kind auch rechtlich unzulässig.¹⁴²¹ Die Vornahme des Fetozids in der Lebenswirklichkeit typischerweise nur bei extrauterin lebensfähigen Kindern, die behindert bzw. geschädigt sind, ist als verbotene, weil nicht zu rechtfertigende, mittelbar-faktische Diskriminierung der extrauterin lebensfähigen, behinderten ungeborenen Kinder zu qualifizieren. Die Fetoziidpraxis stellt sich insoweit als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG dar. Die demgemäß erforderliche und auch rechtlich zulässige verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB führt zu einem engen Anwendungsbereich der medizinisch-sozialen Indikation unter Ausschluss des Fetozids bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes. Die Vornahme des Fetozids ist jedenfalls ab potentieller Lebensfähigkeit des Kindes nicht mehr vom Rechtfertigungsgrund des § 218 a Abs. 2 StGB gedeckt. Ärzte, die trotzdem das lebensfähige Kind vor dem eigentlichen Schwangerschaftsabbruch intrauterin töten, machen sich schon jetzt wegen Schwangerschaftsabbruchs strafbar. Eine Verpflichtung zur Durchführung einer strafbaren Handlung kann, wie schon § 134 BGB zeigt, für den Arzt nicht bestehen. Der Mediziner hat folglich gerade nicht entgegen der *lege artis* gehandelt und einen Behandlungsfehler begangen, wenn und weil das Kind die Abtreibung überlebt. Die Nichtvornahme eines Fetozids stellt ergo keine Unterschreitung ärztlicher Qualitätsstandards dar.

Zu einer sorgfältige Eingriffs- und Risikoauklärung, in dessen Rahmen er auf ein mögliches Überleben des Kindes eingehen muss, bleibt der Mediziner allerdings verpflichtet, um Haftungsrisiken zu vermeiden. Dies wird aber im Normalfall erfolgt sein.¹⁴²²

b. Deliktische Haftungsgrund

Erleidet ein Patient bei einer ärztlichen Behandlung einen Schaden, so können ihm neben Schadensersatzansprüchen aus Vertragsrecht über § 280 Abs. 1 BGB auch Ansprüche aus

1419. Unzulässig ist z.B. die Tötung des Kindes in oder nach der Geburt. Unzulässig ist aufgrund der dem Arzt dem Feten gegenüber obliegenden Schmerzvermeidungspflicht auch die bewusste und gewollte Herbeiführung von Dauerkontraktionen, so dass das Kind während der Geburt an Sauerstoffmangel stirbt. Vgl. zur Schmerzvermeidungspflicht des Arztes die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.5 „Sonstige allgemeine Voraussetzungen“

1420. Vgl. dazu die umfangreiche Darstellung des ärztlichen Meinungsbildes unter § 4.C.II.1 „Das medizin-ethische Dilemma“

1421. Vgl. ausführlich zur Herleitung und Begründung der rechtlichen Unzulässigkeit des Fetozids bei potentieller Lebensfähigkeit des Kindes die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.c „Der Fetoziid als verfassungsrechtlich unzulässige Benachteiligung Behinderter“

1422. Im Rahmen dieser Arbeit sollen mögliche Folgen eines diesbezüglichen Aufklärungsfehlers nicht vertieft werden. Hier geht es nämlich darum, den bei Spätabtreibungen behaupteten Konflikt des Arztes, bei Überleben des Kindes könnten ihn aufgrund der Nichtvornahme des Fetozids Schadensersatzpflichten treffen, zu verifizieren. Insofern wird zur Problematik der Haftung des Mediziners bei mangelnder Aufklärung bei Spätabtreibung daher beispielhaft auf *Eberbach*, Seite 15 (22 f.) verwiesen.

Deliktsrecht nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Gesundheits- oder Körperverletzung zustehen. Während das Vertragsrecht dabei auf die vertragliche Sonderbeziehung zwischen Arzt und Patient abstellt, ist beim Recht der unerlaubten Handlungen die Verletzung der gegenüber allen Patienten bestehenden ärztlichen Sorgfaltspflicht anspruchsbegründend, wobei beide Ansprüche nebeneinander bestehen können.¹⁴²³ Wenn wie bei embryopathisch motivierten Spätabtreibungen ab potentieller Lebensfähigkeit des Kindes eine vertragliche Schadensersatzpflicht des Arztes schon wegen der aus § 134 BGB i.V.m. § 218 StGB folgenden Nichtigkeit des Vertrages nach der hier vertretenen Auffassung ausscheidet,¹⁴²⁴ scheint das Deliktsrecht als Anspruchsgrundlage an Bedeutung zu gewinnen.

Eine Schadensersatzpflicht des Arztes gem. §§ 823 ff. BGB beruht insoweit auf dem Vorwurf der Verletzung von Verkehrspflichten, die sich in Gestalt spezieller Berufspflichten des Arztes manifestieren.¹⁴²⁵ Diese Pflichten des Mediziners gehören zwar auch zum Gegenstand des Arztvertrages, sind im Rahmen der Unerlaubten Handlungen aber vordringlich darauf gerichtet, die in § 823 Abs. 1 BGB geschützte Gesundheit und körperliche Unversehrtheit des Patienten zu bewahren und setzen, damit eine Ersatzpflicht des Mediziners begründet wird, eine Verletzung dieser Rechtsgüter voraus.¹⁴²⁶ Ob der zur Schädigung des Patienten führende Behandlungsfehler dabei in einem fehlerhaften, also nicht *lege artis* durchgeführtem Eingriff oder der Unterlassung nach den Regeln der ärztlichen Kunst gebotener therapeutischer Maßnahmen zu sehen ist, bleibt sich insofern jedoch gleich.¹⁴²⁷

Voraussetzung für eine deliktische Ersatzpflicht des Mediziners ist zunächst, dass überhaupt eines der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter verletzt wird. Die Einleitung und Durchführung eines Spätabbruchs stellt zwar einen Eingriff in die körperliche Integrität der Frau und somit wie jede ärztliche Behandlung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine tatbestandliche Körperverletzung gem. § 823 Abs. 1 2.Alt. BGB dar.¹⁴²⁸ Die Spätabtreibung erfolgt jedoch mit Einwilligung der Schwangeren, bei der medizinisch-sozialen Indikation gerade zum gesundheitlichen Schutz der Frau, bei § 34 StGB zur Lebensrettung des Kindes und wird zudem, wenn die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB oder § 34 StGB vorliegen, durch die Rechtsordnung für diesen Einzelfall erlaubt. Insofern fehlt es an einer rechtswidrigen Rechtsgutsverletzung der Frau. Auch das Überleben des Kindes nach dem Spätabbruch ist schwerlich als Verletzung der körperlichen Integrität der Frau denkbar. Das Weiterleben des Kindes kann allerdings im Einzelfall tatsächlich, meist dann bei schwersten Schädigungen des Kindes,

1423. Laufs / Uhlenbruck - *Laufs*, Arztrecht, § 97 RN 10; MüKo – *Wagner*, § 823 RN 699; Staudinger – *Hager*, § 823 RN I 6

1424. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.III.2.a.bb „Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen“

1425. Vgl. Geigel – *Wellner*, Haftpflichtprozeß, Kapitel 14 RN 211

1426. Vgl. Geigel – *Wellner*, Haftpflichtprozeß, Kapitel 14 RN 211; Laufs / Uhlenbruck - *Laufs*, Arztrecht, § 97 RN 10 f.; § 103 RN 4

1427. Dazu *BGH NJW* 1989, Seite 767 (767); Staudinger – *Hager*, § 823 RN I 7

1428. Beispielhaft *BGHZ* 29, Seite 46 (49); *BGHZ* 29, Seite 176 (179 f.); *BGH NJW* 1980, Seite 1905 (1906); *BGH* 1981, Seite 633 (634); ein Teil der zivilrechtlichen Literatur sieht dagegen im ärztlichen Heileingriff per se keine Körperverletzung und schließt damit bereits eine Rechtsgutsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB aus (beispielhaft *Larenz / Canaris*, § 76 II 1 g; Laufs / Uhlenbruck - *Laufs*, Arztrecht, § 103 RN 6 je m.w.N.). Auf diesen Streit kommt es hier jedoch letztlich aufgrund der wirksamen Einwilligung der Frau in den Spätabbruch und den damit verbundenen Eingriff in ihre körperliche Integrität nicht an.

durch die mit seiner Existenz und Betreuung verbundenen Belastungen zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung und -schädigung der Frau führen, so dass man von einer Rechtsgutsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 3. Alt. BGB sprechen kann.¹⁴²⁹ Diese ist insofern conditio sine qua non durch Unterlassen des Fetozids, der intrauterinen Tötung des Kindes, durch den Arzt vor Vornahme der Spätabtreibung (mit)verursacht worden.

Zweifelhaft erscheint dann aber schon, ob die Vermeidung der elterlichen Unterhaltpflicht Zweck des ärztlichen Handelns war, denn den gegen eine gesetzliche Norm verstörenden Arzt treffen gerade nicht alle auf seinem Handeln beruhende Folgen, sondern nur diejenigen, die ihm durch eben jene Norm aufgegeben waren.¹⁴³⁰ Jedoch spielt für die Reichweite der deliktischen Handlungspflicht des Arztes auch die vertraglich übernommene Behandlungsaufgabe eine Rolle. Denn Anknüpfungspunkt für die vertragliche Haftung des Mediziners für Behandlungsfehler ist die Verletzung von Verhaltenspflichten, die in gleicher Weise und mit demselben Inhalt auf den Schutz des Patienten bezogen sind wie die deliktischen Sorgfaltspflichten, deren Verletzung zu einer Arzthaftung führen.¹⁴³¹ Insofern sind die einen Arzt bei der Behandlung treffenden vertraglichen und deliktischen Sorgfaltspflichten inhaltlich kongruent¹⁴³² und entscheidend von der Indikation, die dem Schwangerschaftsabbruch zugrunde liegt, abhängig.

Erfolgt die Spätabtreibung zulässigerweise gem. § 34 StGB¹⁴³³, um den Eintritt einer dem ungeborenen Kind bei weiterem Verbleib im Mutterleib drohende Gefahr für sein Leben zu verhindern, dann ist Zweck des ärztlichen Handelns insofern die Erhaltung der gesundheitlichen Integrität des Kindes. Ein Überleben des Kindes ist in diesen Fällen gerade gewollt und primäres Ziel des ärztlichen Handelns. Die Vermeidung von wirtschaftlichen Folgelasten, die mit der Geburt des Kindes verbunden sind, ist hier auch nicht als Nebenzweck des Handelns anzusehen.

Zweck des ärztlichen Handelns bei Durchführung der Spätabtreibung aufgrund medizinischer Indikation – § 218 a Abs. 2 StGB – ist die Abwendung von Gefahren für die Gesundheit der Schwangeren.¹⁴³⁴ Bei der medizinischen Indikation geht es insofern grundsätzlich nicht um die Abwendung einer wirtschaftlichen Notlage bzw. einer für die Schwangere unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung durch das Haben des Kindes, sondern um die Abwendung von Gefahren für die Gesundheit der Schwangeren durch das Fortbestehen der Schwangerschaft und die bevorstehende Geburt selbst, wenngleich mit einem erfolgreichen Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinischer Indikation auch diese Unterhaltsbelastungen entfallen wären.¹⁴³⁵ Allerdings

1429. Unter diesen engen Voraussetzungen ist im Einzelfall auch rechtlich eine embryopathisch begründete Spätabtreibung aus medizinisch-sozialer Indikation denkbar. Vgl. dazu schon oben § 3.B.II.1.b.aa(3) „Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen“. Zur Gesundheitsverletzung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB allgemein vgl. nur MüKo – Wagner, § 823 RN 73 ff.

1430. Vgl. zur Lehre vom Schutzzweck der Norm nur MüKo – Wagner, § 823 RN 346 ff.

1431. Laufs / Uhlenbrück - Laufs, Arztrecht, § 97 RN 10 f.; dazu auch Geigel – Wellner, Haftpflichtprozeß, Kapitel 14 RN 211 MüKo – Wagner, § 823 RN 699

1432. Vgl. BGH NJW 1989, Seite 767 (767); Geigel – Wellner, Haftpflichtprozeß, Kapitel 14 RN 211; Staudinger – Hager, § 823 RN I 17

1433. Dazu ausführlich oben unter § 3.C „Straflosigkeit der Spätabtreibung gem. § 34 StGB“

1434. Vgl. dazu nur BGH NJW 1985, Seite 2749 (2751); NJW 2002, Seite 2636 (2639); NJW 2003, Seite 3411 (3411)

1435. Vgl. insoweit nur BGH NJW 1985, Seite 2749 (2751); NJW 2002, Seite 2636 (2639)

dürfte nach der inhaltlich bedenklichen¹⁴³⁶ Ansicht des Bundesgerichtshofes, der vom Schutzzweck des Schwangerschaftsabbruchvertrages auch die Bewahrung vor den Unterhaltsaufwendungen für das Kind als erfasst ansieht,¹⁴³⁷ wenn die Gesundheitsgefahr bei der medizinisch-sozialen Indikation durch die mit dem Haben des – zumeist schwergeschädigten – Kindes verbundenen schweren Belastungen für die Mutter verursacht wird, ebenso der Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB die tatsächlich zu Gesundheitsschädigungen führende wirtschaftliche Überforderung der Frau und somit die finanziellen Aufwendungen für den Unterhalt des Kindes als Schadensposten in dieser Konstellation umfassen, folglich das ärztliche Handeln in diesem Fall auch die Vermeidung der elterlichen Unterhaltpflicht bezwecken.¹⁴³⁸

Jedoch fehlt es an der Pflichtwidrigkeit des Handelns des Arztes. Denn nicht die Spätabtreibung an sich, die durch § 218 a Abs. 1 StGB gerechtfertigt ist, würde ihm zum Vorwurf gemacht werden, sondern die Tatsache, dass er nicht den Fetoziid, genauer gesagt, das aktive Töten des nasciturus im Mutterleib, als Abbruchmethode gewählt hat. Hier fehlt es insofern an einem pflichtwidrigen Unterlassen des Mediziners. Der Fetoziid kann angesichts seiner rechtlichen Unzulässigkeit¹⁴³⁹ und der Ablehnung, der er in der medizinischen Fachwelt ausgesetzt ist,¹⁴⁴⁰ nicht als anerkannte Methode der Wahl beim Spätabbruch zum Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus angesehen werden.¹⁴⁴¹ Auch besteht eine andere, rechtlich zulässige Möglichkeit, ein Überleben des Kindes bei bestehender extrauteriner Lebensfähigkeit zu verhindern, für den Arzt nicht. Es fehlt die Möglichkeit eines rechtmäßigen Alternativverhaltens. Der Mediziner hat folglich gerade nicht entgegen der *lege artis* gehandelt und einen Behandlungsfehler begangen, wenn und weil das Kind die Abtreibung überlebt.

Folglich scheidet auch eine deliktische Schadenersatzbegründung aus.

3. Fazit

Damit bestehen letztlich unabhängig davon, aus welcher Intention der Eingriff vorgenommen wird, auch und selbst unter Zugrundelegung der „Kind als Schaden“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weder vertraglich noch deliktisch begründete Schadenersatzansprüche gegen den Arzt, wenn und weil das Kind den Spätabbruch überlebt.

Der Schutzzweck des Vertrages über die Spätabtreibung bzw. der Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB beinhalten beim Spätabbruch aufgrund enger medizinisch-sozialer Indikation sowie zugunsten des Kindes gemäß § 34 StGB vorgenommenem Schwangerschaftsbeendigung schon

1436. Dazu schon siehe oben unter § 4.C.III.1 „Kind als Schaden?“

1437. Vgl. nur *BGH NJW* 2002, Seite 2636 (2369); *NJW* 2003, Seite 3411 (3411)

1438. Vgl. allgemein zur Kongruenz der vertraglichen und deliktischen Arzthaftung *BGH NJW* 1989, Seite 767 (767); Geigel – *Wellner*, Haftpflichtprozeß, Kapitel 14 RN 211; *Staudinger – Hager*, § 823 RN I 17. Zum Schutzzweck des Schwangerschaftsabbruchsvertrages in diesen Konstellationen vgl. auch die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.III.2.a.cc „Vermeidung der wirtschaftlichen Folgen der Geburt eines Kindes als umfasster Vertragszweck?“

1439. Dazu bereits oben unter § 4.C.II.2 „Rechtliche Zulässigkeit“

1440. Vgl. dazu nur *BÄK*, Erklärung, DÄB 1998, Seite B – 2334 (2334); *Fachgesellschaften*, „Schwarzenfelder Manifest“, Frauenarzt 1998, Seite 321 (324); *Kainer*, DÄB 2002, Seite A - 2545 (A - 2552). Eine ausführliche Darstellung des ärztlichen Meinungsbildes auch oben unter § 4.C.II.1 „Das medizin-ethische Dilemma“

1441. Dazu auch schon oben unter § 4.C.III.2.a.dd “Pflichtverletzung“

nicht den Schutz vor den mit der Geburt des Kindes verbundenen wirtschaftlichen Belastungen. In diesen Konstellationen soll auch möglichst bzw. gerade als Ziel des Eingriffs ein Überleben des Kindes gesichert werden. Der Fetozid, der dieses Ziel gerade konterkarieren würde, kann dem Arzt insofern nicht als Pflichtverletzung vorgeworfen werden.

Bei der embryopathisch motivierten Spätabtreibung ist jedenfalls ab potentieller Lebensfähigkeit des Kindes ein wirksamer Vertrag über den Schwangerschaftsabbruch oder die Vornahme des Fetozids wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB i.V.m. § 218 StGB, nicht möglich. Fetozid und embryopathisch motivierter Schwangerschaftsabbruch sind ab diesem Zeitpunkt nach der hier vertretenen verfassungskonformen Auslegung der medizinisch-sozialen Indikation von § 218 a Abs. 2 StGB nicht mehr mit umfasst. Auch der Vertragsinhalt beim Spätabbruch aufgrund medizinisch-sozialer Indikation bzw. der Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB kann nur unter schon bedenklich weiter Auslegung überhaupt den Schutz vor den mit der Geburt des Kindes verbundenen wirtschaftlichen Belastungen beinhalten. Jedenfalls kann die Nichtvornahme des Fetozids, einer aktiven Tötung des schon lebensfähigen Kindes im Mutterleib, dem Mediziner nicht als Pflichtverletzung angelastet werden. Zum einen ist dieser schon innerhalb der Medizin derart umstritten und wird als in solchem Maße unzumutbar empfunden, dass der Fetozid keine nach den Regeln der ärztlichen Kunst gebotene Standardmaßnahme darstellt und es folglich keine Verpflichtung des Arztes zur Wahl gerade dieser Abbruchmethode gibt, wenn und weil das Kind lebensfähig ist. Zum anderen wird der Fetozid am extrauterinen Kind, wie dargelegt, nicht von der einen Spätabbruch im Einzelfall ermöglichen medizinisch-sozialen Indikation erfasst. Jeder Arzt, der trotzdem auf diese Art und Weise einen Schwangerschaftsabbruch bei Lebensfähigkeit des Kindes vornimmt, macht sich strafbar. Zu einem strafbaren Handeln kann, wie bereits § 134 BGB deutlich macht, kein Arzt rechtlich verpflichtet sein.

IV. Konfliktlösung: Das Ergebnis im Zusammenhang

Mit dem und durch das Überleben des Kindes ergeben sich nur bei der embryopathisch motivierten Spätabtreibung Handlungskonflikte für den Arzt und entstehen grundsätzliche Widersprüche, die hier zur Erinnerung noch mal kurz skizziert werden.¹⁴⁴² Zwar dürfen auch embryopathische Parameter im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation berücksichtigt werden, sofern sie zu einer mütterlichen Gesundheitsgefahr in der von § 218 a Abs. 2 StGB geforderten Schwere führen.¹⁴⁴³ Zweck der embryopathisch motivierten Spätabtreibung ist es dann allerdings, die eine Gesundheitsgefahr begründende Belastung der Mutter durch ein schwer- und schwerstgeschädigtes Kind zu beseitigen, also möglichst kein lebendes Kind zu bekommen.

Die Subsumption dieser Konstellationen unter die medizinisch-soziale Indikation führt dabei dazu, dass, zumindest scheinbar, de lege lata eine Abtreibung mit dem Ziel der Tötung des Kindes bis zur natürlichen Geburt denkbar ist. Anderseits ist der Arzt als Garant bei Überleben des Kindes unter Strafandrohung verpflichtet, seine Handlungstendenz umzukehren und alles medizinisch erforderliche dafür zu tun, dass das Kind nunmehr auch überlebt. Der Arzt gerät dadurch in einen Handlungswiderspruch. Im Übrigen hat das Kind, das gerade wegen der zu erwartenden Belastungen aufgrund bestehender Schädigungen getötet werden sollte, durch die frühe „Geburt“ in der Regel noch weitere Schäden davongetragen. Die Belastungen der Mutter und damit die

1442. Ausführlich dazu bereits oben unter § 4.B „Der Konflikt“

1443. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.B.II.1.b.aa(3) „Leiden, die erst aufgrund der Belastung mit einem geschädigten Kind entstehen“

Gesundheitsgefahr bzw. Schwere derselben steigen damit sogar. Insofern versuchen einige Ärzte zu verhindern, dass das Kind überlebt, indem sie es vor dem eigentlichen Schwangerschaftsabbruch im Mutterleib töten.¹⁴⁴⁴ Dahinter verbirgt sich ein nur schwer zu erklärender Wertungswiderspruch: Während die aktive, embryopathisch motivierte Tötung¹⁴⁴⁵ eines ungeborenen extrauterin lebensfähigen Kindes zulässig, ja gerechtfertigt sein soll, stellt dieselbe Tötungshandlung nach dem Überleben der Abtreibung ein Tötungsdelikt dar. Das erste nennt man Schwangerschaftsabbruch, das zweite Totschlag. Die Strafbarkeit wegen aktiver Tötung trotz oder gerade wegen potentieller Lebensfähigkeit des Kindes hängt allein davon ab, ob sich das Kind zufällig noch im Mutterleib befindet oder nicht.¹⁴⁴⁶ Nach und bereits auch in (!) der künstlich ausgelösten „Geburt“ des lebenden und lebensfähigen Kindes ist für den Abbruchsarzt aber – selbstverständlich – nicht nur die aktive Tötung des Neugeborenen, sondern auch das Unterlassen der gebotenen intensivmedizinischen Maßnahmen, falls deswegen der Tod des Kindes eintritt, nach §§ 211 ff. StGB strafbar. Nicht zuletzt fürchten die Ärzte auch gegen sie gerichtete Schadensersatzforderungen wegen Überlebens des Kindes.¹⁴⁴⁷

Solche Konflikte bestehen dagegen nicht bei der rein medizinisch indizierten Spätabtreibung, da beabsichtigt ist, Leben und Gesundheit der Mutter und, wenn möglich, auch das Leben des Kindes zu erhalten, sowie bei dem gemäß § 34 StGB zur Rettung des Kindes erfolgenden Spätabbruch.¹⁴⁴⁸

Die im Rahmen dieser Arbeit unter Zugrundelegen der derzeitigen Gesetzeslage gefundene, rechtlich gebotene Konflikt(auf)lösung sieht dabei – im Zusammenhang dargestellt - wie folgt aus:

1. Garantenpflicht des Arztes bei Lebendgeburt des Kindes, Pflicht zur Umkehrung seiner Handlungstendenz

Kommt nach einer embryopathisch motivierten Abtreibung ein lebendes und lebensfähiges Kind zur Welt, so trifft den Arzt als Garanten unabhängig davon, aus welcher Intention der Schwangerschaftsabbruch vorgenommen wurde oder auf welche Art und Weise das Kind zur Welt gekommen ist, die Pflicht, die notwendigen und erforderlichen medizinischen Maßnahmen zu treffen, um ein Überleben des Kindes zu sichern.¹⁴⁴⁹ Die dadurch bedingte Umkehrung der Handlungstendenz des Arztes ist rechtlich geboten und kann nicht durch Entzug eines Teils des normativen Lebensschutzes – den durch positive Garantiepflichten gesicherten – aufgelöst werden. Das verbietet schon die überragende Bedeutung¹⁴⁵⁰ des verfassungsrechtlich garantierten Lebensschutzes und des Tötungsverbotes von geborenem Menschen in unserer Rechtsordnung. Die Abtreibung stellt nur eine den Lebensschutz de facto abschwächende Ausnahme davon für das ungeborene menschliche Leben dar, die mit der verminderten Schutzfähigkeit des Staates, die

1444. So jedenfalls in einigen Fällen *Kaisenberg etc.*, DÄBl 2005, Seite A - 133 (A - 133) und *Wernstedt etc.*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2005, Seite 761(762), wie sie jeweils selber in den angeführten Nachweisen erwähnen.

1445. *Weise*, Frauenarzt 1997, Seite 1218 (1219) spricht sogar von Früheuthanasie.

1446. Ähnlich *Otto*, ZfL 1999, Seite 55 (59); *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (502)

1447. Dazu beispielhaft *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1506)

1448. Ausführlich dazu bereits oben unter § 4.B „Der Konflikt“

1449. Vgl. dazu schon die Ausführung in dieser Arbeit unter § 4.A „Die Ausgangslage: Garantenstellung des Arztes bei Lebendgeburt nach erlaubter Abtreibung“. Dazu auch *Merkel*, Früheuthanasie, Seite 238

1450. Vgl. dazu nur Dreier – *Schulze-Fielitz*, Art. 2 II RN 62 ff.; *Mangoldt / Klein / Starck – Starck*, Art. 2 Abs. 2 RN 205 ff.

aufgrund der engen und einzigartigen Verbindung zwischen Schwangerer und Kind und der daraus folgenden notwendigen Berücksichtigung der Interessen der Frau besteht,¹⁴⁵¹ verfassungsrechtlich begründet werden kann.¹⁴⁵² Mit der Geburt befindet sich das Kind jedoch nicht mehr in der ihrerseits unantastbaren Mutter. Die Art der Verbindung zwischen Frau und Kind sowie die Schutzfähigkeit des Staates gegenüber dem Kind ändern sich dadurch. Angesichts des evidenten, verfassungsrechtlich garantierten Gewichts des Tötungsverbots gegenüber dem geborenen Menschen erscheint es ausgeschlossen, aus der als Ausnahme konstruierten Abtreibungserlaubnis rechtliche Einschränkungen für den nahezu absoluten und uneingeschränkten Schutz des geborenen Lebens herzuleiten.¹⁴⁵³

2. Weigerungsrecht des Arztes zur Vornahme eines embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbruchs

Der Arzt kann dem ihm bei Durchführung eines embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbruchs zu einem Zeitpunkt, in dem das ungeborene Kind potentiell lebensfähig ist, drohenden individuellen Konflikt zwischen auf Tod des Kindes gerichteten Abbruchshandeln und bei Überleben des Kindes sich anschließender prinzipieller Behandlungspflicht durch Berufung auf sein in § 12 SchKG festgeschriebenes Weigerungsrecht ausweichen. Dabei muss er nicht grundsätzlich die Teilnahme an Schwangerschaftsabbrüchen verweigern. Ihm steht es vielmehr auch frei, nur die Vornahme von oder die Mitwirkung an Abtreibungen bei bestehender oder zu vermutender extrauteriner Lebendigkeit abzulehnen. Auch die in § 12 Abs. 2 SchKG normierte Ausnahme vom Weigerungsrecht des Arztes greift bei embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen nicht. In diesen Konstellationen ist die Gesundheitsgefahr in der Regel eine seelische und kann erst unter Berücksichtigung der Lebensumstände prognostiziert werden. § 12 Abs. 2 SchKG fordert aber, dass die Mitwirkung des Arztes notwendig ist, um von der Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden. Im Gegensatz zur medizinisch-sozialen Indikation muss hier, schon dem Wortlaut nach, eine bleibende Gesundheitsverletzung, eben eine Gesundheitsbeschädigung, drohen. Die Gefahrfeststellung erfolgt dabei ohne die Berücksichtigung der gegenwärtigen oder zukünftigen Lebensumstände oder psychischer Befindlichkeiten. Insofern findet die Einschränkung des § 12 Abs. 2 SchKG nur für die Fälle der strengen medizinischen Indikation Anwendung, wenn von der Schwangeren eine akute Lebesgefahr abzuwenden ist.¹⁴⁵⁴ Auch arbeitsrechtliche Konsequenzen hat der Arzt, der sich weigert, Spätabtreibungen in diesen Konstellationen vorzunehmen, unabhängig davon, ob er sich im Anstellungsvertrag zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen verpflichtet hat, nicht zu fürchten. Nur im Ausnahmefall, wenn dem Krankenhausträger eine andere Beschäftigung des Arztes nicht möglich ist, kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht.

3. Unzulässigkeit des Fetozids ab extrauteriner Lebendigkeit des Kindes

Eine Umgehung der Umkehrung der Handlungstendenz und ein Ausweichen des Konfliktes sind dem Arzt jedoch nicht dadurch möglich, dass er ein Überleben des Kindes durch gezielte, intrauterine Tötung zu verhindern sucht. Die Vornahme des Fetozids in der Lebenswirklichkeit

1451. Vgl. dazu *BVerfGE* 88, Seite 203 (254 f.)

1452. Vgl. insofern auch *BVerfGE* 88, Seite 203 (263 f.)

1453. Ähnlich auch *Hanke*, Nachsorgender Schutz, Seite 51, *Merkel*, Frühethanasie, Seite 236

1454. *Hofstätter*, Seite 339; *Laufs / Uhlenbruck – Uhlenbruck*, § 143 RN 44; *LK – Kröger*, § 218 a RN 78; *NK – Merkel*, § 218 a RN 165; so wohl auch *MüKo – StGB – Groppe*, § 218 a RN 101 mit FN 161; *SK – Rudolphi*, § 218 a RN 51

typischerweise nur bei extrauterin lebensfähigen Kindern, die behindert bzw. geschädigt sind, ist als verbotene, weil nicht zu rechtfertigende, mittelbar-faktische Diskriminierung der extrauterin lebensfähigen, behinderten ungeborenen Kinder zu qualifizieren. Sie werden aufgrund der praktischen Auswirkungen der Zielsetzung der embryopathisch motivierten Spätabtreibung, möglichst kein lebendes Kind zu bekommen, im Gegensatz zu der nicht embryopathisch motivierten Spätabtreibung aus medizinischer Indikation, bei der, wenn möglich, auch immer die Rettung des bereits potentiell lebensfähigen Kindes versucht wird, faktisch hinsichtlich der Chancen zur Verwirklichung ihres Lebensrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG erheblich schlechter gestellt. Mit Beginn der Lebendigkeit der ungeborenen Kinder wirkt sich die Wahl der Abbruchmethode – eben gerade mit oder ohne vorheriger Tötung im Mutterleib – entscheidend auf die Chancen des nun möglichen Überlebens außerhalb des Mutterleibes nach Beendigung der Schwangerschaft aus. Gleichzeitig beginnt die Ungleichbehandlung hinsichtlich der in der Praxis einseitig zu Lasten der behinderten Kinder vorgenommenen Wahl des Fetozids als Abbruchmethode, faktisch benachteiligend zu wirken. Diese Fetozidpraxis stellt sich insoweit als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG dar. Ein verfassungsrechtlich haltbarer zwingender Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung liegt nicht vor. Das Bestehen einer durch embryopathische Gegebenheiten verursachten Gesundheitsgefahr sowie die Unzumutbarkeit eines anderweitigen Abwendens dieser Gefahr für die Frau sind Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Spätabtreibung und können, da sie auch bei nicht embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen vorliegen müssen, nicht darüber hinausgehende zusätzliche Rechtfertigung für die benachteiligte Ungleichbehandlung sein. Zudem besteht für die Schwangere grundsätzlich weiterhin die Möglichkeit, auch einem sich gesundheitlich niederschlagenden embryopathisch begründeten Konflikt durch Abbruch der Schwangerschaft, allerdings zeitlich begrenzt bis zur potentiellen Lebendigkeit des Kindes,¹⁴⁵⁵ auszuweichen. Die durch die behinderungsbedingten Belastungen der Mutter ausgelösten Gesundheitsgefahren lassen sich, sofern die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB erfüllt sind, in der Regel durch eine Abtreibung zu einem Zeitpunkt, zu dem das Kind noch nicht außerhalb des Mutterleibes lebensfähig ist und damit für die Vornahme eines Fetozids auch kein „Bedürfnis“ besteht, vermeiden. Denn die gängigen pränataldiagnostischen Verfahren und Methoden, die Schädigungen des Kindes aufdecken, die aufgrund der damit für die Frau drohenden Belastungen zu einer Gesundheitsgefahr führen könnten, sind ausnahmslos bereits vor Eintritt der Lebendigkeit des Kindes anwendbar.¹⁴⁵⁶ Die demgemäß erforderliche und auch rechtlich zulässige¹⁴⁵⁷ verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB führt zu einem engen Anwendungsbereich der medizinisch-sozialen Indikation unter Ausschluss des Fetozids bei extrauteriner Lebendigkeit des Kindes. Die Vornahme des Fetozids ist jedenfalls ab potentieller Lebendigkeit des Kindes nicht mehr vom Rechtfertigungsgrund des § 218 a Abs. 2 StGB gedeckt. Ärzte, die trotzdem das lebensfähige Kind vor dem eigentlichen Schwangerschaftsabbruch intrauterin töten, machen sich schon jetzt wegen Schwangerschaftsabbruchs strafbar.¹⁴⁵⁸

1455. Dazu sogleich unter § 4.C.IV.4 „Zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit embryopathisch motivierter Spätabtreibungen“

1456. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.c „Der Fetozid als verfassungsrechtlich unzulässige Benachteiligung Behindelter“

1457. Insbesondere auch im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG und dem Verbot der Rechtsfortbildung contra legem. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.e.bb „Art. 103 Abs. 2 GG und das Verbot der Rechtsfortbildung contra legem“

1458. Vgl. zum Ganzen die umfassenden Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2 „Rechtliche Zulässigkeit“

4. Zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit embryopathisch motivierter Spätabtreibungen

Der Ausschluss des Fetozids am extrauterin lebensfähigen Kind aus dem Anwendungsbereich der Norm führt bei den embryopathisch motivierten Spätabtreibungen dazu, dass diese in der Regel, wenn es um die Beseitigung der durch die Sorge und Pflege eines behinderten Kindes drohenden gesundheitsgefährdenden, nachgeburtlichen Belastungen der Frau geht, auch im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation nur noch bis zur extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes, also etwa der 20. Schwangerschaftswoche p.c., rechtlich zulässig sind.¹⁴⁵⁹ Denn mit Ausschluss des Fetozids als rechtlich zulässige Abbruchmethode, sobald das Kind potentiell lebensfähig ist, können auch embryopathisch motivierte Spätabtreibungen nur noch durch Weheninduktion vorgenommen werden.¹⁴⁶⁰ Damit besteht aber die Möglichkeit, dass das Kind den Schwangerschaftsabbruch überlebt und aufgrund seiner extremen Unreife zusätzliche Schädigungen erleidet. Eine Beendigung der Schwangerschaft im frühen Stadium extrauteriner Lebensfähigkeit würde daher die Konflikt- und Gefahrenlage, die ja gerade durch die künftigen Belastungen mit einem geschädigten Kind ausgelöst wird, nur verschärfen.¹⁴⁶¹ Die Abtreibung durch Geburtseinleitung ist in diesen embryopathischen Konstellationen mit Beginn der Lebensfähigkeit des Kindes demgemäß gar nicht mehr geeignet, die Gesundheitsgefahr für die Schwangere zu beseitigen, im Gegenteil, es droht eine Verschärfung des Konflikts.¹⁴⁶² Folglich ist ein Schwangerschaftsabbruch in diesen Fällen dann auch nicht mehr angezeigt i.S.v. § 218 a Abs. 2 StGB, um die Gefahrenlage zu beseitigen.¹⁴⁶³ Insofern bleibt der Schwangeren dann in den Konstellationen, in denen sich die embryopathisch motivierte Gefahrenlage erst nach Beginn der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes manifestiert, tatsächlich nur die Freigabe des Kindes zur Adoption oder die Überweisung des Kindes in ein Heim als nachgeburtliche Möglichkeit der Konfliktlösung.¹⁴⁶⁴

5. Unwirksamkeit eines Vertrages über einen embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbruch und einer Verpflichtung des Arztes zur Vornahme des Fetozids bei potentieller Lebensfähigkeit des ungeborenen Kindes

Konsequenz dieser verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung ist, dass Verträge über einen embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbruch ab extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes infolge des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB iVm § 218 StGB, nichtig sind. Da der Schwangerschaftsabbruch ab Lebensfähigkeit des Kindes nicht mehr geeignet ist, die Gefahr von der Schwangeren abzuwenden, fehlt es an der von § 218 a Abs. 2 StGB verlangten Angezeigtheit des Schwangerschaftsabbruchs. Dies gilt bereits ab potentieller Lebensfähigkeit des Kindes, die etwa ab der 22. SSW p.m. bzw. 20. SSW p.c. angenommen werden muss.¹⁴⁶⁵ Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt besteht die Gefahr der Verschlimmerung der bereits vorhandenen Behinderung

1459. Erforderlich ist dabei natürlich, dass tatsächlich auch die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB vorliegen.

1460. Zu den medizinischen Methoden des Schwangerschaftsabbruchs bei Spätabtreibung siehe die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 3.A.VI „Exkurs: Wie erfolgt die Spätabtreibung medizinisch“

1461. Ähnlich auch Woopen, Gynäkologe 1999, Seite 374 (377)

1462. So auch NK – Merkel, § 218 a RN 110

1463. A. A. jedoch NK – Merkel, § 218 a RN 109 ff., der als „Lösung“ den Fetozid präveriert, dabei allerdings auch die mittelbar-faktische, behindertendiskriminierende Wirkung der Fetozidpraxis, die durch diese weite Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB ermöglicht wird, übersieht (vgl. NK – Merkel, § 218 a RN 97)

1464. Vgl. zum Ganzen die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.II.2.e.aa „Verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB“

1465. Vgl. dazu bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 1.B.II „Extrauterine Lebensfähigkeit“

durch das Entstehen neuer Schädigungen, die durch die frühe Geburt bedingt sind. Es bleibt deshalb beim grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs aus § 218 StGB, da § 218 a Abs. 2 StGB nicht greift. Auch eine Verpflichtung zur Vornahme eines Fetozids kann demgemäß vertraglich wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nicht wirksam vereinbart werden, sobald das Kind potentiell lebensfähig ist.

6. Keine Schadensersatzforderungen gegen Arzt wegen Überleben des Kindes möglich

Auch wenn bei embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbrüchen das Kind überlebt und damit das eigentliche Ziel des Abbruchs, der Tod des Kindes, verfehlt ist, trifft den Arzt, auch und selbst unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls keine Schadensersatzpflicht, wenn und weil bei der Spätabtreibung ein lebendes Kind zur Welt kommt, sofern er über das Risiko des Überlebens des Kindes aufgeklärt hat.¹⁴⁶⁶ Da befürchtete Schadensersatzforderungen von Eltern gegen den Mediziner oft als Grund für die Vornahme des Fetozids angeführt werden,¹⁴⁶⁷ scheint noch einmal deutlich darauf hingewiesen werden zu müssen, dass hier, selbst unter Zugrundelegung der insofern problematischen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,¹⁴⁶⁸ keine Schadensersatzpflicht besteht. Es kann dem Arzt nicht als Pflichtverletzung angelastet werden, dass das Kind lebend zur Welt kommt, da nur die Vornahme des Fetozids ein derartiges Überleben des bereits extrauterin lebensfähigen Kindes verhindert hätte. Dieser ist aber schon innerhalb der Medizin derart umstritten und wird als in solchem Maße unzumutbar empfunden,¹⁴⁶⁹ dass der Fetozid keine nach den Regeln der ärztlichen Kunst gebotene Standardmaßnahme darstellt und es folglich keine Verpflichtung des Arztes zur Wahl gerade dieser Abbruchmethode gibt, wenn und weil das Kind lebensfähig ist.¹⁴⁷⁰ Zudem wird der Fetozid am extrauterinen Kind, wie dargelegt, nicht von der einen Spätabbruch im Einzelfall ermöglichen medizinisch-sozialen Indikation¹⁴⁷¹ erfasst. Jeder Arzt, der trotzdem auf diese Art und Weise einen Schwangerschaftsabbruch bei Lebensfähigkeit des Kindes vornimmt, macht sich strafbar. Zu einem strafbaren Handeln kann, wie bereits § 134 BGB deutlich macht, kein Arzt rechtlich verpflichtet sein.

D. Überlegungen de lege ferenda

Auch wenn, wie gezeigt, bereits de lege lata unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung, dass Art. 103 Abs. 2 GG nicht für Rechtfertigungsgründe und damit auch für die medizinisch-soziale Indikation gilt, eine Konfliktauflösung möglich ist, sollen hier in der gebotenen Kürze noch Überlegungen de lege ferenda erfolgen. Denn die derzeitige Regelung des § 218 Abs. 2 StGB, der seinem Wortlaut nach keine Einschränkungen bzgl. einer Abbruchmethode macht, führt jedenfalls dazu, dass für die Beteiligten am Schwangerschaftsabbruch, Arzt und Mutter, nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist, dass sie sich strafbar machen, wenn sie nach extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes einen embryopathisch motivierten Schwangerschaftsabbruch mittels Fetozid durchführen.

1466. Siehe dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.III.2.a.dd „Pflichtverletzung“ und unter § 4.C.III.2.b „Deliktische Haftungsbegründung“

1467. Beispielhaft *Philipp*, Frauenarzt 1998, Seite 1504 (1514)

1468. Zur Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Kind als Schaden Problematik vgl. bereits die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.III.1 „Kind als Schaden?“

1469. Siehe dazu unter § 4.C.II.1 „Das medizin-ethische Dilemma“

1470. Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 4.C.III.2.a.dd „Pflichtverletzung“

1471. § 218 a Abs. 2 StGB

Dies sollte, um Rechtsklarheit zu schaffen, mit einer Neuregelung der strafrechtlichen Regelung geändert werden. Nicht zuletzt erscheint es auch deshalb sinnvoll, eine Änderung des geltenden § 218 a Abs. 2 StGB vorzunehmen, um eine verfassungswidrige Anwendung und Auslegung zu verhindern.

I. Explizites Verbot des Fetoziids

Um diesen Problemkonstellationen gerecht zu werden, ist eine Änderung des Gesetzes denkbar, aus der sich die Unzulässigkeit des Fetoziids ab extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes ergibt. Dabei sind unterschiedliche Wege möglich. Es könnte zum einen ausdrücklich ein Verbot von intrauterinen Tötungen durch aktive Eingriffe in Lebensvorgänge ab diesem Zeitpunkt normiert, zum anderen, ähnlich gelagert, der Ausschluss bestimmter Abbruchmethoden ausgesprochen werden. Um dem jeweiligen Kind das nun mögliche Überleben zu sichern, ist allerdings auch mittelbar ein Fetoziidverbot dadurch erreichbar, dass bei Lebensfähigkeit des Feten ex utero nur eine schonende Geburtseinleitung als zulässig statuiert wird. Angesichts des Ziels der angedachten Gesetzesänderung, Rechtsklarheit zu schaffen, ist jedoch ein explizites und nicht nur ein mittelbares Verbot zu bevorzugen. Dabei erscheint es sinnvoller, um ein Fetoziidverbot zu erreichen, nicht nur auf bestimmte Abbruchmethoden abzustellen, dieses Verbot könnte im Zweifel durch den Einsatz neuer Methoden umgangen werden, sondern allgemein die Unzulässigkeit von aktiven Eingriffen in Lebensvorgänge ab extrauteriner Lebensfähigkeit festzuschreiben. Auch Missbrauchsmöglichkeiten bestehen dabei bei konsequenter Auslegung des Gesetzes nicht. Eine Umgehung des Verbots, etwa durch ein „Überdosis“ Prostaglandin, mit der verdeckt ein Tod des Kindes in der überlangen Geburt erreicht werden soll,¹⁴⁷² ist in rechtlich zulässiger Weise nicht möglich. Denn wie bereits im Rahmen dieser Arbeit gezeigt,¹⁴⁷³ ist mit Ausschluss des Fetoziids aus den zulässigen Abbruchmethoden ein embryopathisch motivierter Schwangerschaftsabbruch bei und ab Lebensfähigkeit des Kindes nicht mehr geeignet und damit angezeigt, um die Gesundheitsgefahr von der Frau abzuwenden. Durch die nur mittels Weheneinleitung herbeiführbare frühe „Geburt“ drohen den Kindern aufgrund der hohen Morbidität, die an der Grenze zur extrauterinen Lebensfähigkeit besteht,¹⁴⁷⁴ zusätzliche Schädigungen und der Frau dadurch eine Erhöhung der belastungsbedingten Gesundheitsgefahr. Letztlich wird dadurch das Nicht-Haben-Wollen des Kindes als Motivation nach Erreichen der extrauterinen Lebensfähigkeit ausgeschlossen.

Der Vorteil eines solchen expliziten Verbots und der dadurch implizierten de facto Fristsetzungen für embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche ist dabei, dass trotzdem in den seltenen Fällen, in denen der Fetus todgeweiht ist, also auch nach termingerechter Geburt keine Lebenserhaltungsmaßnahmen ergriffen werden würden und müssen,¹⁴⁷⁵ ein Schwangerschaftsabbruch möglich bleibt und die Frau nicht gezwungen wird, das Kind bis zur Geburt auszutragen, nur damit es danach – unaufhaltsam – stirbt. Denn jedenfalls dann, wenn die durch eine solche Diagnose bei der Schwangeren ausgelösten psychischen Belastungen den in

1472. So die Befürchtungen von *Hofstätter*, Seite 200; ähnlich auch NK - *Merkel*, § 218 a RN 110

1473. Dazu ausführlich unter § 4.C.II.2.e.aa „Verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB“

1474. Dazu beispielhaft *Pawlowski / Böttcher / Gietzelt*, in: *Friese* (Hrsg.), Seite 373 (377 ff.)

1475. Um welche Fälle es sich dabei genau handelt, kann im Rahmen dieser Arbeit aus Platzgründen nicht genauer untersucht und dargelegt werden. Insofern verweise ich jedoch auf die Ausführungen bei *Everschor*, Seite 237 ff.; *Glöckner*, Seite 171 ff.; 290 ff., vgl. auch die Übersicht über den Meinungsstand und die Fallkonstellationen dazu bei *Beller*, Zeitschrift für Geburtshilfe und Neonatologie 202 (1998), Seite 220 (221); *Hofstätter*, Seite 178 ff.

§ 218 a Abs. 2 StGB erforderlichen Grad einer Gesundheitsgefährdung erreichen, was wohl die Regel sein dürfte, kann durch Weheninduktion die Schwangerschaft beendet werden. Für die Durchführung des Fetozids besteht in diesen Fällen auch gar kein Bedürfnis, da hier ja gerade ein nachgeburtliches Überleben des schwerstgeschädigten und selbständig lebensunfähigen Kindes nicht zu erwarten ist.

II. Alternative Lösungsvorschläge zum Fetozidverbot

Um das „Nicht-Haben-Wollen“ des behinderten Kindes als Eingriffsmotivation ab extrauteriner Lebensfähigkeit auszuschließen, mehr Rechtsklarheit zu schaffen und eine gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verstoßende Gesetzesanwendung zu verhindern, sind auch alternative Ansätze denkbar.

1. Fristsetzung

Vielfach wird eine Befristung der medizinisch-sozialen Indikation dergestalt vorgeschlagen, dass ab extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes, etwa der zwanzigsten Schwangerschaftswoche, embryopathische Motivationen aus dem Anwendungsbereich des § 218 a Abs. 2 StGB ausgeschlossen werden.¹⁴⁷⁶ Auch wenn dabei ab extrauteriner Lebensfähigkeit die Belastungen, denen die Mutter nach der Geburt eines schwergeschädigten Kindes ausgesetzt ist, ausgeblendet werden, erscheint dies im Hinblick auf die ansonsten drohende faktische Benachteiligung Behindter angesichts Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als durchaus gangbarer Weg. Eine Bevorzugung Behindter wird durch diese Norm, die nur ein Benachteiligungsverbot enthält, jedenfalls nicht verboten.

Trotzdem sprechen mehrere Bedenken gegen eine Fristsetzung. Zum einen führt eine solche starre Fristsetzung dazu, dass in den Fällen, in denen das Kind todgeweiht ist, also auch nach termingerechter Geburt keine Lebenserhaltungsmaßnahmen ergriffen werden würden und müssen, ein Schwangerschaftsabbruch nicht möglich ist und die Frau gezwungen wird, das Kind bis zur Geburt auszutragen, nur damit es danach – unaufhaltsam – stirbt. Wenn man der Frau das mit der Fortsetzung der Schwangerschaft verbundene unnötige Leid ersparen will, sind dann wieder Ausnahmen vom Fristerfordernis notwendig.¹⁴⁷⁷ Welches komplizierte Regelungsgefüge dafür notwendig wäre, verdeutlicht der Gesetzesvorschlag von *Hofstätter*.¹⁴⁷⁸ Insofern erscheint es zwar möglich, eine verfassungskonforme Gesetzesanwendung auch über eine Befristung zu erreichen, aber praktikabler ist doch ein Verbot intrauteriner Tötung des Fötus durch aktive Eingriffe in Lebensvorgänge ab potentieller extrauteriner Lebensfähigkeit. Durch dieses lassen sich letztlich auch die Fälle, in denen eine nicht mit dem Leben vereinbare Schädigung des Kindes erst nach der statuierten Frist festgestellt wird, dogmatisch sauberer und einfacher erfassen. Das Fetozidverbot führt faktisch zu einer Fristsetzung, vermeidet aber die erwähnten Probleme.

Auch wenn die Einführung einer solchen Frist gerade dem Lebensschutz dienen und gerade keine Selektionsfrist darstellen soll, besteht doch die Gefahr, dass mit Einführung einer solchen Frist einem falschen Denken, einem falschen Bewusstsein Vorschub geleistet würde. Allzu leicht kann der Eindruck vermittelt werden, menschliches Leben sei vor Erreichen einer bestimmten

1476. *BÄK*, Erklärung, DÄBl 1998, Seite B-2334 (2336); *Gropp*, GA 2000, Seite 1 (13); *Hofstätter*, Seite 203 f.; *Reiter*, Herder-Korrespondenz 1999, Seite 224 (225)

1477. Solche Ausnahmen hält *Hofstätter*, Seite 178 ff., für notwendig.

1478. Vgl. *Hofstätter*, Seite 204

Entwicklungsstufe weniger schutzwürdig.¹⁴⁷⁹ Wie schon das *Bundesverfassungsgericht* klargestellt hat, erfährt das menschliche Leben in seiner intrauterinen Entwicklung keine Zäsur, die für eine Änderung der Schutzwürdigkeit relevant ist.¹⁴⁸⁰

Aus all dem ergibt sich, dass und warum ein Fetozidverbot de lege ferenda vorzugswürdiger als die Einführung einer zwanzig - Wochen - Frist erscheint.

2. Verbindliche Richtlinien durch ärztliches Standesrecht

Zum Teil wird auch vorgeschlagen, klare Richtlinien für den späten Schwangerschaftsabbruch durch verbindliche Regelungen im ärztlichen Standesrecht zu schaffen.¹⁴⁸¹ Das ärztliche Standesrecht darf allerdings nicht dem geltenden Strafrecht widersprechen.¹⁴⁸² Insofern gilt hier Bundesrecht bricht Standesrecht.¹⁴⁸³ Jedenfalls ist es aber wohl kaum Aufgabe des ärztlichen Standesrechts, Fehler des Gesetzgebers zu korrigieren. Zum anderen wird dem Verfassungsrang des Lebensschutzes und dem Wesentlichkeitsprinzip nur durch eine parlamentarische Beschlussfassung Rechnung getragen.¹⁴⁸⁴ Ob denn eine berufsrechtliche Sanktionierung allein durch Disziplinarmaßnahmen und eben nicht durch Drohung mit Strafverfolgung dieselbe Beachtung erfahren würde, wie sie für einen wirksamen Schutz des ungeborenen Lebens unabdingbar ist, erscheint zweifelhaft.¹⁴⁸⁵

3. Beschränkung auf rein medizinische Indikation ab 12. SSW

Sicherlich ließen sich eine verfassungswidrige Gesetzesanwendung und –auslegung auch durch Beschränkung der Zulässigkeit von Abtreibungen nach der 12. Schwangerschaftswoche auf die Fälle der strengen medizinischen Indikation erreichen.¹⁴⁸⁶ Das wäre durch Streichung der sozialen Komponente in Form der „gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse“ möglich. Embryopathische Komponenten dürften dann ab der 13. Schwangerschaftswoche nicht berücksichtigt werden. Viele der Verfahren zur Diagnose kindlicher Schädigungen sind jedoch erst nach der 12. Schwangerschaftswoche verfügbar.¹⁴⁸⁷ Das hätte zur Folge, dass pränatale Diagnosen, weil sehr früh zu stellen, nicht möglich oder nicht verlässlich wären und gegebenenfalls besorgte

1479. So auch *Büchner*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16, Seite 9 (14); vgl. dazu auch *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16, Seite 95 (99); *Wisser*, Gesundheitswesen 2001, Seite (S) 95 (99 f)

1480. *BVerfGE* 39, Seite 1 (37); 88, Seite 203 (251 f.)

1481 Beispielhaft *Schneider*, Ethik in der Medizin 1998, Seite (S) 46 (52)

1482. Was hier aber die Aufnahme eines expliziten Fetozidverbotes erlauben würde, da ein solches Verbot in verfassungskonformer Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB schon nach der geltenden Gesetzeslage besteht. Dazu ausführlich bereits unter § 4.C.II.2 „Rechtliche Zulässigkeit“

1483. Vgl. zu dieser beschränkten Geltungswirkung des ärztlichen Standesrechts auch *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16, Seite 95 (98)

1484. Ähnlich auch *Hofstätter*, Seite 198; *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16, Seite 95 (98 f.). Im Ergebnis so auch *Deutsch*, ZRP 2003, Seite 332 (335 f.), der aber demgegenüber meint, dass ergänzende Pflichten in Standesrichtlinien nicht möglich seien, da der Bundesgesetzgeber den Bereich der (Spät)Abtreibung schon abschließend geregelt habe.

1485. Vgl. dazu schon *BVerfGE* 88, Seite 203 (293)

1486. Dafür unter anderem *Büchner*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16, Seite 9 (15); *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16, Seite 95 (100 ff.)

1487. Vgl. dazu die Darstellung der pränataldiagnostischen Verfahren in dieser Arbeit unter § 3.B.II.1.b.aa(4) „Exkurs: Pränatale Diagnostik kindlicher Schädigungen – Verfahren“

Mütter wegen (noch) unsicherer Prognose zur vorsorglichen Abtreibung gesunder Kinder verleitet werden. Anderseits müsste dann auch eine Beschränkung der Pränataldiagnostik erfolgen. Denn es wäre wohl unredlich und im Hinblick auf die Psyche der Frau nicht zu verantworten, der Schwangeren einen pathologischen Befund im Hinblick auf das Kind vorzulegen, um gleichzeitig auf die in der Regel schon verstrichene zwölf Wochen Frist hinzuweisen. Letztlich wäre der Schwangeren ein Ausweichen eines embryopathisch motivierten Konfliktes, unabhängig davon, ob ihr dabei zukünftig schwere Gesundheitsgefahren drohen, durch Schwangerschaftsabbruch nicht möglich. Das entspräche de facto dem Verbot der Einbeziehung embryopathischer Parameter. Wie aber bereits ausführlich im verfassungsrechtlichen Teil dargestellt,¹⁴⁸⁸ ist ein solch striktes Verbot nicht sachgerecht, sofern die Frau dabei auch verpflichtet wird, bei echter und ehrlich schwerwiegender Gesundheitsgefahr ihr Kind auszutragen. Ein Außerachtlassen jedweder embryopathischer Parameter würde dazu führen, dass die Frau, gerade wenn und weil sie ein schwerst behindertes oder geschädigtes Kind erwartet, dazu gezwungen wäre, dieses auch dann auszutragen, wenn es aufgrund seiner Schädigung lebensunfähig ist.

4. Einführung einer embryopathischen Indikation

Vorgeschlagen wird teilweise noch die Wiedereinführung der embryopathischen Indikation unter Befristung bis zur 20. Schwangerschaftswoche p.c.¹⁴⁸⁹ Die Wiedereinführung einer wie auch immer gearteten Indikation embryopathischer Gesinnung würde jedoch ein erneutes Sonderrecht für geschädigte Föten bedeuten.¹⁴⁹⁰ Wie bereits im verfassungsrechtlichen Teil ausführlich dargelegt und erörtert, ist eine eigenständige embryopathische Indikation mit einer ausdrücklichen, direkten und untrennbar Anknüpfung an kindliche Parameter verfassungsrechtlich als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zugunsten Behindeter aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht mehr haltbar.¹⁴⁹¹

1488. Unter § 2.B.III „Verbot versteckter unmittelbarer Diskriminierung“

1489. Dafür u.a. *Deutsch*, ZRP 2003, Seite 332 (335 f.); *Schuhmann / Schmidt-Recla*, MedR 1998, Seite 497 (504)

1490. Ähnlich auch *Hofstätter*, Seite 202

1491. Vgl. dazu die Ausführungen im verfassungsrechtlichen Teil dieser Arbeit unter § 2.B.II „Das unmittelbare Anknüpfungsverbot“

III. Ergebnis / Fazit

Vorzugswürdig erscheint daher insgesamt ein Verbot intrauteriner Tötung durch aktive Eingriffe in Lebensvorgänge, mithin des Fetozids, um das „Nicht-Haben-Wollen“ des behinderten Kindes als Eingriffsmotivation ab extrauteriner Lebensfähigkeit auszuschließen, mehr Rechtsklarheit zu schaffen und eine gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verstößende Gesetzesanwendung zu verhindern.

Folgende Gesetzeskorrektur bietet sich zur Umsetzung eines expliziten Fetozidverbots an:

Der medizinisch-soziale Indikationstatbestand im Sinne von § 218 a Abs. 2 StGB wird unter Beibehaltung der jetzigen Formulierung aus Satz (1) um die folgenden Sätze (2) und (3) erweitert:
Satz (2):

„Die intrauterine Tötung des Fötus durch aktive Eingriffe in Lebensvorgänge ist ab potentieller extrauteriner Lebensfähigkeit verboten.“

Satz (3):

„In der Regel ist ein solcher Zeitpunkt nach Ablauf von zwanzig Wochen seit der Empfängnis erreicht.“

§ 5. Schluss

A. Zusammenfassende Thesen

1. Die besondere Problematik der Spätabtreibung besteht darin, dass ein potentiell extrauterin lebensfähiges Kind abgetrieben und, um ein Überleben des geschädigten Kindes zu verhindern, dieses zuvor im Mutterleib aktiv getötet wird.
2. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass das ungeborene Kind von Anfang an den Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG (Lebensschutz) und des Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) genießt. Das muss auch für das spezielle Diskriminierungsverbot zugunsten Behinderter aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gelten.
3. Durch die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch wird eine klare Wertrangfolge festgelegt: das Lebensrecht des ungeborenen Kindes hat auch bei Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der schwangeren Frau grundsätzlich den Vorrang.
4. Aus der Schutzwürdigkeit des Staates zugunsten des ungeborenen Kindes folgt, dass der Schwangerschaftsabbruch während der gesamten Zeit der Gravidität grundsätzlich verboten und strafbewehrt sein muss. Ausnahmetatbestände vom Verbot sind durch die Grundrechte der schwangeren Frau geboten.
5. Die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Einordnung der Ausnahmetatbestände als nicht rechtswidrig begegnet erheblichen Bedenken.
6. Nach der Festschreibung eines Diskriminierungsverbotes zugunsten Behinderter in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist eine eigenständige Normierung einer embryopathischen Indikation verfassungsrechtlich nicht mehr zulässig. Auch die Berücksichtigung von embryopathischen Parametern bei der Indikationsstellung im Rahmen einer medizinisch – sozialen Indikation ist erheblich eingeschränkt, wenn auch nicht per se ausgeschlossen.
7. Eine Spätabtreibung stellt einen tatbestandlichen Schwangerschaftsabbruch dar. Das gilt grundsätzlich auch für die Fälle der Schwangerschaftsbeendigung, die in der Medizin als Einleitung einer Frühgeburt bezeichnet werden, wenn und soweit die Schwangerschaftsbeendigung am Rande der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus erfolgt.
8. Die Zulässigkeit der Späabtreibung im Einzelfall kann sich aus § 218 a Abs. 2 StGB oder in Ausnahmekonstellationen auch aus § 34 StGB ergeben.
9. Im Rahmen des § 218 Abs. 2 StGB dürfen embryopathische Dispositionen des Kindes nur insoweit berücksichtigt werden, wie sich gerade aus den mit der Schädigung des Ungeborenen verbundenen Belastungen der Mutter die Prognose einer möglichen schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren ableiten lässt.
10. § 34 StGB kann in den Konstellationen die Zulässigkeit der Späabtreibung begründen, in denen die Beendigung der Schwangerschaft ausschließlich im Interesse des Kindes erfolgt.

11. Bei embryopathisch motivierten Spätabtreibungen stehen die den Arzt bei Überleben des Kindes treffende Garantenpflicht zugunsten des Kindes und die daraus herzuleitende neonatologische Behandlungspflicht des Arztes für das Neugeborene im kompletten Gegensatz zum primären Handlungsziel des Arztes, nämlich der physischen Nichtexistenz des Kindes.
12. Die direkte und aktive Abtötung des extrauterin lebensfähigen Kindes im Mutterleib, als Fetoziid bezeichnet, begegnet erheblichen moralischen und rechtlichen Bedenken.
13. Jedenfalls ab potentieller Lebensfähigkeit des Kindes stellt der Fetoziid als faktische, mittelbare Diskriminierung behinderter ungeborener Kinder einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG dar.
14. Die gebotene, enge verfassungskonforme Auslegung des § 218 a Abs. 2 StGB unter Ausschluss des Fetozids am extrauterin lebensfähigen Kind aus dem Anwendungsbereich der Norm ist auch im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG möglich.
15. Aus Gründen der Rechtsklarheit ist eine Neufassung des § 218 a Abs. 2 StGB zu empfehlen, die den Fetoziid ab potentieller Lebensfähigkeit des Kindes verbietet.

B. Schlussbemerkungen

Angesichts der kontrovers geführten Diskussion im Bereich der Spätabtreibung legt diese Arbeit sicherlich keine Ergebnisse vor, die jeden überzeugen. Es scheint mir, wie bereits in der Einführung erwähnt, insgesamt allerdings auch zweifelhaft, ob man bei dieser komplexen Grenzsituation des Lebens eine allgemein akzeptierte und akzeptable Lösung finden kann.¹⁴⁹² Die von jedem Einzelnen für richtig gehaltene Abwägung und Gewichtung von Lebensschutz und Autonomie der Schwangeren ist immer von den eigenen Wertvorstellungen und Moralansichten beeinflusst. Auch die rechtliche Bewertung kann sich davon nicht ganz freimachen. Ich bin mir deshalb bewusst, nicht den „Stein der Weisen“ gefunden zu haben. Gerade im Bereich der Spätabtreibung kann das Recht eine richtige, klare und einfache Lösung kaum bieten. Was das Recht bestenfalls in einem derart schwierigen ethisch-moralischen Terrain leisten kann, ist etwas anderes: Es schafft Klarheit und Sicherheit, indem es die Grenzen der Verfassung und der einfachen Gesetze aufzeigt, den dogmatischen Spielraum für verschiedene Auslegungen und Entscheidungen erörtert und die Gründe benennt, die jeweils dafür oder dagegen sprechen.¹⁴⁹³ In diesem Sinne habe ich auch die vorliegende Arbeit verstanden. Der Zweck meiner Arbeit wäre schon erreicht, wenn es mir gelänge, der Diskussion neue Impulse zu geben. Denn was wir im Bereich des Lebensschutzes im Allgemeinen und der Spätabtreibung im Besonderen brauchen, ist ein ehrlicher gesamtgesellschaftlicher Dialog. Zur Ehrlichkeit gehört dabei auch, darüber nachzudenken, wie effektive Hilfe für Familien mit Kind, gerade und auch wenn es behindert ist, möglich ist.¹⁴⁹⁴ Die Verbesserung der allgemeinen Rahmenbedingungen für Eltern, für *Hippel* ein Gebot der Gerechtigkeit,¹⁴⁹⁵ kann meiner Ansicht nach die Bereitschaft zum Austragen von Kindern, gesunden oder geschädigten, entscheidend fördern. Schon das *Bundesverfassungsgericht* betont in seiner

1492. Die Unmöglichkeit, in diesem Bereich eine allgemein akzeptierte Lösung zu finden, haben auch schon andere Autoren herausgestellt: Beispielsweise Cramer, ZRP 1992, Seite 136, 140; Eser, ZRP 1991, Seite 291 (291); Lackner, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 1, Seite 13 (13 f.)

1493. In diesem Sinne bereits *Zippelius*, JuS 1983, Seite 659 (663)

1494. Gute Ideen finden sich dazu bereits bei *Schlingensiepen-Brysche*, ZRP 1990, Seite 224 (227 ff.)

1495. Dazu schon v. *Hippel*, JZ 1986, Seite 53(57)

zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch diesen Zusammenhang. Ausdrücklich nimmt es den Staat in die Pflicht. Dieser sei gehalten, eine kinderfreundliche Gesellschaft zu fördern, was auch auf den Schutz des ungeborenen Lebens zurückwirke.¹⁴⁹⁶ Aber nicht nur der Staat und die Gesellschaft als Ganzes, sondern auch jeder Einzelne kann mit seinem täglichen Handeln auf mehr Kinderfreundlichkeit hinwirken. Eine positive, tolerante und unterstützende Haltung gegenüber Kindern und Eltern kann langfristig viel mehr zum Lebensschutz und zur Entschärfung des Schwangerschaftskonflikts beitragen, als gesetzliche Regelungen und alle „im stillen Kämmerlein auf Papier ausgetragenen Gefechte“.¹⁴⁹⁷

1496. *BVerfGE* 88, Seite 203 (258 ff.)

1497. Ähnlich auch *Eberbach*, Seite 15 (25); *Klinkhammer*, DÄBl 1999, Seite C- 939 (C – 940)

Literaturverzeichnis

- Abendroth, Wolfgang
Das Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, in:
KJ 1975, Seite 121 ff.
- Ahner, R.; Kohlhauser, Chr.;
Bikas, D.; Rabl, M.; Langer, M.;
Pollak, A.; Husslein, P.
Grenzen der fetalen Lebensfähigkeit und Konsequenzen für
das geburthilfliche Management, in: Geburtshilfe und
Frauenheilkunde 2000, Seite 20 ff.
- Ahrens, Wilhelm (Hrsg.)
Medizinische Indikationen zum therapeutischen
Schwangerschaftsabbruch. Deutscher Ärzte-Verlag. Köln
1972.
- Albrecht, Hans-Jörg; Dünkel,
Frieder; Kerner, Hans-Jürgen;
Kürzinger, Josef; Schöch, Heinz;
Sessar, Klaus; Villmow,
Bernhard (Hrsg.)
Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht.
Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Zweiter
Halbband. Duncker & Humblot. Berlin 1998.
- Allen, Marilee C.; Donohue,
Pamela K.; Dusman, Amy E.
The Limit of Viability – Neonatal Outcome of Infants Born
at 22 to 25 weeks' Gestation, in: The New England Journal
of Medicine 329 (1993), Seite 1597 ff.
- Amelung, Knut
Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von
Roxin, in: JZ 1982, Seite 617 ff.
- Arzt, Gunther (Hrsg.)
Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22.
Juni 1992. Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH.
Bielefeld 1992.
- Aselmann, Maike; Krack, Ralf
Übungsklausur Strafrecht (für Fortgeschrittene). Der
Notstand im Notstand, in: Jura 1999, Seite 254 ff.
- Backhaus, Ralph
Inwieweit darf die Unterhaltpflicht für ein Kind als
Schaden bewertet werden?, in: MedR 1996, Seite 201 ff.

- Badura, Peter
Staatsrecht. Systematische Erläuterungen des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. 4. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2010.
- Bätz, Elke
Hypertensive Erkrankungen in der Schwangerschaft, in Schmailzl, Hackelöer (Hrsg.), Schwangerschaft und Krankheit, Blackwell Verlag 2002, Seite 70 ff.
Zitiert: *Bätz*, in: Schwangerschaft und Krankheit
- Baltzer, Jörg
Gut- und bösartige gynäkologische Erkrankungen in der Schwangerschaft, in: Rath, Friese (Hrsg.), Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 2005, Seite 206 ff.
Zitiert: *Baltzer*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft
- Baumann, Jürgen (Begr.);
Weber, Ulrich; Mitsch, Wolfgang
Strafrecht. Allgemeiner Teil. 11. Aufl. Verlag Ernst und Werner Giesecking. Bielefeld 2003.
Zitiert: Baumann / Weber / Mitsch – *Bearbeiter*, AT
- Beck, L.; Woopen, Christiane
Schwangerschaftabbruch aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, in: Der Gynäkologe 31 (1998), Seite 297 ff.
- Beckmann, Rainer
Die Rechtswidrigkeit notlagenindizierter Schwangerschaftsabbrüche, in: MedR 1990, Seite 301 ff.
- Beckmann, Rainer
Der „Wegfall“ der embryopathischen Indikation, in: MedR 1998, Seite 155 ff.
- Beller, Fritz Karl
Lebensfähigkeit ex utero im Zusammenhang mit dem Spätabort, in: Zeitschrift für Geburtshilfe und Neonatologie 202 (1998), Seite 220 ff.
- Beller, Fritz Karl
Sind Abortgesetze biologisch gerechtfertigt?, in: Die Medizinische Welt 1985, Seite 693 ff.
Zitiert: *Beller*, MedWelt 1985
- Beller, Fritz Karl;
Kyank, Helmut (Hrsg.)
Erkrankungen während der Schwangerschaft. 5. Aufl. Georg Thieme Verlag. Leipzig, Stuttgart etc. 1990.

- Beller, Fritz Karl; Seitzner, D. Blutungsstörungen, in: Beller / Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 1990, Seite 244 ff.
- Belling, Claus Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218 a StGB haltbar?: Zur Rechtsnatur der sogenannten indizierten Abtreibung. Walter de Gruyter Verlag. Berlin, New York 1987.
- Belling, Claus Die Rechtfertigungsproblematik beim Schwangerschaftsabbruch nach dem 2. Fristenlösungsurteil des Bundesverfassungsgerichts. Das Lebensrecht des Ungeborenen im Spannungsfeld zwischen gesetzgeberischem Handlungsspielraum und dem Verbot staatlicher Eingriffe, in: MedR 1995, Seite 184 ff.
- Berberich, Götz Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation: medizinische, rechtliche und ethische Aspekte. Diss. München 1990.
Zitiert: *Berberich*, Kindliche Indikation
- Bernat, Erwin Pränataldiagnostik und Spätabtreibung bei schweren Behinderungen – ein deutsch – österreichischer Rechtsvergleich-, in: Schreiber / Lilie etc. (Hrsg.), Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?, Peter Lang Verlag 2007, Seite 17 ff.
Zitiert: *Bernat*, in: Globalisierung der Biopolitik
- Bernsmann, Klaus;
Ulsenheimer, Klaus (Hrsg.) Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposions zum Geburtstag von Gerd Geilen am 12. / 13.10.2001. Carl Heymann Verlag KG. Köln, Berlin etc. 2003.
- Betthäuser, Andreas; Behle, Knut Orthopädische Erkrankungen, in: Schmailzl, Hackelöer (Hrsg.), Schwangerschaft und Krankheit, Blackwell Verlag 2002, Seite 500 ff.
Zitiert: *Betthäuser / Behle*, in: Schwangerschaft und Krankheit
- Birnbaum, Maria; Beller, Karl Fritz Nieren und Harnwege, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 1990, Seite 256 ff.

- Bollmann, R.; Jahnke, F. Erfahrungen mit der nicht-selektiven Embryoreduktion und dem selektiven Fetozid, in: Der Gynäkologe 1998, Seite 254 ff.
- Bolz, Michael Frühgeburtlichkeit und HELLP-Syndrom, in: Friese, Plath, Briese (Hrsg.), Frühgeburtlichkeit und Frühgeborenes, Springer Verlag 2000, Seite 215 ff.
- Bolz, Michael Weitere endokrine Erkrankungen, in: Rath, Friese (Hrsg.), Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 2005, Seite 282 ff.
Zitiert: *Bolz*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft
- Bottke, Wilfried Das Recht auf Suizid und Suizidverhinderung, in: GA 1982, Seite 346 ff.
- Bottke, Wilfried Suizid und Strafrecht. Duncker & Humblot Verlag. Berlin 1982.
- Breckwoldt, Meinert Spezielle Untersuchungsmethoden in der Geburtshilfe, in: Pfleiderer, Breckwoldt, Martius (Hrsg.), Georg Thieme Verlag 2001, Gynäkologie und Geburtshilfe, Seite 285 ff.
Zitiert: *Breckwoldt*, in: Gynäkologie und Geburtshilfe
- Breddin, K. Hämatologische Erkrankungen als Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Verlag Karl Demeter 1976, Seite 76 ff.
- Briese, Volker Diabetes mellitus und Schwangerschaft, in: Rath, Friese (Hrsg.), Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 2005, Seite 268 ff.
Zitiert: *Briese*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft
- Brießmann, Ermin Grundlinien einer verfassungskonformen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, in: JR 1991, Seite 397 ff.
- Büchner, Bernward Aktuelle Fragen des Lebensschutzes: Tötungspille – Spätabtreibungen, in: Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. zu Köln Nr. 16, Seite 9 ff.
Zitiert: *Büchner*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16

- Buch, Michael Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG). Der Andere Verlag. Osnabrück 2001.
- Bühling, Kai Joachim Risikofaktoren in der Schwangerschaft, in: Bühling, Friedmann (Hrsg.), Intensivkurs: Gynäkologie und Geburtshilfe, Urban & Fischer Verlag 2004, Seite 128 ff.
Zitiert: *Bühling*, in: Intensivkurs
- Bühling, Kai Joachim; Friedmann, Wolfgang (Hrsg.) Intensivkurs: Gynäkologie und Geburtshilfe. Urban & Fischer Verlag. München, Jena 2004.
- Büscher, Ulrich Schwangerschaftsspezifische Notfälle, in: Bühling, Friedmann (Hrsg.), Intensivkurs: Gynäkologie und Geburtshilfe, Urban & Fischer Verlag 2004, Seite 175 ff.
Zitiert: *Büscher*, in: Intensivkurs
- Bundesärztekammer Bekanntmachung der Bundesärztekammer. Mehrlingsreduktion mittels Fetozid: Stellungnahme der Zentralen Kommission der Bundesärztekammer zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Reproduktionsmedizin, Forschung an menschlichen Embryonen und Gentherapie, in: Der Frauenarzt 1989, Seite 771 ff.
Zitiert: *BÄK*, Bekanntmachung, Frauenarzt 1989
- Bundesärztekammer Bekanntmachungen: Pränatale und perinatale Schmerzempfindung: Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer, in: Deutsches Ärzteblatt 1991, Seite B – 2174 ff.
Zitiert: *BÄK*, Schmerzempfindung, DÄBl. 1991
- Bundesärztekammer Bekanntmachungen: Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, in: Deutsches Ärzteblatt 1998, Seite B – 2512 ff.
Zitiert: *BÄK*, Richtlinien, DÄBl 1998
- Bundesärztekammer Bekanntmachungen: Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, in: Deutsches Ärzteblatt 1998, Seite B – 2334 ff.
Zitiert: *BÄK*, Erklärung, DÄBl 1998

Bundesministerium für Arbeit
und Soziale Sicherung (Hrsg.)

Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtentätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertenrecht (Teil 2 SGB IX). Rechtsstand Juni 2005. Grafischer Bereich des BMSG. Bonn 2005.

van den Daele, Wolfgang

Der Fötus als Subjekt und die Autonomie der Frau, in: KJ 1988, Seite 16 ff.

Degenhart, Christoph

Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. 25. Aufl. C.F. Müller Verlag. Heidelberg 2009.

Zitiert: *Degenhart*, StaatsR I

Delonge, Franz-Benno

Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen Rechtfertigungsgründen. Verlag V. Florentz GmbH. München 1998.

Dencker, Friedrich

Der verschuldete rechtswidrige Notstand – BayObLG, NJW 1978, 2046, in: JuS 1979, Seite 779 ff.

Denninger, Erhard

Rechtsethische Anmerkungen zum Schwangerschaftsabbruch und zur sogenannten „Früheuthanasie“, in: KJ 1992, Seite 282 ff.

Denninger, Erhard;
Hoffmann-Riem, Wolfgang;
Schneider, Hans-Peter;
Stein, Ekkehart (Hrsg.)

Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare.

Band 1. Einleitung – Art. 17 a. 3. Aufl. 2. Lieferung. Luchterhand Verlag. Neuwied, Kriftel Stand: August 2002.

Zitiert: AK – GG – Bearbeiter

Deutsch, Erwin

Die Spätabtreibung als juristisches Problem, in: ZRP 2003, Seite 332 ff.

Deutsche Gesellschaft für
Gynäkologie und Geburtshilfe

Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik.
Positionspapier.
http://www.dggg.de/_download/unprotected/praenatal_abbruch_nach_diagnostik.pdf

Zitiert: DGGG, Fachbroschüre

Deutsche Gesellschaft für
Gynäkologie und Geburtshilfe

Zur Ausübung des Rechts, die Mitwirkung an einem Schwangerschaftsabbruch zu verweigern (§ 12 SchKG). Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen. Allgemeine Empfehlungen und Stellungnahmen. Stand September 2006.
http://www.dggg.de/_download/unprotected/g_05_03_01_recht_verweigerung_schwangerschaftsabbruch.pdf

Zitiert: DGGG, Stellungnahme, 2006

Deutsche Gesellschaft für
Gynäkologie und Geburtshilfe

Gemeinsame Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe und des Berufsverbandes der Frauenärzte zur Publikation der Entscheidung des 1. Senats des BGH zur Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation bzw. fehlerhafter genetischer Beratung und Untersuchung. Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen. Allgemeine Empfehlungen und Stellungnahmen. Stand September 2006.
http://www.dggg.de/_download/unprotected/g_03_04_03_arzthaftung_sterilisation_genetischer_beratung_untersuchung.pdf

Zitiert: DGGG, Gemeinsame Stellungnahme, 2006

Diedrich, K.

Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band 2. Endokrinologie und Reproduktionsmedizin II. 4. Aufl. Urban & Fischer Verlag. München Jena 2003.

Diedrich, Klaus; Holzgreve, Wolfgang; Jonat, Walter;
Schultze-Mosgau, Askan;
Schneider, Klaus-Theo M.;
Weiss, Jürgen M. (Hrsg.)

Gynäkologie und Geburtshilfe. 2. Aufl. Springer Medizin Verlag, Heidelberg 2007.

Diedrichsen, Uwe

Unterhaltskosten als Vermögensschäden, in: VersR 1981,
Seite 693 ff.

Dietel, Hanns

Geburtshilflich-gynäkologische Indikationen, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Deutscher Ärzte-Verlag 1972,
Seite 85 ff.

- Dietl, J.; Seelbach-Göbel, B. Anlagestörungen, in: Martius / Rath (Hrsg.), Praxis der Frauenheilkunde. Bd. II, Thieme Verlag 1998, Seite 340 ff.
Zitiert: Dietl / Seelbach-Göbel, in: Martius / Rath (Hrsg.)
- Dornseifer, Gerhard; Horn, Eckhard; Schilling, Georg; Schöne, Wolfgang; Struensee, Eberhard; Zielinski, Diethard (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Carl Heymanns Verlang KG. Köln, Berlin etc. 1989.
- Dolzer, Rudolf; Vogel, Klaus; Graßhof, Karin (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz.
Band 1. Einleitung – Art. 4 GG. C.F. Müller Verlag. 129. Aktualisierung. Heidelberg Stand: Juni 2007.
Zitiert: BK – *Bearbeiter*
- Dreher, Eduard; Tröndle, Herbert Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 42. Aufl. Verlag C.H.Beck. München 1985.
Zitiert: D / T – *Bearbeiter*, (42. Aufl.)
- Dreher, Eduard; Tröndle, Herbert Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 46. Aufl. Verlag C.H.Beck. München 1993.
Zitiert: D / T – *Bearbeiter*, (46. Aufl.)
- Dreier, Horst Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, in: ZRP 2002, Seite 377 ff.
- Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar.
Band I. Präambel, Artikel 1 – 19. 2. Aufl. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen 2004.
- Band II. Artikel 20 – 82. 2. Aufl. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen 2006.
Zitiert: Dreier – *Bearbeiter*
- Dudenhausen, J.W.; Schneider, H.P.G.; Bastert, G. (Hrsg.) Frauenheilkunde und Geburtshilfe. 2. Aufl. Walter de Gruyter Verlag. Berlin, New York 2003.

- Duttge, Gunnar
Regelungskonzepte zur Spätabtreibung im europäischen Vergleich: Ansätze zur Lösung des Schwangerschaftskonflikts?, in: Wewetzer, Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, Campus Verlag 2008, Seite 86 ff.
Zitiert: *Duttge*, in: Späabbruch
- Dühr, Andreas; Schwedes, Ulrich
Diabetes mellitus, in: Schmailzl, Hackelöer (Hrsg.), Blackwell Verlag 2002, Schwangerschaft und Krankheit, Seite 420 ff.
Zitiert: *Dühr / Schwedes*, in: Schwangerschaft und Krankheit
- Eberbach, Wolfram H.
Pränatale Diagnostik – Fetaltherapie – selektive Abtreibung: Angriffe auf § 218 a Abs. 2 Nr. 1 StGB (embryopathische Indikation), in: JR 1989, Seite 265 ff.
- Eberbach, Wolfram H.
Spätabbruch der Schwangerschaft – Juristische Aspekte, in: Römelt (Hrsg.), Spätabbrüche der Schwangerschaft, St. Benno Verlag GmbH 2005, Seite 15 ff.
- Ebert, Udo
Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege. Walter de Gruyter Verlag. Berlin, New York 1991.
- Ebert, Udo
Strafrecht. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. C. F. Müller Verlag. Heidelberg 2001.
- Edel, H.H.
Indikation zum Schwangerschaftsabbruch bei Nierenerkrankungen und Hypertonie, in: Nieren- und Hochdruckkrankheiten 1980, Seite 93 ff.
- Egarter, C.; Husslein, P.
Physiologische Grundlagen der Wehentätigkeit, in: Künzel (Hrsg.), Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band 6. Geburt I, Urban & Fischer Verlag 2003, Seite 45 ff.
Zitiert: *Egarter / Husslein*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VI.
- Engelhardt, Hanns
Kind als Schaden?, in: VersR 1988, Seite 540 ff.
- Engels, Dieter
Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlicher Auseinandersetzung zwischen Ehegatten, in: GA 1982, Seite 109 ff.

- Erb, Volker
Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, in: ZStW 108 (1996), Seite 266 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe;
Ehlers, Dirk (Hrsg.)
Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. Aufl. De Gruyter Recht Verlag. Berlin 2010.
Zitiert: Erichsen / Ehlers – *Bearbeiter*
- Eser, Albin
Ziel und Grenzen der Intensivpädiatrie aus rechtlicher Sicht, in: Kamps, Laufs (Hrsg.), Arzt- und Kassenarztrecht im Wandel. Festschrift für Prof. Dr. iur. Helmut Narr zum 60. Geburtstag, Springer 1988, Seite 47 ff.
Zitiert: *Eser, Narr-FS*
- Eser, Albin
„Ärztliche Erkenntnis“ und die richterliche Überprüfung bei Indikation zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB. Kritische Bemerkungen zum Urteil des BayObLG im „Memmingen Fall“, in: JZ 1991, Seite 1003 ff.
- Eser, Albin
Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht – Überlegungsskizze, in: ZRP 1991, Seite 291 ff.
- Eser, Albin
Zur Rechtsnatur der „Allgemeinen Notlagenindikation“ zum Schwangerschaftsabbruch. Kritische Bemerkungen zum Urteil des BayObLG vom 26. April 1990, in: Eser, Koch; Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung, Nomos Verlagsgesellschaft 1992, Seite 49 ff.
Zitiert: *Eser, Rechtsnatur, in: Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch*
- Eser, Albin
„Ärztliche Erkenntnis“ und die richterliche Überprüfung bei Indikation zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 A StGB, in: Arzt (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22. Juni 1992, Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH 1992, Seite 155 ff.
Zitiert: *Eser, Baumann-FS*
- Eser, Albin
Schwangerschaftsabbruch - Reformversuche in Umsetzung des BVerfG-Urteils, in: JZ 1994, Seite 503 ff.
- Eser, Albin; Hirsch, Hans (Hrsg.)
Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch. Enke Verlag. Stuttgart 1980.

- Eser, Albin; Koch, Hans-Georg Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung. Gesammelte Studien und Vorschläge. 1. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden Baden 1992.
Zitiert: *Autor*, in: Eser / Koch, Schwangerschaftsabbruch
- Eser, Albin; Koch, Hans-Georg Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Teil 3. Rechtsvergleichender Querschnitt – Rechtspolitische Schlussbetrachtungen – Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung. 1. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 1999.
Zitiert: *Eser / Koch*, Schwangerschaftsabbruch international
- Eser, Albin; Schittenhelm, Ulrike; Schuhmann, Heribert (Hrsg.) Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 1998.
- Esser, Ruth Der Arzt im Abtreibungsstrafrecht – Eine verfassungsrechtliche Analyse. Duncker und Humboldt Verlag. Berlin 1992.
Zitiert: *Esser*, Abtreibungsstrafrecht
- Esser, Werner Die Rechtswidrigkeit des Aborts, in: MedR 1983, Seite 57 ff.
- Everschor, Monika Probleme der Neugeboreneneuthanasie und der Behandlungsgrenzen bei schwerstgeschädigten Kindern und ultrakleinen Frühgeborenen aus rechtlicher und ethischer Sicht. Peter Lang Verlag. Frankfurt a. M., Berlin etc. 2001.
- Ey, W. Erkrankungen im Hals-Nasen-Ohren Bereich als Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Verlag Karl Demeter 1976, Seite 27 ff.
- Fachgesellschaften Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik („Schwarzenfelder Manifest“), Diskussionsentwurf vom 19.01.1998 der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe, der Deutschen Gesellschaft für Humangenetik, der Deutschen Gesellschaft für perinatale Medizin sowie der Gesellschaft für Neonatologie und pädiatrische Intensivmedizin, in Zusammenarbeit mit Mitgliedern des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer, 5. Medizinisch-Ethische Klausur- und Arbeitstagung „Pränatale Medizin im

Spannungsfeld von Ethik und Recht“ im Schloß Schwarzenfeld vom 03. bis 05. Oktober 1997; in: Der Frauenarzt 1998, Seite 321 ff.

Zitiert: *Fachgesellschaften*, „Schwarzenfelder Manifest“, Frauenarzt 1998

Fachgesellschaften

Frühgeburt an der Grenze der Lebensfähigkeit des Kindes. Gemeinsame Empfehlung folgender Arbeitsgemeinschaften: Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe; Deutsche Gesellschaft für Kinderheilkunde und Jugendmedizin; Deutsche Gesellschaft für Perinatale Medizin; Gesellschaft für Neonatologie und Pädiatrische Intensivmedizin, in: Pädiatrische Praxis 1999, Seite 223 ff.

Zitiert: *Fachgesellschaften*, Frühgeburt, Pädiatrische Praxis 1999

Fahr, Uwe; Link, Katharina;
Schild, Ralf R.

Der Erlanger Beratungsmodell bei späten Schwangerschaftsabbrüchen und seine Entwicklung in den Jahren 2005 und 2006, in: Wewetzer, Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, Campus Verlag 2008, Seite 185 ff.

Zitiert: *Fahr / Link / Schild*, in: Spätabbruch

Fenner, Axel

Schwangerschaftsabbruch – Embryo – Fetozid – drohender Auto-Genozid?, in: Deutsche Medizinische Wochenschrift 2003, Seite 1788 ff.

Fink, Udo

Der Schutz des menschlichen Lebens im Grundgesetz – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Lebensrechts zur Menschenwürde, in: Jura 2000, Seite 210 ff.

Finkelnburg, Klaus

Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Reform des Schwangerschaftsrechts, in: EuGRZ 1975, Seite 177 f.

Fischer, Jürgen

„Sagt selbst: Ist das nicht eine merkwürdige Fürsorge?“ (Kurt Tucholsky, Die Leibesfrucht spricht), in: StV 1990, Seite 332 ff.

Flegel, H.

Haut, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 1990, Seite 359 ff.

- Foth, Eberhard Überlegungen zur Spätabtreibung, in: JR 2004, Seite 367 ff.
- Franzki, Harald Haftung für übersehene Fehlbildung. Drei neue Entscheidungen zu den Folgen fehlerhafter pränataler US-Diagnostik, in: Ultraschall in der Medizin 2003 (24), Seite 17 ff.
- Freund, Georg Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Strafrechtslehre. Berlin, Heidelberg, New York 1998.
- Frick-Bruder, Viola Psychologische Konfliktheratung, in: Eser / Hirsch (Hrsg.), Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, Enke Verlag 1980, Seite 144 ff.
- Friese, Klaus Spätabbruch und Fetozid. Ausnahmesituation für Schwangere und Arzt, in: DÄBl 2005, Seite A – 132
- Friese, Klaus; Plath, Christian; Briese, Volker (Hrsg.) Frühgeburt und Frühgeborenes. Eine interdisziplinäre Aufgabe. Springer Verlag. Berlin, Heidelberg etc. 2000.
- Frisch, Wolfgang; Schmid, Werner (Hrsg.) Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag. 1. Aufl. Heymann Verlag. Köln, Berlin etc. 1978.
- Frommel, Monika § 218: Straflos, aber rechtswidrig; zielorientiert, aber ergebnisoffen - Paradoxien der Übergangsregelungen des Bundesverfassungsgerichts, in: KJ 1993, Seite 324 ff.
- Geiger, Willi Kritische Stellungnahme: Abtreibung und Rechtsordnung, in: Jura 1987, Seite 60 ff.
- Geiger, Willi Menetekel an die Adresse des Bundestags, der Bundesregierung und des Bundesverfassungsgerichts. Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 zum sogenannten Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1992, in: Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. zu Köln Nr. 10, Seite 33 ff.
Zitiert: Geiger, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10

- Geiß, Karlmann;
Greiner, Hans-Peter
Arzthaftpflichtrecht. 6. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2009.
- Gerchow, J.; Schewe, G.
Der strafrechtliche Gedanke der Güterabwegung und medizinische Aspekte der Schutzbedürftigkeit des werdenden Lebens, in: Beiträge zur gerichtlichen Medizin 27 (1970), Seite 61 ff.
Zitiert: *Gerchow / Grewe*, Beiträge 27 (1970)
- Gescher, Susanne
Rechtsprobleme des Schwangerschaftsabbruchs bei Anenzephalen. Peter Lang Verlag. Frankfurt am Main 1994.
- Glöckner, Markus
Ärztliche Handlungen bei extrem unreifen Frühgeborenen. Rechtliche und ethische Aspekte. Springer Verlag. Berlin, Heidelberg etc. 2007.
- Göltner, E.
Hämatologische Erkrankungen, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 1990, Seite 202 ff.
- Göltner, E.
Hämatologische Erkrankungen in der Schwangerschaft, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Thieme Verlag 1981, Seite 50 ff.
- Goerke, Kay ; Valet, Axel
Kurzlehrbuch Gynäkologie und Geburtshilfe. Kurzlehrbuch zum Gegenstandskatalog. Urbahn & Fischer Verlag. 6. Aufl. München, Jena 2006.
- Gropp, Walter
Der straflose Schwangerschaftsabbruch: die rechtliche Einordnung der Straffreiheit zu § 218. Mohr Verlag. Tübingen 1981.
Zitiert: *Gropp*, Schwangerschaftsabbruch
- Gropp, Walter
§ 218 a StGB als Rechtfertigungsgrund: Grundfragen zum rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch, in: GA 1988, Seite 1 ff.
- Gropp, Walter
Das zweite Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Reform der §§ 218 ff. – ein Schritt zurück?, in: GA 1994, Seite 147 ff.

- Gropp, Walter
Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, in: GA 2000, Seite 1 ff.
Zitiert: *Gropp*, GA 2000
- Grospietsch, Gerhard
Erkrankungen in der Schwangerschaft. 4. Aufl. Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH. Stuttgart 2004.
Zitiert: *Grospietsch*, Erkrankungen
- Grützner, P.
Augenkrankheiten als Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Verlag Karl Demeter 1976, Seite 26
- Grupp, Klaus
Die Beschränkung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Kreistagsbeschlüsse, in: NJW 1977, Seite 329 ff.
- Günther, Hans-Ludwig
Warum Art. 103 Abs. 2 GG für Erlaubnissätze nicht gelten kann, in: Festschrift für Gerald Grünwald, Nomos Verlagsgesellschaft 1999, Seite 213 ff.
- Häußler, Monika;
Holzhauer, Brigitte
Die Implementation der reformierten § 218 f. StGB. Empirische Untersuchungen zu Einstellung und Verhalten von Ärzten und schwangeren Frauen, in: ZStW 100 (1988), Seite 817 ff.
- Häußler-Sczepan, Monika
Arzt und Schwangerschaftsabbruch. Eine empirische Untersuchung zur Implementation des reformierten § 218 StGB. Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Freiburg 1989.
- Haft, Fritjof
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester. 9. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2004.
- Hagmann, Joachim
Das Verbot der Benachteiligung Behindter gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und seine Auswirkungen auf das Zivilrecht. Shaker Verlag. Aachen 1999.
- Hanau, Peter; Preis, Ulrich
Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, in: ZfA 1988, Seite 177 ff.

- Hanke, Thomas
Nachsorgender Schutz menschlichen Lebens. Zum Umgang mit Spätabtreibungen im Personen-, Bestattungs- und Strafprozessrecht. Der Andere Verlag, Osnabrück 2002.
- Harrer, Herbert
Civilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung. Frankfurt a.M., Bern, New York, Paris 1989.
- Harrer, Herbert
Das Mitwirkungsverweigerungsrecht des Art. 2 I des 5. StrRG, in: DRiZ 1990, Seite 137 ff.
- Helbing, Walter; Glück, Sigrid
Medizinische Indikationen und Kontraindikationen zur Schwangerschaftsunterbrechung. 1. Aufl. Verlag: Thieme. Leipzig 1979.
Zitiert: Helbing/Glück, Medizinische Indikationen
- Hepp, H.
Pränatalmedizin und reformierter § 218 a StGB – oder: die „versteckte Indikation“, in: Der Gynäkologe 1996, Seite 407 ff.
- Hepp, H.; Wisser, J.
Medizinische Indikation, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band I/1. Kapitel 5. Thieme Verlag 1987, Seite 79 ff.
- Herdegen, Matthias
Der Diskriminierungsschutz für Behinderte im Grundgesetz. Entstehung und Tragweite des Benachteiligungsverbots (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG). Der Beauftragte der Bundesregierung für die Belange der Behinderten. 2. Aufl. Bonn 1998.
- Herzberg, Rolf Dietrich
Der Anfang der Geburt als Ende der „Schwangerschaft“ – das „Ungeborene“ als Mensch und Person?, in: Bernsmann, Ulsenheimer (Hrsg.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposiums zum Geburtstag von Gerd Geilen am 12. / 13.10.2001, Carl Heymann Verlag KG 2003, Seite 39 ff.
Zitiert: Herzberg, Geilen – FS
- Herzog, Roman
Der Verfassungsauftrag zum Schutz des ungeborenen Lebens, in: JR 1969, Seite 441 ff.
- Hiersche, Hans-Dieter
§ 218 StGB aus der Sicht eines Frauenarztes. Quo vadis justitia? – Quo vadis medicina!, in: Festschrift für Herbert

Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Walter de Gruyter 1989, Seite 669 ff.

Zitiert: *Hiersche*, Tröndle-FS

Hiersche, Hans-Dieter

Perinatologie und Geburtshilfe unter medizinisch-rechtlichen Gesichtspunkten, in: MedR 1990, Seite 309 ff.

Hiersche, Hans-Dieter;
Jähnke, Burkard

Der todkranke Foetus. Probleme des Schwangerschaftsabbruchs aus sog. kindlicher Indikation, in: MDR 1986, Seite 1 ff.

von Hippel, Eike

Besserer Schutz des Embryos vor Abtreibung?, in: JZ 1986, Seite 53 ff.

Hirsch, Hans A.

Chirurgische Methoden. in: Eser / Hirsch (Hrsg.), Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, Enke Verlag 1980, Seite 80 ff.

Hochreuter, Anna

Pränatale Diagnostik und Embryopathie, in: KritV 1996, Seite 171 ff.

Höffler, D.

Nierenkrankheiten als Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Verlag Karl Demeter 1976, Seite 65 ff.

Höfling, Wolfram

Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – Annäherungen an einen schwierigen Verfassungssatz, in: JuS 1995, Seite 857 ff.

Hoerster, Norbert

Forum: Das "Recht auf Leben" der menschlichen Leibesfrucht - Rechtswirklichkeit oder Verfassungslyrik?, in: JuS 1995, Seite 192 ff.

Hoff, P.; Hoff, C.

Schwangerschaft, Postpartalzeit und seelische Störungen, in: Rath, Friese (Hrsg.), Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 2005, Seite 346 ff.

Zitiert: *Hoff/Hoff*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft

- Hofstätter, Heiko
Der embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbruch: Recht und Rechtswirklichkeit. Lang Verlag. Frankfurt a.M. 2000.
Zitiert: *Hofstätter*
- Holzgreve, Walter
Pränatale Diagnostik und genetische Beratung, in: Diedrich etc. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe, Springer Medizin Verlag 2007, Seite 439 ff.
Zitiert: *Holzgreve*, in Gynäkologie und Geburtshilfe (Springer)
- Holzgreve, Walter; Danzer, E.
Konfliktsituationen in der Schwangerschaft – Schwangerschaftsabbruch, in: Dudenhausen / Schneider / Bastert (Hrsg.), Frauenheilkunde und Geburtshilfe, Walter de Gruyter Verlag 2003, Seite 128 ff.
- Holzhauer, Brigitte
Schwangerschaft und Schwangerschaftsabbruch. Die Rolle des reformierten § 218 StGB bei der Entscheidungsfindung betroffener Frauen. 2. Aufl. Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Freiburg 1991.
- Hörnle, Tatjana
Menschenwürde und Lebensschutz, in: ARSP 89 (2003), Seite 318 ff.
- Huchzermeyer, Hans
Erkrankungen des Magen-Darm-Traktes, in: Rath, Friese (Hrsg.), Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 2005, Seite 149 ff.
Zitiert: *Huchzermeyer*, in Erkrankungen in der Schwangerschaft
- Hülsmann, Christoph
Fetozid: Bemerkungen aus strafrechtlicher Sicht, in: NJW 1992, Seite 2331 ff
- Hüttner, Ulla; Weiss, P.S.M.;
Maurer, Ute; Engale, Heidemarie;
Zehetleitner, Gerda; Häusler, M.;
Haas, J.; Winter, R.
Früh- und Spätprognose von extrem Frühgeborenen (EFG): Grazer Analyse, in: Geburtshilfe und Frauenheilkunde 58 (1998), Seite 475 ff.

- Huster, Stefan
Rechte und Ziele: zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes. Duncker & Humblot GmbH. Berlin 1993.
Zitiert: *Huster*
- Isensee, Josef;
Kirchhof, Paul (Hrsg.)
Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.
Band 3. Demokratie – Bundesorgane. 3. Aufl. C.F. Müller Juristischer Verlag. Heidelberg 2005.
Zitiert: Isensee / Kirchhof – *Bearbeiter*, Band III
- Jähnke, Burkhard
Rechtsgutvernichtung nach ärztlichem Ermessen? Zur Frage der „ärztlichen Erkenntnis“ beim Schwangerschaftsabbruch, in: Ebert (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege, Walter de Gruyter Verlag 1991, Seite 187 ff.
- Jähnke, Burkhard;
Laufhütte, Heinrich Wilhelm;
Odersky, Walter (Hrsg.)
Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; Großkommentar.
Zweiter Band. §§ 32 – 60. 11. Aufl. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH. Berlin 2003.
Zitiert: LK – *Bearbeiter*, 11. Aufl.
- Jakobs, Günther
Fünfter Band. §§ 146 – 222. 11. Aufl. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH. Berlin 2005.
- Jakobs, Günther
Sechster Band. §§ 223 bis 263 a. 11. Aufl. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH. Berlin 2005.
Zitiert: LK - *Bearbeiter*
- Jakobs, Günther
Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl. Walter de Gruyter Verlag. Berlin, New York 1993.
- Jakobs, Günther
Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Roxin, Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band

IV. Strafrecht, Strafprozessrecht, Verlag C.H. Beck 2000,
Seite 29 ff.

Zitiert: *Jakobs*, BGH – FS, Bd. IV

Jannson, Volkmar; von Liebe A.

Orthopädische Erkrankungen, in: Rath, Friese (Hrsg.),
Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme
Verlag 2005, Seite 407 ff.

Zitiert: *Volkmar / Liebe*, in: Erkrankungen in der
Schwangerschaft

Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
Kommentar. 10. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2009.

Zitiert: Jarass / Pieroth – *Bearbeiter*

Jaster, D.

Orthopädische Erkrankungen. in: Beller/Kyank (Hrsg.),
Erkrankungen während der Schwangerschaft, Georg Thieme
Verlag 1990, Seite 394 ff.

Jentgens, V.

Lungenkrankheiten bei Schwangeren, in: Käser, Friedberg
u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2.
Kapitel 8. Thieme Verlag 1981, Seite 2 ff.

Jentgens, V.

Tuberkulose als Indikation zum Schwangerschaftsabbruch,
in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum
Schwangerschaftsabbruch, Verlag Karl Demeter 1976, Seite
61 ff.

Jescheck, Hans-Heinrich; Ruß,

Wolfgang; Willms, Günther (Hrsg.) Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar; Großkommentar.

Band 5. §§ 185 – 262. 10. Aufl. Walter de Gruyter. Berlin,
New York 1988.

Zitiert: LK – *Bearbeiter*, 10. Aufl.

Jescheck, Hans-Heinrich;

Vogler, Theo (Hrsg.)

Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am
24.August 1989. Walter de Gruyter. Berlin, New York 1989.

Joecks, Wolfgang;

Miebach, Klaus (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch.

Band 1. §§ 1 – 51 StGB. Verlag C.H. Beck. München 2003.

Band 3. §§ 185 – 262 StGB. Verlag C.H. Beck. München 2003.

Zitiert: MüKo – StGB – *Bearbeiter*

Jürgens, Andreas

Der Diskriminierungsschutz im Grundgesetz, in: DVBl 1997, Seite 410 ff.

Kähler, Christiane

Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation-medizinisch-diagnostische Aspekte und Praxis an der Universitätsfrauenklinik in Jena, in: Römelt (Hrsg.), Spätabbrüche der Schwangerschaft, St. Benno Verlag GmbH 2005, Seite 8 ff.

Kainer, Franz

Pränataldiagnostik: Verantwortliche ärztliche Tätigkeit im Grenzbereich, in: Deutsches Ärzteblatt 2002, Seite A – 2545 ff.

Zitiert: Kainer, DÄBl 2002

Kaisenberg, Constantin von; Jonat, Walter; Kaatsch, Hans-Jürgen

Spätinterrupcio und Fetozid – das Kieler Modell. Juristische und Gynäkologische Erwägungen, in: Deutsches Ärzteblatt 2005 (102), Seite A – 133 ff.

Kaminski, Claudia

Spätabtreibungen in Deutschland, in: Westphalen (Hrsg.), Offensive für das Lebensrecht, Sinus Verlag 1999, Seite 125 ff.

Kapp, Wolfgang

Der Fötus als Patient?, in: MedR 1986, Seite 275 ff.

Käser, O.; Friedberg, V.; Ober, K.G.; Thomsen, K.; Zander, J. (Hrsg.)

Gynäkologie und Geburtshilfe.

Band I/1. Sexuelle Differenzierung, Genetik, Fortpflanzung, Kindheit und Pubertät. 2. Aufl. Thieme Verlag. Stuttgart, New York 1987.

Band II/2. Schwangerschaft und Geburt. 2. Aufl. Thieme Verlag. Stuttgart New York 1981.

- Kastendieck, E. Akute fetale Hypoxie, in: Künzel (Hrsg.), Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band 7. Geburt II, Urban & Fischer Verlag 2003, Seite 10 ff.
- Zitiert: *Kastendieck*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VII.
- Kaufmann, Arthur (Hrsg.) Gustav Radbruch. Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie. C.F. Müller Juristischer Verlag. Heidelberg 1990.
- Kerstin, A.; Bätz, Elke Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation. Ein traumatisches Verlusterlebnis, in: Gynäkologe 2002, Seite 785 ff.
- Kindhäuser, Urs Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 2009.
- Kindhäuser, Urs;
Neumann, Ulfried;
Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.) Nomos – Kommentar zum Strafgesetzbuch.
Band 2. §§ 146 – 358. 2. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 2005
Zitiert: NK – *Bearbeiter*
- Klinkhammer, Gisela „Ein für Ärzte bedrückendes Dilemma“. Der Fall des sogenannten Oldenburger Babys löste eine Diskussion über Spätabtreibungen aus, in: DÄBl 1999, Seite C – 939 ff.
- Klonk, Sabine (Red.) Duden, Wörterbuch medizinischer Fachbegriffe. 8. Aufl. Dudenverlag. Mannheim, Leipzig u.a. 2007.
Zitiert: *med. Duden*, Stichwort:
- Kluth, Winfried Der rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch als erlaubte Handlung. Anmerkung zum zweiten Fristenurteil des Bundesverfassungsgerichts, in: FamRZ 1993, Seite 1382 ff.
- Koch, Karl-Christian;
Hanrath, Peter Kardiologische Erkrankungen, in: Rath, Friese (Hrsg.), Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 2005, Seite 36 ff.
Zitiert: *Koch / Hanrath*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft

- Köhler, Michael Personensorge und Abtreibungsverbot, in: GA 1988, Seite 435 ff.
- Köhler, Michael Strafrecht. Allgemeiner Teil. Springer Verlag. Berlin, Heidelberg etc. 1997.
- Kommission Bericht der "Kommission zur Auswertung der Erfahrung mit den reformierten § 218 a des Strafgesetzbuches", in: BTDRs. 8/3630
Zitiert: *Kommission*, BTDRs. 8/3630
- Kremling, H. Erkrankungen der Nieren und ableitenden Harnwege, in: Käser, Friedberg u.a. (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe. Band II/2. Kapitel 8. Thieme Verlag 1981, Seite 13 ff.
- Krey, Volker Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbotes. Duncker & Humblot Verlag. Berlin 1977.
- Krey, Volker Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, in: JZ 1979, Seite 702 ff.
- Kühl, Kristian Strafrecht. Allgemeiner Teil. 6. Aufl. Verlag Franz Vahlen. München 2008.
- Künzel, W. Operative vaginale Entbindungsverfahren: Indikationen und Vorbedingungen, in: Künzel (Hrsg.), Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band 6. Geburt I, Urban & Fischer Verlag 2003, Seite 226 ff.
Zitiert: *Künzel*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VI.
- Künzel, W. Vena-cava-Okklusionssyndrom, in: Künzel (Hrsg.), Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band 7. Geburt II, Urban & Fischer Verlag 2003, Seite 2 ff.
Zitiert: *Künzel*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band VII.
- Künzel, W. (Hrsg.) Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe.
Band 4. Schwangerschaft I. 4. Aufl. Urban & Fischer Verlag. München Jena 2000.

Band 5. Schwangerschaft II. 4. Aufl. Urban & Fischer Verlag. München, Jena 2002.

Band 6. Geburt I. 4. Aufl. Urban & Fischer Verlag. München, Jena 2003.

Band 7. Geburt II. 4. Aufl. Urban & Fischer Verlag. München, Jena 2003.

Küper, Wilfried
Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, in: JuS 1971, Seite 474 ff.

Küper, Wilfried
Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“, in: JuS 1981, Seite 785 ff.

Küper, Wilfried
Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“. Duncker & Humblot Verlag. Berlin 1983.

Küper, Wilfried
Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, in: JuS 1987, Seite 81 ff.

Küper, Wilfried
Mensch oder Embryo? Der Anfang des „Menschseins“ nach neuem Strafrecht, in: GA 2001, Seite 515 ff.

Kyank, Helmut
Gutartige Gynäkologische Erkrankungen, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 1990, Seite 511 ff.

Lackner, Karl
Anmerkung zu BGH, NStZ 1992, Seite 328 ff., in: NStZ 1992, Seite 331 ff.

Lackner, Karl
Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, in: NJW 1976, Seite 1233 ff.

Lackner, Karl
Verfassungsrechtliche und Strafrechtliche Aspekte der §§ 218 ff. StGB und ihrer Vorgeschichte, in: Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. zu Köln Nr. 1, Seite 13 ff.

- Lackner, Karl; Kühl, Kristian Strafgesetzbuch mit Erläuterungen. 26. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2007.
Zitiert: Lackner/Kühl – *Bearbeiter*
- Lang, Heinrich Knappheitsentscheidungen im Sozialrecht – Zum Rechtsschutzdefizit gegenüber transplantationsrechtlichen Verteilungsentscheidungen, in: VSSR 2002, Seite 21 ff.
- Lankers, Winfried Zur Abwälzung von Unterhaltskosten, in: FamRZ 1969, Seite 384 ff.
- Larenz, Karl (Begr.); Canaris, Claus-Wilhelm Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil. 2. Halbband. 13. Aufl. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 1994.
- Lau, Hans Gynäkologisch-geburtsmedizinische Erkrankungen als medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Verlag Karl Demeter 1976, Seite 19 ff.
- Lau, Hans (Hrsg.) Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch. Beratung und Begutachtung der Konfliktschwangerschaft. 1. Aufl. Verlag Karl Demeter. Gräfelfing 1976.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm; Rissing-van Saan, Ruth; Tiedemann, Klaus (Hrsg.) Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; Großkommentar. Erster Band. Einleitung; §§ 1 bis 31. 12. Aufl. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH. Berlin 2007.
Zweiter Band. §§ 32 – 60. 12. Aufl. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH. Berlin 2006.
Zitiert: LK - *Bearbeiter*
- Laufs Adolf Die Entwicklung des Arztrechts 1986 / 87, in: NJW 1987, Seite 1449 ff.
- Laufs, Adolf Pränatale Diagnostik und Lebensschutz aus arztrechtlicher Sicht, in: MedR 1990, Seite 231 ff.

- Laufs, Adolf
Arztrecht. 5. Aufl. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
München 1993.
- Laufs, Adolf (Begr., Hrsg.);
Uhlenbruck, Wilhelm
Handbuch des Arztrechtes. 3. Aufl. Verlag C. H. Beck.
München 2002.
Zitiert: Laufs / Uhlenbruck – *Bearbeiter*, Arztrecht
- Lechner, Hans; Zuck, Rüdiger
Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar. 5. Auflage.
C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. München 2006.
Zitiert: Lechner / Zuck – *Bearbeiter*, BVerfGG
- Lenckner, Theodor
Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der
Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E
1962). J. C. B. Mohr (Paul Siebert Verlag). Tübingen 1965.
- Lenckner, Theodor
Einwilligung in Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation,
in: Eser / Hirsch (Hrsg.), Sterilisation und
Schwangerschaftsabbruch, Enke Verlag 1980, Seite 173 ff.
- Lippert, Theodor H.
Medizinische Methoden des Schwangerschaftsabbruchs
nach der 12. Schwangerschaftswoche, in: Eser / Hirsch
(Hrsg.), Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, Enke
Verlag 1980, Seite 91 ff.
- Lorenz, John M.;
Wooliever, Diane M.;
Jetton, James R.; Paneth, Nigel
A Quantitative Review of Mortality and Developmental
Disability in Extremely Premature Newborns, in: Archives of
Pediatrics and Adolescent medicine 152 (1998), Seite 425
ff.
- Louwen, F.; Schneider, H.P.G.
Schwangerschaftsabbruch, in: Schneider (Hrsg.), Klinik der
Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl., Urban
& Schwarzenberg Verlag 1996, Seite 319 ff.
Zitiert: Louwen / Schneider, in: Klinik der Frauenheilkunde
und Geburtshilfe. Band II. 3. Aufl.
- Ludwig, M.
Schwangerschaftsabbruch, Diedrich (Hrsg.), Klinik der
Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band II, Urban &
Fischer Verlag 2003, Seite 212 ff.
Zitiert: Ludwig, in: Klinik der Frauenheilkunde und
Geburtshilfe. Band II.

- Lüdemann, Jörn Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: JuS 2004, Seite 27 ff.
- Lüttger, Hans Der Beginn der Geburt und das Strafrecht. Probleme an der Grenze zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschqualität, in: JR 1971, Seite 133 ff.
- Lüttger, Hans Geburtshilfe und Menschwerdung in strafechtlicher Sicht, in: Lüttger, Blei, Hanau (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, Walter de Gruyter Verlag 1972, Seite 359 ff.
Zitiert: *Lüttger, Heinitz-FS*
- Lüttger, Hans; Blei, Hermann; Hanau, Peter (Hrsg.) Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972. Walter de Gruyter Verlag. Berlin 1972.
- Maier, Bernhard Mitwirkungsverweigerung beim Schwangerschaftsabbruch, in: NJW 1974, Seite 1404 ff.
- Maiwald, Manfred Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, in: JuS 1981, Seite 473 ff.
- von Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich; Starck, Christian Das Bonner Grundgesetz. Kommentar.
Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19. 5. Aufl. Verlag Franz Vahlen. München 2006.
Zitiert: Mangoldt / Klein / Starck – *Bearbeiter*
- Martius, Gerhard; Rath, Werner (Hrsg.) Praxis der Frauenheilkunde. Band II. Geburtshilfe und Perinatologie. Thieme Verlag. Stuttgart New York 1998.
- Maunz, Theodor; Dürig, Günther (Begr.) Grundgesetz: Kommentar. 1. Aufl.
Band 1. GG-Text – 5. 49. Lieferung. Verlag C.H. Beck. München Stand: März 2007.
Zitiert: Maunz / Dürig – *Bearbeiter*

- Maurach, Reinhard;
Schröder, Friedrich-Christian;
Maiwald, Manfred
Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte. 10. Aufl. C. F. Müller Verlag. Heidelberg 2009.
- Maurach, Reinhard; Zipf, Heiz
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. 8. Aufl. C.F. Müller Juristischer Verlag. Heidelberg 1992.
- Maurer, Hartmut
Allgemeines Verwaltungsrecht. 17. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2009.
- Mayer-Maly, Theo
Anmerkung zu BVerwG, JZ 1992, Seite 525 ff, in: JZ 1992, Seite 528 ff.
- Mebel, M.
Urologische Komplikationen. in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 1990, Seite 274 ff.
- Mende, W.
Neurologische und psychiatrische Erkrankungen als Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Verlag Karl Demeter 1976, Seite 79 ff.
- Merkel, Reinhard
Früheuthanasie: rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin. Nomos Verlagsgesellschaft. 1. Aufl. Baden Baden 2001.
- Mittelmeier, Heinz
Orthopädische Indikationen, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Deutscher Ärzte-Verlag 1972, Seite 89 ff.
- Moenning, Annegret
Klinische Erfahrungen mit Prostaglandinen bei medizinisch indiziertem Schwangerschaftsabbruch im zweiten Trimenon. Diss. med. Xanten 1986.
- Müller, Gerda
Unterhalt für ein Kind als Schaden?, in: NJW 2003, Seite 697 ff.

- Müller, U.; Rauskolb, R.
Pränatale Diagnostik. Aufgaben und Methoden, in: Künzel (Hrsg.), Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band 4. Schwangerschaft I, Urban & Fischer Verlag 2000, Seite 245 ff.
- Zitiert: Müller / Rauskolb, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV.
- von Münch, Ingo (Begr.);
Kunig, Philip (Hrsg.)
Grundgesetz-Kommentar. Band 1. Präambel bis Art. 19. 5. Aufl. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 2000.
- Zitiert: Münch / Kunig – Bearbeiter
- Neuefeind, Wolfgang
Arzthaftungsrecht. Ein Überblick für Rechtsanwender, Ärzte und Patienten. 3. Aufl. Tectum Verlag. Marburg 2001.
- Neumann, Gerd
Infektionen und Infektionskrankheiten, in: Rath, Friese (Hrsg.), Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 2005, Seite 414 ff.
- Zitiert: Neumann, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft.
- Noth, Johannes; Block, Frank
Neurologische Erkrankungen, in: Rath, Friese (Hrsg.), Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 2005, Seite 332 ff.
- Zitiert: Noth / Block, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft
- Oeter, Karl; Nohke, Anke
Der Schwangerschaftsabbruch. Gründe, Legitimationen, Alternativen. Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit. Band 123. Verlag W. Kohlhammer. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1982.
- Otto, Harro
Anmerkung zu BayObLG, JR 1990, Seite 338 ff., in: JR 1990, Seite 342 ff.
- Otto, Harro
Die strafrechtliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, in: Jura 1996, Seite 135 ff.
- Otto, Harro
Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. 7. Aufl. De Gruyter. Berlin 2004.
- Zitiert: Otto, AT

- Otto, Harro
Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte. 7. Aufl. De Gruyter. Berlin 2005.
Zitiert: *Otto, BT*
- Otto, Harro
Vom medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch zur Kindstötung, in: ZfL 1999, Seite 55 ff.
- Palandt, Otto (Begr.)
Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I- und Rom II – Verordnungen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz. 69. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2010.
- Pallasch, Ulrich
Entgeltfortzahlung bei Schwangerschaftsabbruch nach der "Fristenlösungs-Entscheidung" des BVerfG vom 28.5.1993, in: NZA 1993, Seite 973 ff.
- Pawlak, Michael
Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem der strafrechtlichen Solidaritätspflichten. Walter de Gruyter Verlag. Berlin, New York 2002.
- Pawlowski, P.; Böttcher, D.-R.; Gietzelt, J.
Outcome / Ergebnisqualität bei Kindern mit einem Geburtsgewicht unter 1500 g, in: Friese, Plath, Briese (Hrsg.), Frühgeburt und Frühgeborenes, Springer Verlag 2000, Seite 373 ff.
Zitiert: *Pawlowski / Böttcher / Gietzelt*, in: Friese (Hrsg.)
- Pelz, Lothar
Pragmatische Lösung, in: DÄBl 2005, Seite A – 1576
- Pestalozza, Christian
Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz. 3. Aufl. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 1991.
Zitiert: *Pestalozza*, VerfProzR

- Pfleiderer, Albrecht
 Vorsorgeuntersuchungen in der Schwangerschaft, in: Pfleiderer, Breckwoldt, Martius (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe, Georg Thieme Verlag 2001, Seite 298 ff.
 Zitiert: *Pfleiderer*, Vorsorgeuntersuchungen, in: Gynäkologie und Geburtshilfe
- Pfleiderer, Albrecht
 Regelwidrige und pathologische Geburt, in: Pfleiderer, Breckwoldt, Martius (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe, Georg Thieme Verlag 2001, Seite 400 ff.
 Zitiert: *Pfleiderer*, Geburt, in: Gynäkologie und Geburtshilfe
- Pfleiderer, Albrecht; Breckwoldt, Meinert; Martius, Gerhard (Hrsg.)
 Gynäkologie und Geburtshilfe. 4. Aufl. Georg Thieme Verlag Stuttgart New York 2001.
- Pfleiderer, Th.; Hertle, F.
 Nichttuberkulöse Erkrankungen der Atmungs- und Verdauungsorgane, Infektionskrankheiten, rheumatische Erkrankungen als Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Verlag Karl Demeter 1976, Seite 33 ff.
- Philipp, Wolfgang
 „Abtreibung als öffentlich-rechtliche Kassenleistung“ – Eine zentrale Frage des Rechtsstaats, in: Jura 1987, Seite 86 ff.
- Philipp, Wolfgang
 Aufgezwungene Pflichtenkollisionen – Frauenärzte im Konflikt, in: Der Frauenarzt 1998, Seite 1504 ff.
- Philipp, Wolfgang
 Einstandspflicht für den Tod. Die Rolle der Arzthaftung bei der vorgeburtlichen Selektion behinderter Kinder, in: ZfL 2000, Seite 71 ff.
- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard
 Grundrechte. Staatsrecht II. 24. Aufl. C.F.Müller Verlag. Heidelberg 2008.
- Pluisch, Frank
 Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik. Springer Verlag. Berlin, Heidelberg etc. 1992.
- Prophet, Ulrike
 Perinatale Mortalität der Jahre 1980 – 1996 an der Universitätsfrauenklinik Rostock unter besonderer Berücksichtigung der Frühgeburt. Ursachen und Trends. Diss. Rostock 1999.

- Quaas, Michael; Zuck, Rüdiger Medizinrecht. 2. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2008.
Zitiert: Quaas / Zuck – *Bearbeiter*
- Radbruch, Gustav Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie, C.F. Müller Juristischer Verlag 1990, Seite 83 ff.
Zitiert: *Radbruch*, in: Gesamtausgabe III
- Rath, Werner Hypertensive Schwangerschaftserkrankungen, in: Künzel (Hrsg.), Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band 5. Schwangerschaft, Urban & Fischer Verlag 2002, Seite 60 ff.
Zitiert: *Rath*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band V.
- Rath, Werner; Friese, Klaus (Hrsg.) Erkrankungen in der Schwangerschaft. Georg Thieme Verlag. Stuttgart, New York 2005.
- Rebmann, Kurt; Säcker, Jürgern; Rixecker, Roland (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. §§ 241 – 432. 5. Aufl. Verlag C. H. Beck. München 2007.
- Band 4. Schuldrecht. Besonderer Teil II. §§ 611 – 704. EFZG, TzBfG, KSchG. 5. Aufl. Verlag C. H. Beck. München 2009.
- Band 5. Schuldrecht. Besonderer Teil III. §§ 705 – 853. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz. Produkthaftungsgesetz. 5. Aufl. Verlag C. H. Beck. München 2009.
- Band 8. Familienrecht II. §§ 1589 – 1921; SGB VIII. 5. Aufl. Verlag C. H. Beck. München 2008.
Zitiert: MüKo – *Bearbeiter*
- Reichenbach, Peter Ist die medizinisch-embryopathische Indikation bei dem Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a II StGB verfassungswidrig?, in: Jura 2000, Seite 622 ff.

- Reiter, J. Spätabtreibungen: Verstoß gegen den Lebensschutz?, in: Herder-Korrespondenz 1999, Seite 224 ff.
- Rezbach, Eva Offene Fragen, in: DÄBI 2005, Seite A – 1576
- Riedel, Ulrike „Kind als Schaden“. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes. Mabuse Verlag. Frankfurt am Main 2003.
- Römelt, Josef (Hrsg.) Spätabbrüche der Schwangerschaft. Überlegungen zu einer umstrittenen Praxis. Erfurter theologische Schriften. Band 33. St. Benno Verlag GmbH. Leipzig 2005.
- Roxin, Claus Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. C.H. Beck'sche Verlangsbuchhandlung. München 2006.
- Roxin, Claus Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. 1. Auflage. Verlag C.H. Beck. München 2003.
- Roxin, Claus Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts. Versuch einer Bilanz, in: ZStW 93 (1981), Seite 68 ff.
- Roxin, Claus Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363, in: JuS 1964, Seite 53 ff.
- Roxin, Claus; Widmaier, Gunter (Hrsg.) 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Verlag C.H. Beck. München 2000.
- Rudolphi, Hans-Joachim Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in: Dornseifer, Horn etc. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag KG 1989, Seite 371 ff.
Zitiert: *Rudolphi*, Kaufmann-FS

- Rudolphi, Hans-Joachim; Horn, Eckhard; Samson, Erich (Hrsg.)
 Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.
 Band I. Allgemeiner Teil (§§ 1– 79 b). 6. Auflage.
 Luchterhand Verlag. Neuwied, Kriftel. 27. Lieferung. Stand:
 November 1997.
 Zitiert: SK – *Bearbeiter*, 6. Aufl.
- Rudolphi, Hans-Joachim; Horn,
 Eckhard; Samson, Erich (Hrsg.)
 Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.
 Band I. Allgemeiner Teil (§§ 1– 79 b). 7., teilweise 8. Aufl.
 Luchterhand Verlag. Neuwied, Kriftel etc. 41. Lieferung.
 Stand: Oktober 2005.
- Rübenach, Stefan P.
 Todesursache Suizid, in: Wirtschaft und Statistik 2007, Seite
 960 ff.
- Rüfner, Wolfgang
 Die mittelbare Diskriminierung und die speziellen
 Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, in: Wendt,
 Höfling etc, (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern: Festschrift
 für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, C.F. Müller
 Verlag 1996, Seite 331 ff.
 Zitiert: *Rüfner*, Friauf – FS
- Rüttgers, Jürgen
 Pro & Contra. Zulässigkeit von Spätabtreibungen?, in: ZRP
 2007, Seite 71
- Sachs, Michael
 Grenzen des Diskriminierungsverbots: eine Untersuchung zur
 Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Art. 3 Abs. 2
 und Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz. Vahlen Verlag. München
 1987.
 Zitiert: *Sachs*, Grenzen
- Sachs, Michael
 Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3
 Satz 2 GG, in: RdJB 1996, Seite 154 ff.

- Schmidt-Ross, Anette Entwicklung der Plazenta und des Fetus, in: Bühling, Friedmann (Hrsg.), Intensivkurs: Gynäkologie und Geburtshilfe, Urban & Fischer Verlag 2004, Seite 105 ff.
Schmidt-Ross, in: Intensivkurs
- Schneider, Alfred Arbeitsrechtliche Bedeutung der Mitwirkungsverweigerung beim Schwangerschaftsabbruch (Art. 2 5. StrRG), in: DB 1977, Seite 1702 f.
- Schneider, Henning Mütterliche Erkrankungen, in: Pfleiderer, Breckwoldt, Martius (Hrsg.), Gynäkologie und Geburtshilfe, Georg Thieme Verlag 2001, Seite 316 ff.
 Zitiert: Schneider, in: Gynäkologie und Geburtshilfe
- Schneider, Henning Prospektive Geburtsleitung bei kleinen Frühgeborenen, in: Friese, Plath, Briese (Hrsg.), Frühgeburt und Frühgeborenes, Springer Verlag 2000, Seite 329 ff.
- Schneider, Henning Schwangerschaftsabbruch, pränatale Diagnostik und intrauterine Therapie, in: Ethik in der Medizin 1998, Seite (S) - 46 ff.
- Schneider, H.; Beller, Fritz Karl Schwangerschaftsabbruch, in: Schneider / Husslein / Schneider (Hrsg.), Geburtshilfe, Springer Medizin Verlag 2006, Seite 51 ff.
- Schneider, H. P. G. (Hrsg.) Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe.
 Band 2. Endokrinologie und Reproduktionsmedizin II. Sexualmedizin, Kontrazeption und Schwangerschaftsabbruch, juristische und ethische Aspekte. 3. Aufl. Urban & Schwarzenberg Verlag. München, Wien, Baltimore 1996.
- Schneider, Henning; Husslein, Peter; Schneider, Karl Theo M. Die Geburtshilfe. 3. Aufl. Springer Medizin Verlag. Heidelberg 2006.
- Schönke, Adolf; Schröder, Horst (Hrsg.) Strafgesetzbuch: Kommentar. 24. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 1991.
 Zitiert: Sch / Sch – Bearbeiter, 24. Aufl.

- Schönke, Adolf; Schröder, Horst (Hrsg.) Strafgesetzbuch. Kommentar. 28. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2010.
- Schramm, Edward Über die Beleidigung von behinderten Menschen, in: Eser, Schittenhelm etc. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1998, Seite 539 ff.
Zitiert: *Schramm*, Lenckner – FS
- Schreiber, Hans-Ludwig Die Würde des Menschen – eine rechtliche Fiktion?, in: MedR 2003, Seite 367 ff.
- Schreiber, Hans-Ludwig; Lilie, Hans; Rosenau, Henning; Tadaki, Makoto; Pak, Un Jong Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik? Das Leben an seinem Anfang und an seinem Ende. Peter Lang Verlag. Frankfurt am Main 2007.
- Schröder, Claudia M.; Merk, Hans F. Hautveränderungen in der Schwangerschaft, in: Rath, Friese (Hrsg.), Erkrankungen in der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 2005, Seite 381 ff.
Zitiert: *Schröder / Merk*, in: Erkrankungen in der Schwangerschaft
- Schroth, Ulrich Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, in: JuS 1992, Seite 476 ff.
- Schuhmann, Eva; Schmidt-Recla, Adrian Die Abschaffung der embryopathischen Indikation – eine ernste Gefahr für den Frauenarzt?, in: MedR 1998, Seite 497 ff.
- Schünemann, Bernd Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, in: GA 1974, Seite 231 ff.
- Schuhmann, R.; Stolz, F. Funktionelle Morphologie und Pathologie der Plazenta, in: Künzel (Hrsg.), Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band 4. Schwangerschaft I, Urban & Fischer Verlag 2000, Seite 13 ff.
Zitiert: *Schuhmann / Stolz*, in: Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Band IV.

- Schulin, Bertram (Hrsg.) Handbuch des Sozialversicherungsrechts. Band 1. Krankenversicherungsrecht. Verlag C. H. Beck. München 1994.
Zitiert: Schulin – *Bearbeiter*, KVR
- Schulte, W.; Schulte, M. Neurologisch-psychiatrische Indikationen, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Deutscher Ärzte-Verlag 1972, Seite 117 ff.
- Schuppert, Gunnar Folke; Bumke, Christian Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts. 1. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 2000.
Zitiert: *Schuppert / Bumke*
- Seidel, Meike Zivilrechtliche Mittel gegen Schwangerschaftsabbrüche?: Eine Untersuchung zu vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen und Unterlassungsklagen im Vorfeld eines geplanten Schwangerschaftsabbruch unter Berücksichtigung eines strafrechtlichen Indikationsmodells bzw. einer strafrechtlichen Fristenlösung. 1. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 1994.
Zitiert: *Seidel*
- Sidor, Jutta; Bühling, Kai J. Leitung und Überwachung der Geburt, in: Bühling, Friedmann (Hrsg.), Intensivkurs: Gynäkologie und Geburtshilfe, Urban & Fischer Verlag 2004, Seite 270 ff.
Sidor / Bühling, in: Intensivkurs
- Simon, Alfred Später Schwangerschaftsabbruch und passive Sterbehilfe beim Neugeborenen: Morale Dilemmata zur Lebensfähigkeit, in: Wewetzer, Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, Campus Verlag 2008, Seite 57 ff.
Zitiert: *Simon*, in: Spätabbruch
- Simon, Maria Psychische Spätfolgen nach Schwangerschaftsabbruch, in: Die Medizinische Welt 1986, Seite 332 ff.
Zitiert: *Simon*, MedWelt 1986

- Sievers, Jochen
Die mittelbare Diskriminierung im Arbeitsrecht. Centaurus-Verlagsgesellschaft. Pfaffenweiler 1997.
- Soergel, Hans Theodor (Begr.);
Siebert, W.; Baur, Jürgen F. (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
Band 4/1. Schuldrecht III/1. §§ 516 – 651, Gesetz zur Regelung der Miethöhe, Verbraucherkreditgesetz. 12. Aufl. Verlag W. Kohlhammer. Stuttgart, Berlin, Köln 1997.
- Sowada, Christoph
Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun (Ingerenz), in: Jura 2003, Seite 236 ff.
- Spranger, Tade Matthias
Wen schützt Art. 3 III 2 GG?, in: DVBl 1998, Seite 1058 ff.
- Starck, Christian
Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens. Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG, in: JZ 1993, Seite 816 ff.
- Staudinger, Julius von (Begr.)
J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611 – 615. (Dienstvertragsrecht 1). Neubearbeitung 2005. Sellier-de Gruyter Verlag. Berlin 2005.
- Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 823 – 825. 13. Bearb. Sellier –de Gruyter Verlag. Berlin 1999.
- Buch 4. Familienrecht. §§ 1626 – 1631; Anhang zu §1631: RKEG; §§ 1631 a – 1633. Neubearbeitung 2007. Sellier –de Gruyter Verlag. Berlin 2007.
- Buch 4. Familienrecht. §§ 1896 – 1921.(Rechtliche Betreuung und Pflegschaft). Neubearbeitung 2006. Sellier –de Gruyter Verlag. Berlin 2006.
Zitiert: Staudinger – Bearbeiter
- Steinbrück, P.
Lunge, in: Beller/Kyank (Hrsg.) Erkrankungen während der Schwangerschaft, Georg Thieme Verlag 1990, Seite 178 ff.
Zitiert: Steinbrück, in: Beller/Kyank (Hrsg.), Erkrankungen während der Schwangerschaft

- Steiner, Udo
Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz. Erweiterte Fassung eines Vortrages gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 26. Juni 1991. Walter de Gruyter Verlag, Berlin, New York 1992.
- Steffen, Erich;
Dressler, Wolf-Dieter
Arzthaftungsrecht. Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung. 8. Aufl. RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln 1999.
- Stoffels, Markus
Arbeitsrechtliche Konsequenzen des zweiten Abtreibungsurteils des Bundesverfassungsgerichts, in: DB 1993, Seite 1718 ff.
- Straßmair, Stefan M.
Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG: eine Untersuchung zu Gehalt und Struktur des Diskriminierungsverbotes sowie seiner Bedeutung für die verfassungsrechtliche Stellung und soziale Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen. Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2002.
- Stratenwerth, Günter;
Kuhlen, Lothar
Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 5. Aufl. Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin etc. 2004.
- Stürner, Rolf
Das nicht abgetriebene Wunschkind als Schaden, in: FamRZ 1985, Seite 753 ff.
- Stürner, Rolf
Schadensersatz für mißglückte Abtreibung – ein Problem der Schadenszurechnung?, in: JZ 1986, Seite 122 ff.
- Stürner, Rolf
Der Schutz des ungeborenen Kindes im Zivilrecht, in: Jura 1987, Seite 75 ff.
- Stürner, Rolf
Die Unverfügbarkeit ungeborenen menschlichen Lebens und die menschliche Selbstbestimmung, in: JZ 1990, Seite 709 ff.

- Stürner, Rolf
 Der straffreie Schwangerschaftsabbruch in der Gesamt-rechtsordnung. Rechtsgutachten für das Bundesverfassungsgericht mit seiner Vorgesichte und einer Stellungnahme zur Entscheidung. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag. Tübingen 1994.
 Zitiert: *Stürner, Rechtsgutachten*
- Stürner, Rolf
 Anmerkung zu BGH, JZ 2003, Seite 152 ff, in: JZ 2003, Seite 155 ff.
- Süfke, Cornelia
 „Ärztliche Erkenntnis“ und die Pflicht zur sorgfältigen Prüfung im Rahmen des § 218 a StGB. 1. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 1995.
- Theissing, Gerhard
 Oto-laryngologische Indikationen, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Deutscher Ärzte-Verlag 1972, Seite 61 ff.
- Thiel, Sven-Markus
 Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen. Peter Lang Verlag. Frankfurt am Main, Berlin, Bruxelles, New York, Wien 2000.
- Thomas, Hans; Kluth; Winfried
 Das unzumutbare Kind. Die zweite Bonner Fristenregelung vor dem Bundesverfassungsgericht. Lindenthal-Institut Köln. Verlag Busse + Seewald GmbH. Herford, Stuttgart etc. 1993.
- Tröndle, Herbert
 Gibt die Rechtsprechung den Schutz des ungeborenen Lebens vollends preis?, in: MedR 1986, Seite 31 ff.
- Tröndle, Herbert
 „Soziale Indikation“ – Rechtfertigungsgrund?, in: Jura 1987, Seite 66 ff.
- Tröndle, Herbert
 Über das Unbegründbare der zweiten Bonner Fristenlösung (Schwangeren- und Familienhilfegesetz 1992), in: Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. zu Köln Nr. 10, Seite 71 ff.
 Zitiert: *Tröndle, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 10*

- Tröndle, Herbert Preisgabe des individuellen Lebensschutzes: Auswirkungen des 2. Fristenregelungsurteils, in: Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. zu Köln Nr. 12, Seite 91 ff.
Zitiert: *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 12
- Tröndle, Herbert Das zweite Fristenlösungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und die Folgen, in: MedR 1994, Seite 356 ff.
- Tröndle, Herbert Das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz, in: NJW 1995, Seite 3009 ff.
- Tröndle, Herbert Zum Problem der Spätabtreibungen, in: Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. zu Köln Nr. 16, Seite 95 ff.
Zitiert: *Tröndle*, Schriftenreihe Lebensrecht Nr. 16
- Tröndle, Herbert „Beratungsschutzkonzept“, ein Tabu für die Kriminologie?, in: Albrecht, Dünkel, Kerner etc. (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Zweiter Halbband, Duncker & Humblot 1998, Seite 1387 ff.
Zitiert: *Tröndle*, Kaiser – FS
- Tröndle, Herbert; Fischer, Thomas Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 49. Aufl. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 1999.
Zitiert: T / F – *Bearbeiter*, 49. Aufl.
- Tröndle, Herbert; Fischer, Thomas Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 57. Aufl. Verlag C.H. Beck. München 2010.
Zitiert: T / F – *Bearbeiter*
- Uhlenbruck, Wilhelm Die rechtlichen Auswirkungen der neuen Bundespflegesatzverordnung auf den Krankenhausaufnahmevertrag, in: NJW 1973, Seite 1399 ff.
- Ullmann, Christian Neues Kriterium für Fehlgeburt, in: NJW 1994, Seite 1575 ff.
- Ulsenheimer, Klaus Arztstrafrecht in der Praxis. 2. Aufl. C. F. Müller Verlag. Heidelberg 1998.

- Ulsemheimer, Klaus Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung – BGH bei Dallinger, MDR 1971, 361, in: JuS 1972, Seite 252 ff.
- Umbach, Dieter C.; Clemens, Thomas, Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.) Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 2005.
- Ungeheuer, Edgar; Drews, E.-F. Chirurgische Indikationen, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Deutscher Ärzte-Verlag 1972, Seite 97 ff.
- Verband der Kriegs- und Wehrdienstopfer, Behinderten und Rentner Deutschland, Landesverband Mecklenburg-Vorpommern (Hrsg.) Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertengesetz (Auszug aus der Neufassung 1983). Schwerin 1992.
Zitiert. *Vdk*, Anhaltspunkte
- Vogel, F. Genetische Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, in: Lau (Hrsg.), Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, Verlag Karl Demeter 1976, Seite 97 ff.
- Weber, Ralph Rechtsethische Aspekte der Frühgeburt am Rande der Lebensfähigkeit, in: Friese, Plath, Briese (Hrsg.), Frühgeburt und Frühgeborenes, Springer Verlag 2000, Seite 397 ff.
Zitiert: *Weber*, in: *Friese etc.* (Hrsg.)
- Weber, Ralph Kind als Schaden?, in: ZfL 2004, Seite 74 ff.
- Weber, Ralph; Vogt-Weber, Beate Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei Kindern mit einem Geburtsgewicht zwischen 500 und 1000 Gramm?, in: Arzt Recht 1999, Seite 4 ff.
- Weise, Wolfgang Gedanken zur Neufassung des § 218 a aus der Gegenwärtigkeit Goethes, in: Der Frauenarzt 1997, Seite 1218 ff.

- Weiβ, Axel
Das Lebensrecht ungeborener Kinder und ihr strafrechtlicher Schutz in der Schwangerschaft. Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts, in: JR 1993, Seite 449 ff.
- Weiβ, Norman
Spätabtreibungen – Dilemma für den Rechtsstaat oder lösbare Aufgabe für die Rechtsordnung?, in: ZfL 2003, Seite 14 ff.
- Wendt, Rudolf; Höfling, Wolfram; Karpen, Ulrich; Oldiges, Martin (Hrsg.)
Staat, Wirtschaft, Steuern: Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag. C.F. Müller Verlag. Heidelberg 1996.
- Wernstedt, Thela; Beckmann, Matthias W.; Schild, Ralf Lothar
Entscheidungsfindung bei späten Schwangerschaftsabbrüchen, in: Geburtshilfe und Frauenheilkunde 2005, Seite 761 ff.
- Wessels, Johannes; Hettinger, Michael
Strafrecht. Besonderer Teil/1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte. 33. Aufl. C.F.Müller Verlag. Heidelberg 2009.
Zitiert: *Wessels / Hettinger*, BT 1
- Westphalen, Johanna von (Hrsg.)
Offensive für das Lebensrecht. Sinus Verlag. Krefeld 1999.
- Wewetzer, Christa
Spätabbrüche: Aktuelle Problemstellung und gesellschaftliche Debatte 1996-2007, in: Wewetzer, Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, Campus Verlag 2008, Seite 16 ff.
Zitiert: *Wewetzer*, in: Spätabbruch
- Wewetzer, Christa;
Wernstedt, Thela
Spätabbruch der Schwangerschaft. Praktische, ethische und rechtliche Aspekte eines moralischen Konflikts. Campus Verlag. Frankfurt/Main 2008.
- Wiebe, Knut
Anmerkung zu AG Oldenburg, ZfL 2004, Seite 117 f., in: ZfL 2004, Seite 118 ff.

- Winkler, M., Rath, W. Aktuelles Vorgehen bei der vorzeitigen Schwangerschaftsbeendigung mit Prostaglandinen im II. und III. Trimenon, in: Zeitschrift für Geburtshilfe und Neonatologie 201 (1997), Seite 39 ff.
- Wirth, Gesine Strafrechtliche und rechtsethische Probleme der Spätabtreibung. Wann ist das Leben lebenswert. Darmstadt 2006.
- Wisser, J. Methoden und Konsequenzen der pränatalen Diagnostik, in: Gesundheitswesen 2001, Seite (S) – 95 ff.
- Wittenburg, Anke Susanne Analyse von 1638 Schwangerschaftsabbrüchen bei Erstgraviden an der Universitätsfrauenklinik Rostock von 1983 – 1996. Diss. med. Rostock 2001.
- Witzel, Simone (Red.) Pschyrembel. Klinisches Wörterbuch. 261. Aufl. Walter de Gruyter Verlag. Berlin, New York 2007.
Zitiert: *Pschyrembel*, Stichwort:
- Wolff, Hans J.; Bachof, Otto; Stober, Rolf Verwaltungsrecht. Band 3. Ein Studienbuch. 5. Aufl. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München 2004.
Zitiert: Wolff / Bachof / Stober – Bearbeiter
- Wolff, Hanns Peter Internistische Indikationen, in: Ahrens (Hrsg.), Medizinische Indikationen zum therapeutischen Schwangerschaftsabbruch, Deutscher Ärzte-Verlag 1972, Seite 25 ff.
- Woopen, Christiane Zum Anspruch der medizinisch-sozialen Indikation zum Schwangerschaftsabbruch. Leben, körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung als konfligierende Rechte, in: Der Gynäkologe 1999 (32), Seite 974 ff.
- Wüstemann, Max Neue Entwicklungen in der pränatalen Therapie, in: Wewetzer, Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, Campus Verlag 2008, Seite 45 ff.
Zitiert: *Wüstemann*, in: Spätabbruch

Zimmermann, Reinhard

Schadensbemessung nach Billigkeit: die Entscheidungen des BGH zum Ladendiebstahl und zur fehlgeschlagenen Familienplanung, in: JZ 1981, Seite 86 ff.

Zippelius, Reinhold

Forum: An den Grenzen des Rechts auf Leben, in: JuS 1983, Seite 659 ff.