

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 624

# Der Arzt im Abtreibungsstrafrecht

Eine verfassungsrechtliche Analyse

Von

Ruth Esser



Duncker & Humblot · Berlin

**RUTH ESSER**

**Der Arzt im Abtreibungsstrafrecht**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 624**

# **Der Arzt im Abtreibungsstrafrecht**

**Eine verfassungsrechtliche Analyse**

**Von**

**Ruth Esser**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Esser, Ruth:**

Der Arzt im Abtreibungsstrafrecht : eine  
verfassungsrechtliche Analyse / von Ruth Esser. –  
Berlin : Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 624)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-07639-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-07639-7

***Meinen Eltern***



## **Vorwort**

Die Juristische Fakultät der Universität zu Köln nahm diese Arbeit im Wintersemester 1992/93 als Dissertation an. Das Manuskript wurde im Mai 1992 abgeschlossen. Danach erschienene Literatur sowie spätere rechtspolitische Ereignisse konnten vereinzelt noch berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt Herrn Professor Dr. Wolfgang Rüfner für die Betreuung der Arbeit als Doktorvater. Ich danke auch Herrn Professor Dr. Martin Kriele, dem die zweitgutachterliche Stellungnahme oblag und der den Kontakt zum Verlag Duncker & Humblot hergestellt hat. Ferner bin ich Bundesverfassungsrichter a.D. Herrn Professor Dr. Willi Geiger zu Dank verbunden, der mir im Februar 1990 den Anstoß zur Bearbeitung des gewählten Themas gab.

Mein Vater, Notar Dr. Werner Esser, hat mir mit fachkundigem und väterlichem Rat stets zur Seite gestanden. Herr Staatsanwalt Rainer Beckmann gab mir zahlreiche fachliche und kritische Anregungen. Herr Rechtsanwalt Norbert Geis (MdB) ermöglichte mir durch großzügige Freistellung eine schnellere Fertigstellung der Arbeit. Frau Hildegard Esser und Frau Sabine Baumann übernahmen die mühsame Arbeit des Korrekturlesens. Ihnen allen gilt mein Dank.

Schließlich bedanke ich mich bei dem Verlag Duncker & Humblot für die zügige Publikation der Arbeit in der Reihe "Schriften zum Öffentlichen Recht".

Köln, im Oktober 1992

Ruth Esser



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	<b>19</b>
-------------------------	-----------

## *Erster Teil*

### **Berufsrechtliche Aspekte des ärztlichen Aborts**

<b>A. Das tradierte ärztliche Berufsbild, sein Wandel und die Einbindung des Ärztestandes in das staatliche Abtreibungsstrafrecht</b> .....	<b>24</b>
<b>I. Das traditionelle Berufsbild des Arztes und seine Festschreibung im ärztlichen Berufsrecht</b> .....	<b>24</b>
<b>II. Erweiterungen des ärztlichen Berufsbildes - die Orientierung am Gemeinwohl</b> .....	<b>27</b>
<b>III. Neue Anforderungen an die Ärzteschaft</b> .....	<b>29</b>
<b>IV. Der Einfluß dieser gewandelten Anforderungen auf das Berufsrecht des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der Einstellung zur Abtreibung</b> .....	<b>31</b>
1. Das Bundesrecht .....	31
2. Die Standesdeklarationen .....	33
3. Die einschlägige Entwicklung der Berufsordnungen.....	35
4. Analyse der Regelung des Aborts in den Berufsordnungen für die deutschen Ärzte und eigene Stellungnahme.....	36
<b>V. Ergebnis zu A.</b> .....	<b>42</b>
<b>B. Der Einfluß der Einbindung des Arztes in das Abtreibungsstrafrecht auf das Arzt-Patient-Verhältnis</b> .....	<b>43</b>
<b>I. Das Zwei-Personen Verhältnis Arzt-Patient</b> .....	<b>43</b>
<b>II. Unzulässige Ausnahme vom Zweipersonenverhältnis Arzt-Patient bei der Abtreibung</b> .....	<b>44</b>
<b>III. Ergebnis zu B.</b> .....	<b>45</b>
<b>C. Fazit</b> .....	<b>46</b>

## *Zweiter Teil*

### **Analyse der Beteiligung des Arztes am Abort auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts**

<b>A. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Beteiligung des Arztes am Abort</b> .....	<b>47</b>
<b>I. Die Handlungsmöglichkeiten des Arztes innerhalb der §§ 218 ff. StGB</b> .....	<b>47</b>

1. Das Mitwirkungsverweigerungsrecht (Art. 2 des 5.StrRG) .....	47
2. Die Beratung der Schwangeren durch einen Arzt (§ 218 b Abs. Nr. 1 und 2 StGB) .....	48
3. Die ärztliche Indikationsfeststellung (§§ 219 Abs. 1, 218 a StGB) .....	48
a) Der Begriff der "Indikation" .....	49
b) Die Erst-Feststellung (§ 219 Abs. 1 StGB) .....	50
c) Die Indikationsfeststellung (§ 218 a StGB) .....	52
4. Die Durchführung der Abtreibung .....	53
5. Pränatale Diagnostik als Vorstufe zum möglichen Abort aufgrund eugenischer Indikation .....	53
6. Verschreibung nidationshemmender Mittel (§ 219 d StGB) .....	54
II. Überlegungen zum verfassungsrechtlichen Status des ungeborenen Kindes .....	54
1. Die Bedeutung des verfassungsrechtlichen Status des Embryos für die Beteiligung des Arztes am Abort .....	55
2. Zur Grundrechtsträgerschaft des ungeborenen Kindes in bezug auf das Recht auf Leben .....	55
a) Meinungsstand .....	56
aa) Die Literatur .....	56
bb) Das Bundesverfassungsgericht .....	57
b) Eigene Stellungnahme .....	58
3. Die Schutzpflicht des Staates aus Art. 1 Abs. 1 S. 2, 2 Abs. 2 S. 1 GG .....	64
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur staatlichen Schutzpflicht .....	64
b) Die verfassungsrechtliche Literatur .....	67
4. Ergebnis zu II. ....	67
III. Die Rechtsnatur der Indikationstatbestände des § 218 a StGB .....	67
1. Meinungsstand .....	68
a) Die Literatur .....	68
b) Die Rechtsprechung .....	69
2. Eigene Stellungnahme .....	71
IV. Fazit .....	74
B. Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der Beteiligung des Arztes am Abort und seiner gesetzlichen Einbindung in das Abtreibungsstrafrecht .....	75
I. Das staatliche, grundsätzlich strafbewehrte Abtreibungsverbot - auch für ärztliche Abtreibungen .....	75
1. Formen staatlichen Schutzes .....	75
2. Die "Pflicht zum Einsatz des Strafrechts" .....	76
3. Zur Kritik an der "Pflicht zum Einsatz des Strafrechts" .....	77
4. Ergebnis zu I. ....	82
II. Die Unzulässigkeit einer Indikationsfeststellung ex ante .....	82
1. Der Legalisierungsanschein der Indikationsfeststellung im Vorfeld der Tat .....	82
2. Berücksichtigung der "Fristenregelungs"-Entscheidung .....	85
3. Ergebnis zu II. ....	86
III. Das Mitwirkungsverweigerungsrecht des Art. 2 Abs. 2 des 5.StrRG .....	87

1. Darstellung der Regelung.....	87
a) Art. 2 Abs. 1 des 5.StrRG.....	87
b) Art. 2 Abs. 2 des 5.StrRG.....	88
2. Die verfassungsrechtliche Problematik.....	88
a) Zur Verfassungswidrigkeit der Regelung des Art. 2 Abs. 2 5.StrRG.....	88
b) Keine sonstige Einschränkung des Grundsatzes aus Art. 2 Abs. 1 des 5.StrRG.....	90
3. Ergebnis zu III.....	92
IV. Die ärztliche Verschreibung nidationshemmender Mittel (§ 219 d StGB).....	92
1. Darstellung der Problematik.....	92
2. Verfassungsrechtliche Bewertung.....	93
3. Keine Pflicht zur Verschreibung nidationshemmender Mittel (§ 219 d StGB).....	95
4. Ergebnis zu IV.....	95
V. Fazit.....	96

*Dritter Teil*

**Analyse der Beteiligung des Arztes am Abort auf Grundlage der  
Rechtfertigungsthese zu § 218 a StGB**

A. Zulässigkeit der Beteiligung des Arztes an rechtmäßigen Abtreibungen.....	98
I. Ausnahme vom staatlichen, grundsätzlich strafbewehrten Abtreibungsverbot.....	98
II. Zulässigkeit der Indikationsfeststellung ex ante.....	98
III. Das Mitwirkungsverweigerungsrecht des Arztes (Art. 2 des 5.StrRG).....	99
IV. Strafloze Verschreibung nidationshemmender Mittel (§ 219 d StGB).....	100
V. Ergebnis zu A. ....	101
B. Verfassungsrechtliche Fragen bezüglich des nach § 218 a StGB indizierenden Arztes.....	101
I. Bedeutung und Charakter der rechtfertigenden Indikationsfeststellung.....	101
1. Die Bedeutung der Indikationsfeststellung.....	101
a) Die rechtliche Bedeutung.....	101
b) Die tatsächliche (oder faktische) Bedeutung.....	102
2. Der Charakter der Indikationsfeststellung als staatliche Aufgabe.....	103
a) Die staatliche Schutzpflicht.....	104
b) Der Schwangerschaftsabbruch als "sozialer Tatbestand".....	105
3. Ergebnis zu I. ....	105
II. Die fachliche Qualifikation und Kompetenz des Arztes zur Indikationsfeststellung.....	106
1. Zur Systematik der Indikationstatbestände.....	106
2. Die einzelnen Indikationstatbestände des § 218 a StGB.....	107
a) Die medizinische Indikation (§ 218 a Abs. 1 Nr. 2 StGB).....	107
b) Die eugenische Indikation (§ 218 a Abs. 2 Nr. 1 StGB).....	109
c) Die kriminologische Indikation (§ 218 a Abs. 2 Nr. 2 StGB).....	112
d) Die allgemeine Notlagenindikation (§ 218 a Abs. 2 Nr. 3 StGB).....	113

e) Ergebnis zu 2.....	116
3. Die Informationsbasis des indizierenden Arztes .....	116
a) Informationen über die tatsächlichen Voraussetzungen der Indikation.....	117
aa) Meinungsstand.....	117
bb) Eigene Stellungnahme.....	118
b) Informationen über rechtliche Gesichtspunkte.....	120
c) Ergebnis zu 3.....	121
4. Die "Unzumutbarkeit der anderweitigen Abwendung".....	121
5. Die Begründung des Gesetzgebers für die Betrauung des Arztes mit der Indikationsfeststellung .....	123
6. Ergebnis zu II.....	124
7. Annex: Die Kompetenz des Arztes zur Durchführung der Abtreibung.....	125
III. Notwendigkeit, Zeitpunkt und Umfang einer staatlichen Kontrolle der ärztlichen Indikationsfeststellung .....	126
1. Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer staatlichen Kontrolle der ärztlichen Indikationsfeststellung .....	127
a) Der Grundsatz des "Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet".....	127
b) Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG).....	128
aa) Grundsätzliches.....	128
bb) Übertragung dieser Grundsätze auf den nach § 218 a StGB indizierenden Arzt .....	130
cc) Ergebnis zu b).....	132
c) Das staatliche Gewaltmonopol .....	132
aa) Beschreibung des Gewaltmonopols .....	133
bb) Zulässige Ausnahmen vom staatlichen Gewaltmonopol .....	134
cc) Die unzulässige Durchbrechung des staatliche Gewaltmonopols durch "Privatisierung" der Indikationsfeststellung.....	135
dd) Ergebnis zu c) .....	137
d) Rechtsstaatlich unzulässige Interessenüberlagerung .....	137
aa) Grundsätzliches.....	137
bb) Vergleich mit der Regelung der Sozialberatung nach der Fristenregelung (1974).....	138
cc) Übertragung dieser Gedanken auf den nach § 218 a StGB indizierenden Arzt.....	139
dd) Ergebnis zu d) .....	139
e) Das staatliche Rechtsprechungsmonopol (Art. 92 GG).....	140
aa) Grundsätzliches.....	140
bb) Der Rechtsprechungsbegriff des Art. 92 GG.....	140
cc) Strafausschluß via staatlich nicht kontrollierbarer Indikationsfeststellung als unzulässiger Eingriff in das staatliche Rechtsprechungsmonopol.....	141
dd) Ergebnis zu d) .....	142
f) Grundrechtsschutz durch Verfahren.....	143

aa) Die Literatur.....	143
bb) Das Bundesverfassungsgericht.....	143
cc) Das "Gebot effektiven Rechtsschutzes" und die §§ 218 ff. StGB.....	144
dd) Ergebnis zu f).....	145
g) Staatliche Indikationsüberprüfung nach dem Willen des Gesetzgebers .....	145
h) Ergebnis zu 1.....	147
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Zeitpunkt einer staatlichen Kontrolle der ärztlichen Indikationsfeststellung .....	147
a) Präventive Kontrolle.....	147
aa) Präventive Überprüfung als stärkste Form der Kontrolle.....	148
bb) Präventive staatliche Kontrolle bei der gegenwärtigen Gesetzeslage? .....	150
cc) Ergebnis zu a).....	151
b) Repressive Kontrolle der ärztlichen Indikationsfeststellung .....	151
aa) Standesgerichtliche Selbstkontrolle als Ersatz für die Überprüfung der Indikationsfeststellung durch staatliche Gerichte?.....	152
bb) Formelle oder materielle Kontrolle?.....	153
c) Ergebnis zu 2.....	153
3. Der Umfang einer gerichtlichen Überprüfung der ärztlichen Indikationsfeststellung nach § 218 a StGB.....	153
a) Meinungsstand.....	154
aa) Meinung 1: Bejahung eines unüberprüfaren ärztlichen Beurteilungsspielraums.....	154
bb) Meinung 2: Ablehnung eines unüberprüfaren ärztlichen Beurteilungsspielraumes .....	156
b) Analyse der verschiedenen Argumente und eigene Stellungnahme.....	157
aa) Der Streit um den Beurteilungsspielraum bei der Auslegung "unbestimmter Rechtsbegriffe" im Verwaltungsrecht.....	158
bb) Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Formulierung "nach ärztlicher Erkenntnis".....	161
cc) Verstoß gegen das Prinzip der Rechtssicherheit .....	163
dd) "Indikationsfeststellung nicht objektivierbar".....	165
ee) "Eigener Beurteilungsspielraum zum Schutz des Arztes".....	166
ff) "Fehlende Sachkenntnis der Gerichte".....	167
gg) "Nach ärztlicher Erkenntnis" als "normative Ermächtigung".....	169
hh) "Keine Anwendbarkeit der allgemeinen Notstandsregeln".....	170
ii) Abschließende Stellungnahme.....	171
c) Ergebnis zu 3.....	172
4. Ergebnis zu III.....	172
IV. Fazit.....	172
C. Verfassungsrechtliche Fragen bezüglich des nach § 219 StGB feststellenden Arztes .....	173
I. Die fachliche Qualifikation und Kompetenz des nach § 219 StGB feststellenden Arztes.....	173

II. Die rechtliche Bedeutungslosigkeit der Sachaussage der Erst-Feststellung nach § 219 Abs. 1 StGB .....	173
1. Sinn und Zweck der Erst-Feststellung .....	174
a) Der Wille des Gesetzgebers.....	174
b) Die Ansicht der Literatur .....	174
2. Eignung der Erst-Feststellung zur Umsetzung der staatlichen Schutzpflicht .....	175
3. Ergebnis zu II. ....	176
III. Die Funktion der Erst-Feststellung als Entscheidungshilfe für den abtreibenden Arzt.....	176
1. Problemstellung .....	177
2. Eigene Stellungnahme .....	177
IV. Die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Erst-Feststellung (§ 219 Abs. 1 StGB).....	178
V. Fazit .....	179

#### *Vierter Teil*

#### **Gesamtergebnis und Überlegungen de lege ferenda**

A. Gesamtergebnis.....	180
B. Überlegungen de lege ferenda .....	182
I. Konsequenzen aus dem Gesamtergebnis für eine Neuregelung des Abtreibungsstrafrechts.....	182
1. Keine Privilegierung des ärztlichen Aborts .....	182
2. Keine Indikationsfeststellung ex ante .....	183
3. Strafschärfung für fahrlässige Gesundheitsgefährdung der schwangeren Frau .....	183
II. Berücksichtigung dieser Überlegungen in der aktuellen Debatte um die Neufassung des Abtreibungsstrafrechts.....	183
1. Privilegierung des ärztlichen Aborts .....	184
2. Indikationsfeststellung ex ante .....	184
3. Strafschärfung für fahrlässige Gesundheitsgefährdung der schwangeren Frau .....	186
<b>Schlußbemerkung .....</b>	<b>186</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>188</b>

## Abkürzungen

<b>aA</b>	anderer Ansicht
<b>aaO</b>	am angegebenen Ort
<b>Abs</b>	Absatz
<b>aF</b>	alte Fassung
<b>AG</b>	Amtsgericht
<b>AK</b>	Alternativ-Kommentar
<b>ÄM</b>	Ärztliche Mitteilungen
<b>Anm</b>	Anmerkung
<b>AöR</b>	Archiv des öffentlichen Rechts
<b>ArbuR</b>	Arbeit und Recht
<b>ArchGyn</b>	Archives of Gynecology
<b>ARSP</b>	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
<b>Art</b>	Artikel
<b>ArztR</b>	Arztrecht (Zeitschrift)
<b>AT</b>	Allgemeiner Teil
<b>Aufl</b>	Auflage
<b>AWMF</b>	Arbeitsgemeinschaft Wissenschaftlich-Medizinischer Fachgesellschaften
<b>BayÄBl</b>	Bayerisches Ärzteblatt
<b>BBG</b>	Bundesbeamtengesetz
<b>Bd</b>	Band
<b>BEG</b>	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der national-sozialistischen Verfolgung
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BGBI</b>	Bundesgesetzblatt
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof
<b>BGHSt</b>	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
<b>BGHZ</b>	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
<b>BK</b>	Bonner Kommentar
<b>BMJ</b>	Bundesministerium der Justiz
<b>BMJFG</b>	Bundesministerium für Jugend, Familie und Gesundheit
<b>BO</b>	Berufsordnung
<b>BRRG</b>	Beamtenrechtsrahmengesetz
<b>BSeuchenG</b>	Bundesseuchengesetz
<b>BT</b>	Besonderer Teil
<b>BT-Drs</b>	Bundestagsdrucksache

BuÄO	Bundesärzteordnung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.
dass	dasselbe
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders	derselbe
dh	das heißt
dies	dieselbe
Diss	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DP	Deutsche Partei
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs	Drucksache
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entwurf
ESchG	Embryonenschutzgesetz
etc	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
f	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FamSchHG	Familien- und Schwangerenhilfegesetz
FDP	Freiheitlich Demokratische Partei
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GV NW	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
HeilberG	Heilberufsgesetz
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idFv	in der Fassung vom
insbes	insbesondere

JA	Juristische Arbeitsblätter
JB	Juristische Blätter
Jjb	Juristen-Jahrbuch
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JVL	Juristen-Vereinigung Lebensrecht e. V.
JZ	Juristenzeitung
LAG	Lastenausgleichsgesetz
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MBO	Muster-Berufsordnung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MMW	Münchener Medizinische Wochenschrift
mwN	mit weiteren Nachweisen
NAV	Verband der niedergelassenen Ärzte Deutschlands
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NW	Nordrhein-Westfalen
og	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
PsychKG	Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten
RÄO	Reichsärzteordnung
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RheinÄBl	Rheinisches Ärzteblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung
Rz	Randziffer
S	Seite/Satz
s	siehe
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGV NW	Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen
SJZ	Schweizer Juristenzeitung
SK	Systematischer Kommentar
sog	sogenannt
Sonderausschuß-Si	Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands

StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
Sten Dienst	Stenographischer Dienst
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
StV	Strafverteidiger
ua	und andere/unter anderem
UN	United Nations
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
uU	unter Umständen
v	von
VersR	Versicherungsrecht Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WHO	World Health Organization
WP	Wahlperiode
WMA	World Medical Association
zB	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZfP	Zeitschrift für Politik
zit	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

# Einleitung

## I. Einführung in die Problematik

1. Die vielfältige Abtreibungsproblematik läßt sich von mehreren Standpunkten aus angehen. Eine Erörterung aus rechtlicher Sicht ist nicht nur legitim. Ihre Ergebnisse beanspruchen zudem wegen der Allgemeinverbindlichkeit des Rechts Beachtung durch jedermann - nicht zuletzt durch die Ärzteschaft -, was für andere Normsysteme, wie Moral und Ethik, nicht in derselben Weise zutrifft.

In der Öffentlichkeit ist die Diskussion "um den § 218" erneut entbrannt. Wer sich um eine rechtliche Argumentation bemüht, sieht sich schnell dem Vorwurf ausgesetzt, er wolle "den Knüppel des Strafrechts schwingen". Die Fixierung auf das Strafrecht ist unter allen, die mit der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs konfrontiert werden (Politiker, Ärzte, Kirchenleute und Juristen), verbreitet. Die gegenüber dem einfachgesetzlichen Strafrecht vorrangige Bedeutung des geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrechts unterschätzen oft selbst diejenigen, die es angesichts des umfangreichen einschlägigen Schrifttums der letzten Jahre eigentlich besser wissen müßten.

Die vorliegende Arbeit will erneut versuchen, die Aufmerksamkeit auf die gegenüber dem Strafrecht höhere Beachtlichkeit des Verfassungsrechts hinzulenken.

2. Die "(Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärzte"<sup>1</sup> enthält alle wesentlichen Eckpunkte, an denen eine verfassungsrechtliche Analyse der Funktion des Arztes im Abtreibungsstrafrecht anzusetzen hat:

- aus dem "Gelöbnis" ihrer Präambel:

\* "Ich werde mit allen meinen Kräften die Ehre und die edle Überlieferung des ärztlichen Berufes aufrechterhalten (...)"

\* "Ich werde jedem Menschenleben von der Empfängnis an Ehrfurcht ent-

---

<sup>1</sup> Muster-Berufsordnung für die deutschen Ärzte von 1976 in der geänderten Fassung von 1988, DÄBl. 1988, 2547 ff.

gegenbringen und selbst unter Bedrohung meine ärztliche Kunst nicht in Widerspruch zu den Geboten der Menschlichkeit anwenden."

- § 1 Abs. 2: "Aufgabe des Arztes ist es, das Leben zu erhalten (...)."
- § 5: "Der Arzt ist grundsätzlich verpflichtet, das ungeborene Leben zu erhalten. Der Schwangerschaftsabbruch unterliegt den gesetzlichen Bestimmungen."

Hiernach gründen Aufgaben und Pflichten, ja das Berufsethos des Arztes in verschiedenartigen Normsystemen. Zur "edlen Überlieferung des ärztlichen Berufes" gehört gewiß auch der Hippokratische Eid, formal und inhaltlich als Vorläufer des "Gelöbnisses" deutlich erkennbar und erst jüngst noch als Grundlage einer speziellen Handlungsrichtlinie von der Bundesärztekammer bestätigt<sup>2</sup>. Damit ist das arztethische Normensystem angesprochen. Mit den "Geboten der Menschlichkeit" geraten die allgemein-verbindliche Ethik und Moral in den Blick, nicht zuletzt der Dekalog. Der Hinweis auf die "gesetzlichen Bestimmungen", denen der Schwangerschaftsabbruch unterliegt, gilt zwar in erster Linie der strafrechtlichen Indikationenregelung von 1976<sup>3</sup>, aber wohl nicht zuletzt auch dem Grundgesetz.

Der Arzt, den das Strafgesetzbuch bislang als Straftäter ausdrücklich nur beim Geheimnisverrat (§ 203 StGB) und bei der Fälschung bzw. beim unrichtigen Ausstellen von Gesundheitszeugnissen (§§ 277, 278 StGB) benannte, erhält in der Indikationenregelung eine Schlüsselrolle<sup>4</sup>; dies deutet schon seine elf-malige Erwähnung in den §§ 218 bis 219 d StGB an. Denn die ehemals kriminalisierte Vornahme der Abtreibung durch einen Arzt kann nunmehr die Straffreiheit des Arztes und der Schwangeren bewirken. Jähnke führt zutreffend aus: "Im Mittelpunkt der Bestimmungen steht der Arzt."<sup>5</sup> Auf den ersten Blick erscheint der Medziner im Gesetzestext eher positiv als Helfer der Frau in Not, denn als Täter eines Delikts, das das Bundesverfassungsgericht als "Tötungshandlung"<sup>6</sup> bewertet. Neben der 21 mal erwähnten Frau oder Schwangeren, die die Abtreibung wünscht, wird dagegen das ungeborene Kind<sup>7</sup> - immerhin der hauptbetroffene Dritte und auch nach Vorgabe

<sup>2</sup> Vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer zur pränatalen und perinatalen Schmerzempfindung, DÄBl. 1991, C-2301.

<sup>3</sup> §§ 218 ff. Strafgesetzbuch - StGB - (RGBl. I, S. 25) eingeführt durch das 15. Strafrechtsänderungsgesetz - StÄG - vom 18.5.1976, BGBl. I, S. 1213 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Häußler, in: Kaiser (Hrsg.), a.a.O., Bd. 35/1, S. 43, 50.

<sup>5</sup> LK-Jähnke, Rz. 13 vor § 218.

<sup>6</sup> BVerfGE 39, 1, 46.

<sup>7</sup> Die zutreffende Bezeichnung des Feten oder Embryo als "ungeborenes Kind" hat eine lange Tradition. Sie wurde etwa schon im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 gewählt, wo es heißt: "Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern von der Zeit ihrer Empfängnis." (I 1. 10).

der Reformen primäres Schutzgut des Abtreibungsstrafrechts<sup>8</sup> - im Gesetzestext nicht als Schutzgut und nur einmal als eine von mehreren Voraussetzungen zur Straffreiheit der Täter genannt (§ 218 a Abs. 2 Nr. 1 StGB).

Die neuartige, geradezu umwälzende Einbindung des ärztlichen Berufsstandes in eine "gezielte Aktion des Gesetzgebers zur Erreichung eines bestimmten gesellschaftspolitisch erwünschten Ziels, der «Eindämmung der Abtreibungsseuche»"<sup>9</sup>, also als Beitrag zur Problemlösung konzipiert, führte eben dadurch zu Spannungen mehrfacher Art:

Ist die dem Arzt von Gesetzes wegen zugeordnete Funktion vereinbar mit

- der "Ehre und edlen Überlieferung des ärztlichen Berufes"?
- "den Geboten der Menschlichkeit"?
- dem Grundgesetz, der grundgesetzlichen Wertordnung und ungeschriebenen "übergesetzlichen" verfassungsrechtlichen Verboten, Geboten und Prinzipien, wie etwa dem ausnahmslosen Verbot der vorsätzlichen Tötung nicht-angreifender Unschuldiger oder den Prinzipien der Güterabwägung und des schonendsten Interessenausgleichs?

Dies gilt zum einen für die grundsätzliche Konzeption der §§ 218 ff. StGB, deren Kernbereich in der Feststellung eines strafbefreienden Indikationstatbestandes im Vorfeld der Tat zu sehen ist (§ 218 a StGB). Zum anderen ergeben auch die einzelnen Handlungsmöglichkeiten, die dem Arzt innerhalb dieser Vorschriften offenstehen, Anlaß zu einer kritischen Analyse seiner Tätigkeit im Rahmen der §§ 218 ff. StGB. Neben der Vornahme der Abtreibung verdient dabei vor allem die ärztliche Qualifikation und Kompetenz zu der in §§ 218 a, 219 StGB vorgesehenen Feststellung eines Indikationstatbestandes Aufmerksamkeit. Nicht ohne Grund wird gerade die Einbeziehung des Arztes in die §§ 218 ff. StGB als "der eigentliche Problempunkt der aktuellen Indikationenregelung"<sup>10</sup> bezeichnet.

Es ist zu erwarten, daß die gegenwärtige Indikationenregelung in absehbarer Zeit neu gefaßt werden wird. Der Vertrag über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag - hat es dem gesamtdeutschen Gesetzgeber zur Aufgabe gemacht, "bis spätestens zum 31. Dezember 1992 eine Regelung zu treffen, die den Schutz vorgeburtlichen Lebens und die verfassungskonforme Bewältigung von Konfliktsituationen schwangerer Frauen (...) besser gewährleistet, als dies in beiden Teilen Deutschlands derzeit der Fall ist" (Art. 31 Abs. 4 S. 1 Einigungsvertrag). Aus die-

---

<sup>8</sup> Vgl. die zahlreichen Angaben zur parlamentarischen Debatte (Indikationenregelung) bei *Gante*, § 218, S. 179 ff.

<sup>9</sup> BVerfGE 39, 1, 59.

<sup>10</sup> *Kluth*, in: JVL-Schriftenreihe Nr. 4 (1987), S. 49, 52.