

## Die vollständige Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs als konsequente rechtliche Lösung

---

### Einleitung

Das derzeitige Regelungsregime des Schwangerschaftsabbruchs wird traditionell als eine Art befriedender gesellschaftlicher „Kompromiss“ überhöht.<sup>1</sup> Tatsächlich weist die vom Bundesverfassungsgericht in zwei beispiellosen Entscheidungen<sup>2</sup> dem Gesetzgeber aufgenötigte<sup>3</sup> Lösung „fundamentale Inkonsistenzen im geltenden Recht“<sup>4</sup> auf, das hat Reinhard Merkel mit bestechender Klarheit entfaltet.<sup>5</sup> Beide höchstrichterliche Entscheidungen leiden zudem unter der Fehlannahme einer Grundrechtsträgerschaft des Embryos. Ein solcher Status lässt sich exegetisch weder aus dem Grundgesetz noch aus den Gesetzesmaterialien ableiten. Diese Annahme fußt bei Licht besehen auf dem bloßen Willen, den Embryo als angeblichen Grundrechtsträger anzusehen.<sup>6</sup> Den Preis dafür zahlen – mit moralisierenden Abwertungen und den staatlichen ultima-ratio-Eingriffen<sup>7</sup> in das intime Recht der reproduktiven Selbstbestimmung – die Schwangeren, und dieser Preis ist unabhängig von der fehlenden durchschlagenden juristischen Begründung auch rein tatsächlich (zu) hoch.<sup>8</sup> Die Versorgungslage in Deutschland wird zunehmend schlechter und bedroht die Gesundheit der betroffenen Frauen.<sup>9</sup> Die aktuelle Gesetzeslage erklärt sich letztlich damit, dass unzulässig von einem „Sollen“ auf das „Ist“ geschlossen wurde. Wobei dem „Sollen“ kein universal geltendes Rechtsprinzip zugrunde liegt, sondern eine spezifische Weltanschauung.<sup>10</sup>

Angesichts dessen ist es juristisch konsequent, den selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch vollständig, das heißt ohne jegliche Fristen, zu legalisieren.<sup>11</sup> Selbstredend muss der Schwangerschaftsabbruch ohne oder gegen den Willen der Schwangeren in einem neuen § 226b StGB<sup>12</sup> weiterhin unter Strafe gestellt werden, weil er ebenso wie die derzeit geltende „Austragungspflicht“ das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Frauen verletzt.

Berufsrechtlich ist Ärztinnen und Ärzten aufzugeben, der Schmerzempfindlichkeit<sup>13</sup> des Fötus im höchst seltenen Falle eines nach dem ersten Trimester stattfindenden Schwangerschaftsabbruchs<sup>14</sup> durch geeignete Behandlungsmethoden Rechnung zu tragen. Außerdem ist ein niedrigschwelliges Beratungsangebot für Schwangere im Falle eines Konflikts vorzuhalten.<sup>15</sup>

Die von der Bundesregierung eingesetzte „Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ empfiehlt in ihrem ausführlichen Abschlussbericht (April 2024) ausgehend von „verfassungs-, europa- und völkerrechtlichen Vorgaben, von ethischen Überlegungen und unter Berücksichtigung medizinischer und psychosozialer Aspekte sowie der Versorgungssituation für schwangere Frauen“ den selbstbestimmten Abbruch in der Frühphase der Schwangerschaft zu erlauben: „Der Frau steht in dieser Schwangerschaftsphase ein Recht auf Schwangerschaftsabbruch zu. Der Schwangerschaftsabbruch ist daher in der Frühphase der

Schwangerschaft – anders als bislang – *rechtmäßig* zu stellen.“<sup>16</sup> Für die mittlere Phase des Schwangerschaftsabbruchs steht dem Gesetzgeber nach Ansicht der Kommission zudem „ein weiter Spielraum“ zu. Auch in dieser Phase dürfe der Gesetzgeber den Schwangerschaftsabbruch als „rechtmäßig und straflos“ einstufen.<sup>17</sup>

Obwohl die Kommission begrüßenswerterweise die Entpönlisierung der Abbrüche in der Frühphase der Schwangerschaft (innerhalb der ersten zwölf Schwangerschaftswochen) fordert, versäumt sie es bedauerlicherweise, einen Vorschlag zu unterbreiten, der die dogmatischen Brüche der aktuellen Gesetzeslage auflöst. Insbesondere vertritt auch sie die Ansicht, dass jedenfalls in der Spätphase der Schwangerschaft (ab der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus), dem „Lebensrecht des Fötus grundsätzlich Vorrang vor den Grundrechten der Schwangeren“ zukomme.<sup>18</sup> Damit unterstellt sie *faktisch* (doch), wie auch das Bundesverfassungsgericht, dass der Embryo/Fötus ein Grundrechtsträger ist,<sup>19</sup> obgleich die Frage im Bericht unter Hinweis auf die kontroverse juristische Diskussion formal offen bleibt.<sup>20</sup> Nach Ansicht der Kommission stellt das kein Problem dar, denn es bedürfe nämlich keiner „subjektiv-rechtlichen Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen“,<sup>21</sup> da die „Grundrechte des Embryos/Fötus auch dann [vom Gesetzgeber] zu berücksichtigen [sind], wenn sie in ihrer Funktion als objektiv-rechtliche Schutzpflichten gelten.“<sup>22</sup>

### **1. Kein Grundrechtsschutz des Embryos**

Der vom Bundesverfassungsgericht angenommene Grundrechtsschutz von Blastozysten, Embryonen und Föten lässt sich

weder aus dem Grundgesetz noch aus den Gesetzesmaterialien oder anderen Rechtsquellen begründen.<sup>23</sup> Der Senat hatte seinerzeit offenbart, in der Frage von einem feststehenden Ergebnis<sup>24</sup> her zu „argumentieren“, indem er formulierte: Die ausdrückliche Aufnahme des „an sich selbstverständlichen Rechts auf Leben in das Grundgesetz“ erkläre sich hauptsächlich als „Reaktion auf die ‚Vernichtung lebensunwerten Lebens‘, auf ‚Endlösung‘ und ‚Liquidierung‘, die vom nationalsozialistischen Regime als staatliche Maßnahmen durchgeführt wurden.“<sup>25</sup> Diese Argumentation ist jedoch in sich widersprüchlich, wenn nicht sogar zynisch, da der Senat in derselben Entscheidung ausgerechnet in der „eugenischen“ Indikation einen berechtigten Grund erblickte, die Austragung der Schwangerschaft als „unzumutbar“ auszuweisen.<sup>26</sup>

Ohne diese unbelegte Annahme stehen sich jedoch gerade *nicht* zwei Grundrechtsträger gegenüber,<sup>27</sup> weshalb die Notwendigkeit einer juristischen Güterabwägung entfällt. Es bleiben für den Staat damit „nur“ die Pflichten, die Schwangere als Grundrechtsträgerin in ihrem Selbstbestimmungsrecht und Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu schützen<sup>28</sup> und den Ungeborenen vor unnötiger Leidzufügung.<sup>29</sup>

In den beiden Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen (Schwangerschaftsabbruch I und II) indes lassen die Richterinnen und Richter – selbst in den abweichenden Voten – keinen Zweifel daran aufkommen, dass sich eine angebliche Schutzpflicht für das „ungeborene Leben“ aus Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ergäbe.

### 1.1. Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes

Der Senat setzt die angeblich bestehende Schutzpflicht gegenüber dem sich im Mutterleib entwickelnden Embryos apodiktisch voraus und versucht diese in seiner ersten diesbezüglichen Entscheidung unter anderem mit der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu begründen. Er behauptet – entgegen den Gesetzesmaterialien!<sup>30</sup> –, dass sich aus ihnen die staatliche Pflicht ergäbe, „jedes menschliche Leben zu schützen“.<sup>31</sup>

Die Vorfestlegung des Senats wird bereits in seinem ersten Satz der Begründung deutlich, in dem er, wie bereits dargestellt, auf die Zeit der NS-Verbrechen rekurriert, als wäre damit bereits alles gesagt. Juristisch überzeugende Argumente folgen meines Erachtens nicht.

Weder damals noch heute haben der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht ein Problem mit der sog. embryopathischen Indikation.<sup>32</sup> Die gibt es heute zwar aufgrund der erkannten Diskriminierung nicht mehr ausdrücklich, allerdings finden eugenische Aspekte mittelbar Eingang in die „medizinisch-soziale Indikation“.<sup>33</sup> Die symbolische Gesetzesänderung ändert somit nichts daran, dass faktisch weiterhin der rechtmäßige Schwangerschaftsabbruch im Hinblick auf Embryonen oder Föten mit einer Erkrankung/Behinderung möglich ist. Wieso sollte es unter der Prämisse des Bundesverfassungsgerichts, dass dem ungeborenen Leben Grundrechtsschutz und Menschenwürde zukomme, aber erlaubt sein – zudem gänzlich unabhängig von dem Grad der Beeinträchtigung des Embryos<sup>34</sup> – bis zur Geburt noch einen Schwangerschafts-

abbruch vorzunehmen, weil der Fötus mit einer Behinderung/Erkrankung zur Welt käme?

Juristisch überzeugend wäre es hingegen, der Schwangeren zu jedem Zeitpunkt und aus jedem Grund – zumal sich keine Schwangere die Entscheidung leicht macht, erst recht nicht unter den Belastungen einer mit einer Spätabtreibung verbundenen einzuleitenden Geburt<sup>35</sup> – einen legalen, sicheren und kostenfreien Schwangerschaftsabbruch ohne Fristen oder Indikationen zu ermöglichen.<sup>36</sup>

Doch ein derartiges Ansinnen negiert das Bundesverfassungsgericht zugleich und postuliert sogar eine „Pflicht zum Austragen“.<sup>37</sup> Zu Recht widersprachen dieser Auffassung in ihrem abweichenden Votum zwei der zur Entscheidung berufenen Richter, worauf später noch einzugehen ist.<sup>38</sup>

Auch die weiteren Herleitungsversuche, die das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten Entscheidung anstellt, überzeugen nicht:

### 1.2. Allgemeines Preußisches Landrecht

Der Senat führt die unterstellte „Menschenwürde“ des „ungeborenen Lebens“ auf das Allgemeine Preußische Landrecht zurück: Lediglich zum Zwecke der Bestätigung wird diese nicht unproblematische Rechtsquelle ohne weitere Einordnung *en passant* in einem Klammerzusatz erwähnt: „(vgl. bereits § 10 I 1 ALR: ‚Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis.‘)“.<sup>39</sup> Michael Schmidt-Salomon entlarvt die Bezugnahme zwar zugespitzt, aber in der Sache richtig: „Mit Berufung auf das ALR hätte das

Bundesverfassungsgericht auch die Todesstrafe bei Majestätsbeleidigung (§ 197 XX 2 ALR) legitimieren können oder die Vormachtstellung des Mannes als ‚Haupt der ehelichen Gesellschaft‘ (§ 184 IV 2 ALR) bzw. die Verpflichtung der Eheleute zu regelmäßigem Geschlechtsverkehr (§ 178 IV 2 ALR).<sup>40</sup> Die Rechtsquelle kann schon deshalb nicht in diesem Sinne herangezogen werden, weil sich das dortige Verbot des Schwangerschaftsabbruchs durch bevölkerungspolitischen Ziele erklärt und nicht auf der Idee von Menschenrechten fußt.<sup>41</sup>

### 1.3. Potenzialität

Der Senat ließ ferner das bloße „Potenzial“, zu einem vollwertigen Menschen heranzureifen, genügen, um bereits den ersten eingesteten Zellformationen Menschenwürde zuzusprechen.<sup>42</sup> Aus bloßen Potenzialitäten lassen sich allerdings keine Rechtsfolgen ableiten. Michael Schmidt-Salomon illustriert diesen Umstand mit folgenden Beispielen: „So ist jeder Mensch, der einen Lottoschein ausfüllt, ein ‚potenzieller Millionär‘, und jeder, der eine Waffe trägt, ein ‚potenzieller Mörder‘. Dennoch würde sicherlich niemand der Behauptung zustimmen, dass solche ‚Potenzialitäten‘ bereits ausreichen, um dem einen den Lotto-Jackpot auszuzahlen und den anderen lebenslang hinter Gitter zu bringen. Zwar liegen in diesen Fällen die Bedingungen der Verwirklichung des Potenzials in Umständen außerhalb des jeweiligen Besitzers des Potenzials. Aber das ist beim Embryo nicht anders. Auch dessen Potenzial verwirklicht sich erst durch das erfolgreiche Austragen der Schwangerschaft durch die Mutter.“<sup>43</sup> Mithin ist auch dieses „Argument“ ein bloßes – und dazu ziemlich offensichtliches – Scheinargument.

### 1.4. Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit

Im Weiteren war die angebliche genetische „Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit“ des „ungeborenen Lebens“ für den Senat ein Grund für die Annahme einer Menschenwürde. Damit übergeht er nicht nur eineiige Zwillinge, sondern erstreckt der Sache nach das Zuschreiben von Würde auf nichtmenschliche Tiere.<sup>44</sup> Dass der Senat indes nur die Spezies Mensch meint, ist zwar offensichtlich. Die unterschiedliche Behandlung von nichtmenschlichen Tieren und Menschen in dem Stadium gibt das Argument der genetischen Einmaligkeit aber nicht her.

### 1.5. Rechtsperson ab Geburt

Ein einsichtiger Anknüpfungspunkt für die Begründung der Menschenwürde ist hingegen die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ (AEMR), die indes der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts diametral gegenübersteht. In der AEMR wird dem Menschen nämlich eine besondere „Würde“ zugewiesen, weil er „mit Vernunft und Gewissen begabt“ ist, woraus sich spezifische „Interessen“ ergeben, welche nicht-personale Lebewesen ohne Ich-Bewusstsein – wie etwa Embryos und Föten – gar nicht ausbilden können.<sup>45</sup>

Die vorgenannte Definition erfüllt zwar auch kein neugeborener Säugling. Die Schlussfolgerung des Bundesverfassungsgerichts<sup>46</sup> in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch geht jedoch aufgrund eines Kategorienfehlers fehl, worauf Michael Schmidt-Salomon zutreffend hinweist: „Tatsächlich kann der Säugling nämlich sehr wohl eine *Rechtsperson* sein, ohne dabei notwendigerweise auch die Bedingungen einer *empirischen Person*

erfüllen zu müssen. Zwar unterscheidet sich ein neugeborener Säugling im Hinblick auf das personale Bewusstsein nicht fundamental von dem Fötus, der er kurz zuvor noch war, jedoch bildet die Geburt *eine anthropologisch sinnvolle, ‚natürliche‘ Grenze*, um ihm Personenrechte einzuräumen, die er pränatal noch nicht besaß. Wie wir gesehen haben, entspricht diese *Grenzziehung* auch Artikel 1 der UN-Menschenrechtserklärung, der wiederum die Grundlage für Artikel 1 des deutschen Grundgesetzes bildet. In dieselbe Richtung weist auch § 1 BGB, der die Rechtsfähigkeit des Kindes mit der Vollendung der Geburt beginnen lässt.<sup>47</sup>

Es lässt sich nach alledem nicht plausibel vertreten, den Embryo oder Fötus als Grundrechtsträger anzusehen. Damit bliebe nur, gleichwohl objektive Grundrechtswirkungen anzunehmen. Dagegen sprechen jedoch die Erwägungen von Stefan Huster, mit denen er die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch kritisiert: „Wenn die objektiven Grundrechtswirkungen nicht mehr auf die Belange eines Grundrechtsträgers ausgerichtet werden, besteht die Gefahr ihrer uferlosen Ausdehnung und Verselbstständigung gegenüber dem subjektiven Recht, was letztlich sogar freiheitsgefährdende Konsequenzen mit sich bringen kann, wenn die objektiven Grundrechtsgehalte zur Begründung von Beschränkungen der personalen Autonomie herangezogen werden, der Grundrechtsschutz sich also gegen den Grundrechtsträger wendet“.<sup>48</sup> Auch in der zweiten Entscheidung spricht das Bundesverfassungsgericht jedoch bereits dem ungeborenen menschlichen Leben Menschenwürde zu, die es sodann in derselben Entscheidung aber verletzt, weil es von der Bestrafung der Frau für einen

nicht indizierten Schwangerschaftsabbruch unter den bekannten Bedingungen nicht nur absieht, sondern auch der Ansicht ist, dass der Staat diesen Abbruch ermöglichen muss.<sup>49</sup>

### 1.6. Zwischenfazit

Die derzeitige Regelung des Schwangerschaftsabbruchs basiert auf der – wie gezeigt – unrichtigen Annahme, dass sich zwei Rechtsgüter gegenüberstehen. Die Begründungsversuche des Bundesverfassungsgerichts überzeugen aus den vorgeannten Gründen nicht. Tatsächlich kommt nicht einmal dem Fötus (und erst recht nicht der Blastozyste oder dem Embryo) ein eigenes Lebensrecht zu, das sich gegen die Rechte der schwangeren Frau durchsetzen könnte.

Die Verfassungsrichter Simon und Rupp v. Brünneck wiesen in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass die Betroffenen nicht nur dazu gezwungen werden, etwas zu *unterlassen*, sondern eben auch, etwas zu *erdulden*:<sup>50</sup>

„Die Besonderheit, dass in der Person der Schwangeren eine singuläre Einheit von ‚Täter‘ und ‚Opfer‘ vorliegt, fällt rechtlich bereits deswegen ins Gewicht, weil der Schwangeren – anders als dem Adressaten von Strafvorschriften gegen Tötungsdelikte – weit mehr abverlangt wird als nur ein Unterlassen: Sie soll nicht nur die mit dem Austragen der Leibesfrucht verbundenen tiefgreifenden Veränderungen ihrer Gesundheit und ihres Wohlbefindens dulden, sondern auch die Eingriffe in ihre Lebensgestaltung hinnehmen, die sich aus Schwangerschaft und Geburt ergeben, besonders die mütterliche Verantwortung für die weitere Entwicklung des Kindes nach der Geburt tragen.“<sup>51</sup>

Die grundsätzlich durch das Bundesverfassungsgericht statuierte „Austragungspflicht“, die der Frau auferlegt, ihren Kör-

per bis zur Geburt zur Verfügung zu stellen, verstößt nach hier vertretener Ansicht gegen die Menschenwürde der Frau. Sie wird durch das strafbewehrte Gebot zum bloßen Objekt gemacht.

Und auch dogmatisch lässt sie diese Pflicht nicht begründen, worauf Reinhard Merkel hinweist: „Dass jemand ein Grundrecht auf Leben und daher Anspruch auf staatlichen Schutz dieses Lebens hat, gibt ihm offensichtlich noch kein Recht auf die positive Inanspruchnahme des Körpers einer anderen Person, wenn er diesen zu seinem Überleben braucht. Auch und erst recht das geborene Kind hat ein Grundrecht auf Leben; das gibt ihm aber kein Recht auf (beispielsweise) die Transplantation einer Niere seiner Mutter, ja nach hM nicht einmal auf die Übertragung selbst geringer Mengen ihres Blutes, und zwar selbst dann nicht, wenn es ohne die entsprechenden medizinischen Transaktionen sterben müsste.“<sup>52</sup>

Mithin ist der unterstellte Grundrechtsschutz eines Fötus, der das Fundament für die derzeitige Gesetzesregelung darstellt, juristisch nicht überzeugend. Er wird vielmehr vorausgesetzt und nur von einer Scheinbegründung gestützt.

## **2. Inkonsistenzen der derzeitigen Regelungen**

Abgesehen von der bereits fehlgehenden Grundannahme, dass sich in einer Schwangerschaftssituation zwei Grundrechtsträger gegenüberstehen würden, enthält die gesetzliche Regelung zahlreiche Inkonsistenzen.

### *2.1. Austragungspflicht*

Die bereits thematisierte angebliche Rechtspflicht zur Austragung griff das Bundesverfassungsgericht auch 1993 noch einmal auf und konstatierte:

„Verhaltensanforderungen zum Schutz des ungeborenen Lebens stellt der Staat, indem er durch Gesetz Gebote und Verbote ausspricht, Handlungs- und Unterlassungspflichten festlegt. Dies gilt auch für den Schutz des nasciturus gegenüber seiner Mutter, ungeachtet der Verbindung, die zwischen beiden besteht und bei Mutter und Kind zu einem Verhältnis der ‚Zweiheit in Einheit‘ führt. Ein solcher Schutz des Ungeborenen gegenüber seiner Mutter ist nur möglich, wenn der Gesetzgeber ihr einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbietet und ihr damit die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen.“<sup>53</sup>

Hiergegen ist einzuwenden, dass dann konsequenterweise aber auch alle potenziellen, den Embryo schädigende Verhaltensweisen, wie Rauchen, Alkoholtrinken usw. usf. unter Strafe zu stellen wären. Dies würde der Lebens- und Gesundheitsschutz der Argumentation folgend auch gebieten. Realiter darf die schwangere Frau den Embryo jedoch in jeder Weise, die nicht darauf gerichtet ist, ihn abzutöten, sogar vorsätzlich schädigen.

Das Bundessozialgericht hielt in dem Zusammenhang in einem Urteil vom 24.09.2020, B 9 V 3/18 R, u.a. fest:

„Indes existiert in Deutschland kein allgemeines gesetzliches und erst recht kein strafbewehrtes Alkoholverbot für Schwangere. Vielmehr geht die gesetzliche Grundentscheidung des StGB dahin, dass pränatale Einwirkungen auf die Leibesfrucht, die sich nach der Geburt auswirken, straflos bleiben [...]. Für ungeborenes Leben hat der Gesetzgeber im Strafrecht keinen mit §§ 223ff StGB vergleichbaren Schutz vor vorsätzlichen oder fahrlässigen Schädigungen der körperlichen In-

tegrität vorgesehen. Die Schutzwirkung der Körperverletzungs- und Tötungsverbote [...] beginnt erst mit der Geburt des Menschen, während Einwirkungen auf die Leibesfrucht nur über die Bestimmungen des strafbaren Schwangerschaftsabbruchs [...] mit Strafe bewährt sind.

[...]

Nur wenn daher die Mutter eines ungeborenen Kindes mit ihrem Alkoholkonsum im Einzelfall ausnahmsweise eine strafbare Vorsatztat begangen hat, besteht die nach dem OEG erforderliche feindselige Willensrichtung. Als eine solche strafbare Vorsatztat kommt im Rahmen der strafrechtlichen Systematik allein ein versuchter Schwangerschaftsabbruch infrage [...], also eine versuchte, aber erfolglose Einwirkung auf die Leibesfrucht mit dem Ziel, sie im Mutterleib zu töten oder eine lebensunfähige Frühgeburt herbeizuführen.“

Wer eine Austragungspflicht statuiert, muss konsequenterweise wenigstens auch eine Nichtverletzungspflicht oder gar ein Gesundheitsgebot anordnen. Warum sollte es nur verboten sein, abzutöten, aber nicht zu verletzen? Warum sollte in diesem Fall das Selbstbestimmungsrecht der Frau höher wiegen? Es ist schließlich weniger einschneidend, einer Schwangeren für den Zeitraum der Schwangerschaft gesundheitschädigende Verhaltensweisen zu verbieten, als sie dazu zu verpflichten, die Schwangerschaft zu erdulden. Das Problem, entsprechende Verbote zu überwachen, kann dabei naturgemäß einen solchen Regelungsverzicht nicht schlüssig begründen.

## 2.2. Keine Nothilfe, keine Sittenwidrigkeit

Das Bundesverfassungsgericht erläutert den dogmatisch nicht vermittelbaren Rahmen,<sup>54</sup> den der Gesetzgeber zur Vollziehung des nicht strafbewehrten „Unrechts“ des frühzeitigen Schwangerschaftsabbruchs ohne Indikation bereitzustellen hat:

„Über die Herausnahme des Schwangerschaftsabbruchs aus der Strafdrohung hinaus muß sichergestellt sein, daß gegen das Handeln der Frau und des Arztes von Dritten Nothilfe zugunsten des Ungeborenen nicht geleistet werden kann. Die Frau muß auch in der Lage sein, den Abbruch durch einen Arzt im Rahmen eines wirksamen privatrechtlichen Vertrags durchführen zu lassen. [...] Ebenso muß sie davor geschützt sein, den Abbruch und ihre Gründe hierfür unter Beeinträchtigung ihres Persönlichkeitsrechts weiteren Personen offenbaren zu müssen.... Um derartige Bedingungen herbeizuführen, muß es möglich sein, in dem jeweils einschlägigen Rechtsbereich davon abzusehen, den nach Beratung vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch, obwohl er nicht gerechtfertigt ist, als Unrecht zu behandeln.“<sup>55</sup>

Der Schwangerschaftsabbruch wird damit lediglich mit einem Unwerturteil versehen, ohne aber die sich daraus zwangsläufig ergebenden Konsequenzen zu akzeptieren.<sup>56</sup> „Vielmehr werden diese im Gegenteil mit sämtlichen Attributen der Rechtmäßigkeit ausgestattet,“ konstatiert Merkel zutreffend.<sup>57</sup> Warum sollte gegen angenommene „Unrecht“ aber keine Nothilfe möglich sein? Warum der entsprechende Behandlungsvertrag nicht nichtig sein?

Diese Fragen bleiben unbeantwortet und müssen es auch bleiben, da die offensichtlichen Wertungswidersprüche in dem bestehenden Normgefüge nicht aufgelöst werden können. Die Logik und Dogmatik sind bei dem erkennbaren Bestreben der Richterinnen und Richter nach einem gesellschaftlichen, gefühlten Kompromiss auf der Strecke geblieben. Das Resultat: ein juristischer Wolpertinger.

In dem Zusammenhang sei bemerkt, dass sich die gesellschaftlichen Mehrheitsverhältnisse inzwischen drastisch verändert

haben: 83 % der Bevölkerung spricht sich inzwischen für die Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs aus.<sup>58</sup> Freilich dürfen jedoch in einem freiheitlich demokratischen Rechtsstaat – nie! – die Mehrheitsverhältnisse über Grundrechte entscheiden. Auch wenn die Ideologisierung des Rechts,<sup>59</sup> wie der Blick auf moralisierende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigt, den Rechtsstaat immer wieder vor eine besondere Herausforderung stellt.

### 2.3. Menschenwürde keiner Abwägung zugänglich

Die Menschenwürde, die dem „ungeborenen Leben“ angeblich in jedem Entwicklungsstadium zukomme,<sup>60</sup> wird dann aber doch in vielfacher Hinsicht und am offensichtlichsten durch die faktische Gestattung des frühzeitigen Schwangerschaftsabbruchs *ohne Indikation* preisgegeben. Dabei gilt die Menschenwürde nach herrschender Ansicht in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung absolut und ist gerade keiner Abwägung zugänglich.<sup>61</sup> „Lediglich“ ein Eingriff in das unterstellte (und nach hiesiger Ansicht nicht bestehende) Lebensrecht<sup>62</sup> des Embryos/Fötus wäre jedenfalls anzunehmen, wenn es für den Schwangerschaftsabbruch eine Indikation im Sinne der Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Schwangeren gibt. Diese Überlegung greift aber ersichtlich weder beim indikationslosen Schwangerschaftsabbruch noch – jedenfalls nicht per se – beim (faktischen) embryopathischen.<sup>63</sup>

Es ist davon auszugehen, dass auch den Richter\*innen bewusst gewesen ist, dass ihre Annahme, dass dem Embryo Menschenwürde zukommt, nicht mit der durchgeführten Abwägung mit den Grundrech-

ten der Schwangeren in Einklang zu bringen ist. So erklärt sich vielleicht auch, dass der Abwägungsvorgang nicht problematisiert wurde. Ihre Lösung war nach hiesiger Ansicht erkennbar ergebnisorientiert.

Dem Bundesverfassungsgericht fällt als „Hüter der Verfassung“ eine herausgehobene Rolle zu und der Gedanke, dass im Zweifel der berühmte Gang nach Karlsruhe den Rechtsstaat wieder ins Gleichgewicht bringt, beruhigt viele Menschen. Der vertiefte Blick in die Entscheidungen des Gerichts in den Jahrzehnten zeigt indes, dass die hohen Erwartungen an die politisch ausgewählten Richterinnen und Richter nicht durchweg erfüllt werden. Es gibt eine Reihe offensichtlich falscher Entscheidungen, die exemplarisch zeigen, dass das Gericht immer wieder den vermeintlichen, nicht selten moralisch aufgeladenen und mithin ideologisierten Zeitgeist abbildet – oder manches Mal auch einfach darin verharrt. Zu nennen wäre zum Beispiel das Urteil über die angebliche Verfassungsmäßigkeit der strafrechtlichen Verfolgung homosexueller Männer,<sup>64</sup> der Cannabis-Beschluss<sup>65</sup> und das Urteil zum Inzestverbot.<sup>66</sup> All diese Entscheidungen kann man letztlich als strafrechtlichen Schutz von gesellschaftlichen Tabus bewerten. Aber auch der Beschluss zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht war eine Fehlentscheidung.<sup>67</sup> Neben diesen inhaltlich hochproblematischen Entscheidungen fällt das Gericht zudem wiederkehrend damit auf, dass es die formalen Hürden an die Zulässigkeit des Antrags bis ins Willkürliche hinein nach oben verschiebt.<sup>68</sup>

In die unrühmliche Reihe politisch motivierter (Fehl-)entscheidungen fügt sich nach hier vertretener Ansicht auch die Recht-

sprechung zum Schwangerschaftsabbruch ein. Bei politischen Unmöglichkeiten, zu denen wohl auch die rechtswidrig legalisierte Knabenbeschneidung<sup>69</sup> gehören dürfte, hilft der Rechtsweg in Deutschland bedauerlicherweise nicht immer.

#### 2.4. Zwischenergebnis

Der Schwangerschaftsabbruch wird nach § 218a Abs. 1 StGB lediglich als „rechtswidrig“ bezeichnet. Behandelt wird er indes als rechtmäßig. Der Normappell ist damit widersprüchlich und konterkariert das in epischer Breite „begründete“ angeblich bestehende Lebensrecht (nebst Menschenwürde) des Embryos.<sup>70</sup>

### 3. Fazit

Der Schwangerschaftsabbruch sollte als höchstpersönliche Angelegenheit der Schwangeren rechtlich anerkannt werden. Das heißt, die Schwangere sollte in jedem Fall straf- und sanktionslos bleiben<sup>71</sup> und ihr sollte der Abbruch zu jedem Zeitpunkt der Schwangerschaft rechtlich und tatsächlich ermöglicht werden.

#### Anmerkungen:

<sup>1</sup> Kritisch hierzu: Vera Schürmann, Kompromiss auf Zeit, Verfassungsblog v. 18.11.2020; Nina Monecke, Das war kein guter Kompromiss, Zeit online v. 24.03.2023; kritisch auch NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB § 218a Rn. 51.

<sup>2</sup> BVerfGE 39, 1, BVerfGE 88, 203.

<sup>3</sup> In diesem Sinne letztlich auch: Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 9.

<sup>4</sup> NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 13. Auch Hartmut Kreß kritisiert die Inkonsistenz der derzeitigen Regelung, Kreß, Medizinische Ethik, 3. Aufl. 2024, S. 237 f.m.w.N. Ebenso sieht die von der Bundesregierung eingesetzten Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin die zahlreichen Unschlüssigkeiten und konstatiert: „Ein den Schwangerschaftskonflikt in der Frühphase umfassend befriedendes recht-

liches Konzept scheint bisher nicht gefunden“, Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 63.

<sup>5</sup> Vgl. zu alledem: NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218.

<sup>6</sup> In diesem Sinne wohl auch Huster, § 21 Gesundheitsschutz, Biotechnologie und Bioethik, in: Handbuch des Staatsrechts Band I, Hrsg. Kischel/Kube. Huster kommt dort in dem Zusammenhang zu dem Schluss, S. 944: „Es ist aber mehr als fraglich, ob sich dieses Lebensrecht ohne einen Rückgriff auf derartige Überzeugungen – etwa der ‚Heiligkeit menschlichen Lebens‘ o. ä. – begründen lässt.“ Darauf bezugnehmend, Hamed, Statements des ifw bei der Anhörung der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin am 23.11.2023 in Berlin, in: Der Fall Kristina Hänel, Hrsg. Scheinfeld et al., S. 227.

<sup>7</sup> Hierzu auch Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 3.

<sup>8</sup> Instruktiv zur Geschichte des Schwangerschaftsabbruchs und den Auswirkungen auf die Betroffenen und die Ärztinnen und Ärzte: Kristina Hänel, Eine kurze Geschichte der Debatte über den Schwangerschaftsabbruch in Deutschland, in: Der Fall Kristina Hänel, Hrsg. Scheinfeld et al., S. 11 ff.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu ausführlich: doctors for choice: [https://doctorsforchoice.de/wp-content/uploads/2023/08/DFC\\_Position-Neuregelung-Schwangerschaftsabbruch\\_2023.pdf](https://doctorsforchoice.de/wp-content/uploads/2023/08/DFC_Position-Neuregelung-Schwangerschaftsabbruch_2023.pdf), dort S. 4, in diesem Sinne auch: Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 1 und 4. Vgl. ferner, Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 192. Auch Hartmut Kreß fordert „erhebliche Anstrengungen“ zur Verbesserung der Versorgungslage, Kreß, Medizinische Ethik, 3. Aufl. 2024, S. 248, auf S. 237 stellt er die Folgen der Pönalisierung auf die Ärzteschaft dar, ausführlich zur Versorgungsinfrastruktur und dem besonderen Problem durch kirchlich getragene Kliniken, a.a.O., S. 244ff. Die Versorgungsprobleme erkennt auch Thomas Fischer, Wollen wir wirklich wieder über Paragraph 218 debattieren?, Spiegel v. 19.04.2024, an.

<sup>10</sup> In diesem Sinne auch Kreß, Medizinische Ethik, 3. Aufl. 2024, S. 215ff. und 239, er stellt die ethik- und rechtsgeschichtlichen Hintergründe der Gesetzeslage und die letztlich religiöse und moralische Begründung der auch aktuellen Gesetzeslage dar. Er konstatiert auf S. 239: „Solche metaphysischen Spekulationen gehören der Vergangenheit an. Für die

heutige Rechtsordnung sollten stattdessen die medizinisch-naturwissenschaftlichen Erkenntnisse maßgebend sein [...].“ Ebenfalls sehr kritisch, Kai Möller, Warum es gute, rechtfertigbare Gründe für die legale Abtreibung gibt, Welt online v. 22.04.2024: „Aber als verfassungsrechtliche Vorgabe ist diese Haltung verfehlt, denn sie erklärt die politischen Überzeugungen aller derjenigen, die aus guten, rechtfertigbaren Gründen für die Legalisierung der Abtreibung eintreten, für illegitim. Die Richter des Bundesverfassungsgerichts haben in ihren Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch ihre eigenen moralischen Präferenzen dem ganzen Land aufgezwungen.“

<sup>11</sup> Vgl. auch Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, Oktober 2023, dort S. 1.

<sup>12</sup> Vgl. Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 5.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu Hartmut Kreß, MedR 2023, 699, 701, der in seiner (rechtsethischen) Betrachtung den Zeitpunkt der bewussten Schmerzempfindung in den Vordergrund rückt.

<sup>14</sup> [https://doctorsforchoice.de/wp-content/uploads/2023/08/DFC\\_Position-Neuregelung-Schwangerschaftsabbruch\\_2023.pdf](https://doctorsforchoice.de/wp-content/uploads/2023/08/DFC_Position-Neuregelung-Schwangerschaftsabbruch_2023.pdf), dort S. 2; Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb) · Policy Paper: „Schwangerschaftsabbruch“ · st22-26 · 08.12.2022, S. 4. Die Zahlen darstellend: Thomas Fischer, Wollen wir wirklich wieder über Paragraph 218 debattieren?, Spiegel v. 19.04.2024.

<sup>15</sup> Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 6; Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, dort S. 1.

<sup>16</sup> Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 421 und 15.

<sup>17</sup> Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 26.

<sup>18</sup> Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 246. Fischer weist auf die faktischen Konsequenzen der Annahme der Kommission hin: „Überraschend ist, dass das Kommissionsargument, mit der Lebensfähigkeit des Fötus trete das ‚Selbstbestimmungsrecht‘ der Schwangeren regelmäßig grundsätzlich zurück, dazu führt, dass jeder Fortschritt der Frühgeborenenmedizin zu einer Verringerung des Freiheitsraums der Schwangeren führen muss,“, Thomas Fischer, Wollen wir wirklich wieder über Paragraph 218 debattieren?, Spiegel v. 19.04.2024.

<sup>19</sup> Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 259.

<sup>20</sup> Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 215f.

<sup>21</sup> Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 216.

<sup>22</sup> Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 216.

<sup>23</sup> NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 14-16 und 22; Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, dort S. 2f.

<sup>24</sup> Fischer nimmt Übrigens letztlich wohl an, dass die Forschung zum Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich „ergebnis- und interessenorientiert“ ist, Thomas Fischer, Wollen wir wirklich wieder über Paragraph 218 debattieren?, Spiegel v. 19.04.2024.

<sup>25</sup> BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 135 eigene Hervorhebung.

<sup>26</sup> BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 166; dies kritisierend Hamed, Paradoxe strafrechtliche Regeln zur Abtreibung ersatzlos streichen, Deutschlandfunk Kultur v. 09.04.2024. Kritisch hierzu auch Thomas Fischer, Wollen wir wirklich wieder über Paragraph 218 debattieren?, Spiegel v. 19.04.2024.

<sup>27</sup> Huster postuliert zu Recht: „Wenn die objektiven Grundrechtswirkungen nicht mehr auf die Belange eines Grundrechtsträgers ausgerichtet werden, besteht die Gefahr ihrer uferlosen Ausdehnung und Verselbstständigung gegenüber dem subjektiven Recht, was letztlich sogar freiheitsgefährdende Konsequenzen mit sich bringen kann, wenn die objektiven Grundrechtsgehalte zur Begründung von Beschränkungen der personalen Autonomie herangezogen werden, der Grundrechtsschutz sich also gegen den Grundrechtsträger wendet“, Huster, § 21 Gesundheitsschutz, Biotechnologie und Bioethik, in: Handbuch des Staatsrechts Band I, Hrsg. Kischel/Kube, S. 942.

<sup>28</sup> Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 2; Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, dort S. 2.

<sup>29</sup> Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, dort S. 1.

<sup>30</sup> NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 14.

<sup>31</sup> BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 151.

<sup>32</sup> Sehr kritisch hierzu auch Hamed, Paradoxe strafrechtliche Regeln zur Abtreibung ersatzlos streichen,

Deutschlandfunk Kultur v. 09.04.2024: „Tatsächlich haben die Nationalsozialisten einerseits die Tötung ungewollter Föten massiv vorangetrieben, andererseits jedoch den Schwangerschaftsabbruch mündiger Frauen mit besonderer Härte bestraft. Umso erschütternder ist es, dass auch das Bundesverfassungsgericht den Schwangerschaftsabbruch generell als ‚Unrecht‘ ansah, nicht aber die Abtreibung eines Embryos, sofern es z. B. Hinweise auf eine schwere Erkrankung gibt.“ Fischer bringt die Bigotterie der „demonstrativ behindertenfreundlichen Gesellschaft“ kritisch auf den Punkt: Thomas Fischer, Wollen wir wirklich wieder über Paragraph 218 debattieren?, Spiegel v. 19.04.2024.

<sup>33</sup> MüKoStGB/Gropp/Wörner, 4. Aufl. 2021, StGB § 218a Rn. 61. Diesbezüglich zu Recht mehr Transparenz fordernd: Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 407f. und Kreß, Medizinische Ethik, 3. Aufl. 2024, S. 249. Kritisch hierzu auch Thomas Fischer, Wollen wir wirklich wieder über Paragraph 218 debattieren?, Spiegel v. 19.04.2024: „Hinter sehr zahlreichen Fällen der Spätabtreibung mit ‚medizinischer‘ Indikation verbergen sich schlichte ‚Früh-Euthanasien‘.“

<sup>34</sup> MüKo-StGB/Gropp/Wörner, 4. Aufl. 2021, StGB § 218a Rn. 61.

<sup>35</sup> Vgl. ausführlich mit weiteren Nachweisen: Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 4f., sodass der Conclusio zuzustimmen ist: „Dass schwangere Personen sich ‚grundlos‘ – d.h. außerhalb der derzeit geltenden Indikationslösung – für einen sog. Spätabbruch entscheiden würden, ist weder empirisch belegt noch naheliegend.“ Ausführlich auch: Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 46ff.

<sup>36</sup> Dafür votieren etwa auch pro familia in ihrer aktuellen Stellungnahme zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs: [https://www.profamilia.de/fileadmin/profamilia/verband/Neuregelung\\_SchwA\\_BV\\_07.05.2023.pdf](https://www.profamilia.de/fileadmin/profamilia/verband/Neuregelung_SchwA_BV_07.05.2023.pdf) sowie doctors for choice: [https://doctorsforchoice.de/wp-content/uploads/2023/08/DFC\\_Position-Neuregelung-Schwangerschaftsabbruch\\_2023.pdf](https://doctorsforchoice.de/wp-content/uploads/2023/08/DFC_Position-Neuregelung-Schwangerschaftsabbruch_2023.pdf) und Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, dort S. 2f.

<sup>37</sup> BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 156; BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris, Rn. 170 f. Sehr kritisch hierzu: Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy

Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 9 m.w.N. und Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, dort S. 2.

<sup>38</sup> BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris, Rn. 389.

<sup>39</sup> BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 158.

<sup>40</sup> Michael Schmidt-Salomon: Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat. Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde gegen § 219a StGB (2 BvR 390/21). Oberwesel, März 2022, S. 7.

<sup>41</sup> Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat, S. 7f.

<sup>42</sup> BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 151: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.“ Vgl. zum „Potenzialitätsargument“ auch Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 218 f.m.w.N.

<sup>43</sup> Weiter führt Schmidt-Salomon aus: „Das ‚Potenzialitäts-Argument‘ ist für viele Menschen irritierend und wohl mitursächlich für das ‚ungute Gefühl‘, das einige Bürgerinnen und Bürger – möglicherweise auch die Verfassungsrichter\*innen – beim Gedanken an den Schwangerschaftsabbruch haben. Denn viele Menschen schließen aus der Perspektive ihres erwachsenen Ichs darauf, dass sie als Embryo ein potenzielles Interesse am eigenen Überleben gehabt hätten. Doch dieser Schluss beruht auf einem Denkfehler, den man sich leicht verdeutlichen kann: *Hätte meine Mutter ‚mich‘ als Embryo abgetrieben, wäre dies für ‚mich‘ kein Problem gewesen, da ein ‚Ich‘, das Probleme hätte haben können, gar nicht erst entstanden wäre* (vgl. hierzu auch Dieter Birnbacher: Gibt es rationale Argumente für ein Abtreibungsverbot? In: Revue Internationale de Philosophie, Vol. 49, No. 193/3/1995). Noch irritierender ist der umgekehrte Fall, der aber wohl nur wenige Menschen umtreibt: Hier geht es darum, dass aus einem genetisch geschädigten Embryo ein Individuum hervorgegangen ist, welches seine eigene Nichtexistenz einem Leben mit extremen Schmerzen und Behinderungen vorziehen würde. Tatsächlich gab es in der Vergangenheit bereits einige solcher ‚Wrongful-life‘-Prozesse, bei denen

die Betroffenen Schadensersatz dafür einklagten, mit ihren schweren Behinderungen und Krankheiten überhaupt das Licht der Welt erblickt zu haben. Wie man solche Klagen ethisch und juristisch beurteilen sollte, ist allerdings eine äußerst komplexe Frage, deren Beantwortung den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen würde“; Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat, S. 12ff.

<sup>44</sup> Vgl. Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, dort S. 3.

<sup>45</sup> Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, dort S. 3f.

<sup>46</sup> BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 136: „Der [mit der Nidation] begonnene Entwicklungsprozess ist [...] nicht mit der Geburt beendet; die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewusstseinsphänomene z.B. treten erst längere Zeit nach der Geburt auf. Deshalb kann der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weder auf den ‚fertigen‘ Menschen nach der Geburt noch auf den selbständig lebensfähigen nasciturus beschränkt werden. Das Recht auf Leben wird jedem gewährleistet, der ‚lebt‘; zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden.“

<sup>47</sup> Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat, S. 14; in diesem Sinne auch Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs, dort S. 4.

<sup>48</sup> Huster, § 21 Gesundheitsschutz, Biotechnologie und Bioethik, in: Handbuch des Staatsrechts Band I, Hrsg. Kischel/Kube, S. 942.

<sup>49</sup> Vgl. Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat, in: Der Fall Kristina Hänel, Hrsg. Scheinfeld et al., S. 192 f.m.w.N.; Hamed, Paradoxe strafrechtliche Regeln zur Abtreibung ersatzlos streichen, Deutschlandfunk Kultur v. 09.04.2024. Kritisch zu der Regelungskonstruktion auch Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 63.

<sup>50</sup> Diesen Punkt kritisch herausgreifend auch Möller, Warum es gute, rechtfertigbare Gründe für die legale Abtreibung gibt, Welt online v. 22.04.2024.

<sup>51</sup> BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 242.

<sup>52</sup> NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 17, beck-online.

<sup>53</sup> BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris, Rn. 161.

<sup>54</sup> So auch: Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 9 m. w. N.; dies anerkennend auch Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 63; kritisch auch Hamed, Paradoxe strafrechtliche Regeln zur Abtreibung ersatzlos streichen, Deutschlandfunk Kultur v. 09.04.2024.

<sup>55</sup> BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris, Rn. 222.

<sup>56</sup> In diesem Sinne auch Möller, Warum es gute, rechtfertigbare Gründe für die legale Abtreibung gibt, Welt online v. 22.04.2024: „Frauen können weitgehend problemlos abtreiben, bekommen aber vorher noch einen moralischen Zeigefinger gezeigt, mit dem ihr Verhalten missbilligt wird.“

<sup>57</sup> NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 20.

<sup>58</sup> <https://www.sexuelle-selbstbestimmung.de/18574/umfrage-dezember22/>.

<sup>59</sup> In diesem Sinne auch Möller, Warum es gute, rechtfertigbare Gründe für die legale Abtreibung gibt, Welt online v. 22.04.2024; Hamed, Die abhängige Justiz, Cicero v. 22.02.2024.

<sup>60</sup> BVerfGE 39, 1, 37, kritisch hierzu: Hartmut Kreß, MedR 2023, 699, 700.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 223f. Die Kommission führt dann jedoch mit durchaus nachvollziehbarer Begründung aus, dass es seitens des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die bislang angenommene Unabwägbarkeit der Menschenwürde, ein Dogmenwechsel gegeben haben könnte, was sie aber nicht kritisiert, vgl. hierzu ausführlich a.a.O., S. 224. Außerdem führt sie als Gedanken – ebenfalls durchaus einsichtig – an, dass es auch möglich ist, „das Verlangen der Schwangeren nach einem Schwangerschaftsabbruch als durch die Menschenwürdegarantie geschützt“ anzusehen, a.a.O., S. 223. In dem Fall würde zulässigerweise „Menschenwürde gegen Menschenwürde“ abgewogen.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 227f.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu auch Bericht der Kom-rSF AG 1, S. 226f.

<sup>64</sup> BVerfG, Urteil vom 10.05.1957 – 1 BvR 550/52. Die strafrechtliche Verfolgung homosexueller Männer stellt hierbei einen besonderen Tiefpunkt der moralisierenden und sich vom Recht weiter entfernenden Rechtsprechung des höchsten Gerichts Deutsch-

lands dar, vgl. Ausführlich hierzu Constantin Baron van Lijnden, Das „hemmungslose Sexualbedürfnis des homosexuellen Mannes“, LTO v. 12.05.2016; <https://www.lsvd.de/de/ct/1022-Paragraph-175-StGB-Verbot-von-Homosexualitaet-in-Deutschland#bgh-und-bverfg>.

<sup>65</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.03.1994 – 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92, 2 BvL 70/92, 2 BvL 80/92, 2 BvR 2031/92.

<sup>66</sup> BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 26.02.2008 – 2 BvR 392/07.

<sup>67</sup> vgl. Hamed, Bundesverfassungsgericht: Postfaktischer Wegbereiter des paternalistischen Staates, Cicero v. 21.05.2022.

<sup>68</sup> Vgl. z.B. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25.09.2023 – 1 BvR 2219/20.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu ein offener Brief v. 15.05.2023, in dem die Abschaffung der „Beschneidungserlaubnis“ § 1631d BGB gefordert wird: <https://weltanschauungsrecht.de/meldung/offener-brief-kinderschutz-selbstbestimmung-Beschneidungserlaubnis-abschaffen>.

<sup>70</sup> Ebenso z.B. NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 21.

<sup>71</sup> So auch: Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 6, auch wenn sich der djb ohne weitere Begründung nicht insgesamt gegen jegliche Fristenregelung ausspricht. Er möchte „unzulässig“ Spätabbrüche über das ärztliche Berufsrecht sanktionieren. Konsequenz ist dies nicht, denn was nützt es den Schwangeren, wenn sie sanktionslos bleiben, aber nur – wenn überhaupt – unter deutlich erschwerten Bedingungen ärztliche Unterstützung finden können. Das Zugeständnis der „Sanktionslosigkeit“ kommt so lediglich einen symbolischen Wert zu; Hamed/Scheinfeld/Schmidt-Salomon, Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs.

### **Zur Autorin:**

Jessica Hamed leitet als stellvertretende Direktorin gemeinsam mit Prof. Dr. Jörg Scheinfeld das Institut für Weltanschauungsrecht, sie ist Fachanwältin für Strafrecht, Mitglied im Zentrum für interdisziplinäre Forensik an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und lehrt seit 2019 an der Hochschule Mainz und seit 2022 beim Bundeskriminalamt. Außerdem ist sie publizistisch tätig und hat bislang u.a. in *FAZ Einspruch*, *Berliner Zeitung* und *Cicero* mehrere Gastbeiträge veröffentlicht.