

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorbemerkung</b> . . . . .	9
<b>1. Kapitel: Zur (verfassungs)rechtlichen Konstitution einer Bestrafungspflicht</b> 11	
1. Einleitung: Kritische Betrachtung der gesellschaftlichen und rechtlichen Debatte . . . . .	11
2. Das Rechtsgut des ungeborenen Lebens . . . . .	13
2.1. Verfassungsdogmatische Anknüpfungspunkte . . . . .	14
2.2. Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff . . . . .	21
2.2.1. Die strafrechtsbegrenzende Kraft des Rechtsgutskonzepts . . . . .	22
2.2.2. Empirische Bedingungen der Kriminalisierung . . . . .	26
2.2.3. Zur Geschichte des Rechtsgutes der Abtreibungsstrafbarkeit . . . . .	31
2.2.3.1. Die leibliche Verbindung von Schwangerer und Fötus in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	31
2.2.3.2. Gesellschaftlich-technische Entwicklung und der Status des Fötus . . . . .	35
2.2.3.3. Die geheime Abtreibung . . . . .	39
2.2.3.4. Der offene Kindsmord . . . . .	44
2.2.3.5. Wahrheit des Fühlens . . . . .	51
2.2.4. Folgerungen für die Rechtsgutsfrage . . . . .	54
3. Zur Schutzpflicht des Staates für das ungeborene Leben . . . . .	57
3.1. Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	57
3.2. Schutzpflicht und verfassungsrechtliche Kontrolle . . . . .	59
4. Von der Schutzpflicht zur Gebär- und Fürsorgepflicht . . . . .	65
4.1. Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	66
4.2. Positive und negative Pflichten . . . . .	69
4.3. Verpflichtung für das ungeborene Leben . . . . .	75
5. Von der Schutzpflicht zur Bestrafungspflicht . . . . .	78
5.1. Ultima ratio und Pönalisierungspflicht (BVerfGE 39, 1) . . . . .	79
5.2. Strafrechtstheorie und Empirie . . . . .	82
5.3. Ultima ratio und Untermaßverbot (BVerfGE 88, 203) . . . . .	87
5.4. Exkurs: Postulate der Strafrechtsbegrenzung . . . . .	93
5.4.1. Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität . . . . .	94
5.4.2. In dubio pro libertate . . . . .	96
5.4.3. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts . . . . .	98
5.5. Folgerungen für die Bestrafungspflicht . . . . .	99

<b>2. Kapitel: Grundlagen strafrechtlicher Unzuständigkeit . . . . .</b>	<b>101</b>
1.    Einleitung: Abtreibung ohne Indikation . . . . .	101
2.    Schwangerschaftsabbruch und rechtsfreier Raum. Die Konzeption Arthur Kaufmanns . . . . .	102
2.1.    Kennzeichen des rechtsfreien Raumes . . . . .	102
2.1.1.    Kategorien des Tragischen - Das Gebot rechtlicher Zurückhaltung . . . . .	103
2.1.2.    Die These vom Ausschluß der Rechtfertigung einer Abtreibung . . . . .	106
2.2.    Kritik der These vom Ausschluß der Rechtfertigung einer Abtreibung . . . . .	108
2.2.1.    RGSt 61, 242 - Ethische Neutralität der Rechtfertigung . . . . .	111
2.2.2.    Der Mignonette-Fall - Gerechtigkeit durch Verfahren . . . . .	114
2.2.3.    Das Brett des Karneades - Selbsterhaltung als Rechtsproblem . . . . .	118
2.2.4.    Zwischenergebnis . . . . .	125
2.3.    Zur Kritik der Konzeption Arthur Kaufmanns . . . . .	127
2.3.1.    Wissenschaftliche Unschärfe des Begriffs . . . . .	127
2.3.2.    Logische Unmöglichkeit des rechtsfreien Raumes . . . . .	129
2.3.3.    Rechtstheoretische Unmöglichkeit . . . . .	131
2.3.3.1.    Der Einwand Radbruchs . . . . .	132
2.3.3.2.    Bergbohms „rechtsleerer“ Raum . . . . .	133
2.3.3.3.    Konkretisierung der Kritik . . . . .	135
2.4.    Fazit . . . . .	136
3.    Schwangerschaftsabbruch und Gewissensentscheidung . . . . .	136
3.1.    Die Konzeption Dworkins . . . . .	137
3.2.    Gewissensfreiheit und Tötungsverbot . . . . .	139
3.3.    Abstufungen des Heiligen . . . . .	146
3.4.    Zwang zu ethischer Reflexion . . . . .	148
4.    Strafrechtsbegrenzung und Moralwidrigkeit . . . . .	151
4.1.    Prozedurale Rechtfertigung . . . . .	151
4.1.1.    Grundlagen der Konzeption Hassemers . . . . .	151
4.1.2.    Das Verhältnis von substantieller und prozeduraler Rechtfertigung . . . . .	156
4.2.    Kriminalisierung und Moralwidrigkeit . . . . .	161
4.3.    Der Zusammenhang von Recht und Moral in der Abtreibungsfrage . . . . .	162
4.4.    Schlußbemerkung: Morale Pluralität und Strafrechtsbegrenzung . . . . .	164
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>169</b>

## **Vorbemerkung**

Die Arbeit geht der Frage nach, ob das Strafrecht für das Abtreibungsproblem zuständig ist. Der Beitrag bewegt sich also auf dem Terrain der Gesetzgebung und der Strafrechtsbegründung.

Die strafrechtswissenschaftlichen Bemühungen, die Grenzen ihres eigenen Gegenstandsbereichs zu ziehen, erfolgen im Kontext einer gesellschaftlich-politischen Auseinandersetzung, deren Rekonstruktion im ersten Kapitel der Arbeit erfolgt. Der sich darin erweisende Zusammenhang von Strafrechtsbegrenzung und den empirischen Bedingungen der Kriminalisierung verweist bereits auf die substantiellen Begründungsanforderungen eines Strafrechtskonzepts, das seine Grenze wirksam zu bestimmen in der Lage ist.

Das zweite Kapitel der Arbeit formuliert diese Anforderungen für die Abtreibungsfrage. In der Auseinandersetzung mit (straf)rechtstheoretischen Modellen, die für eine weitgehende strafrechtliche Freistellung des Schwangerschaftsabbruchs plädieren, werden nach und nach die Grundlagen der strafrechtlichen Unzuständigkeit für die Regelung des Abtreibungsproblems entwickelt.



## **1. Kapitel: Zur (verfassungs)rechtlichen Konstitution einer Bestrafungspflicht**

### **1. Einleitung: Kritische Betrachtung der gesellschaftlichen und rechtlichen Debatte**

Wird die Geschichte der Abtreibungsbestrafung bemüht, so soll sie häufig dem Nachweis dienen, daß das Strafrecht die Frauen nicht hat von Abtreibungen abhalten können, und sie soll andererseits zeigen, wie eng der rechtliche Umgang mit dem Problem der Abtreibung mit dem gesellschaftlichen Status der Frau verbunden ist. Wenngleich beide Argumentationslinien häufig im Verbund miteinander auftreten, erweist sich bei genauerer Betrachtung, daß sie nicht zueinander passen. Einerseits eine Wechselwirkung zwischen Recht und gesellschaftlichen Verhältnissen zu zeigen, und andererseits die Wirkungslosigkeit des Rechts zu behaupten, heißt, das Verhältnis des Strafrechts zu seinen Wirkungen in der Außenwelt theoretisch nicht hinreichend zu bestimmen.

Im Gang der Untersuchung wird mehrfach die historische Perspektive auf unser Problem eröffnet werden. Die Arbeit verzichtet zwar darauf, mit einem Überblick über die von anderen Autoren beobachtete Entwicklung der Abtreibungsstrafbarkeit zu beginnen. Doch viele der im Zusammenhang mit der Abtreibung interessierenden Fragen werden in der Reflexion auf ihren Ursprung als Elemente einer konkreten historisch-politischen Entwicklung erst verständlich. Sie als solche gewachsenen, verordneten oder konsentierten Probleme wahrzunehmen, ist auch ein Anliegen der Untersuchung. Diese hat jedoch darüberhinaus zu fragen, wie das Strafrecht und die wissenschaftliche Begründung seiner Grenzen auf diese Beobachtung reagieren muß.

Im folgenden wird dies zunächst für die Frage nach dem Rechtsgut des ungeborenen Lebens geschehen. Dabei werden die beiden Entscheidungen<sup>1</sup> des *Bundesverfassungsgerichts* zur Abtreibung aus den Jahren 1975 und 1993 zentral sein. Nicht weil die Untersuchung zuvorderst am politisch Machbaren orientiert sein soll, sondern weil diese Entscheidungen Kristallisierungspunkte einer Entwicklung sind, welche durch das Thematisierte ebenso wie durch das Ausgesparte für die kritische Rekonstruktion der Debatte erhebliche Bedeutung erlangen. Beide verfassungsgerichtlichen Entscheidungen sind bisweilen unklar,

---

<sup>1</sup> *BVerfGE* 39, 1 ff.; *BVerfGE* 88, 203 ff.

und sie sind dementsprechend kontrovers diskutiert worden<sup>2</sup>. Dennoch lassen sich beide Urteile, was die Bedeutung des Rechtsgutes des ungeborenen Lebens angeht, im Kern auf eine vergleichsweise einfache Argumentationslinie reduzieren:

Aus der Bedeutung des Rechtsgutes des ungeborenen Lebens (dazu unten 2.) folgt eine Schutzpflicht des Staates für dieses Rechtsgut (dazu unten 3.). Auf dieser Grundlage wird eine Gebär- und Fürsorgepflicht der Schwangeren (dazu unten 4.) und - in einer Wechselbeziehung hierzu - eine Bestrafungspflicht gefolgert, welche in der ersten Entscheidung als Pönalisierungsgebot, in der zweiten als Untermäßverbot in Erscheinung tritt (dazu unten 5.). Die Annahme einer Gebär- und Fürsorgepflicht erscheint dabei zunächst als argumentativer Zwischenschritt, so daß man von einem argumentativen "Dreisprung" des *Bundesverfassungsgerichts* sprechen kann: Rechtsgut - Staatliche Schutzpflicht - Bestrafungspflicht.

Die Argumentationsfolge der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen soll diesem ersten Kapitel der Arbeit Struktur geben. Auf eine vorangestellte zusammenfassende Darstellung und Kritik beider Entscheidungen wird also verzichtet. Stattdessen bietet die Reduzierung der Urteile auf den Argumentationskern Gelegenheit, das jeweils angesprochene sachliche Problem über die verfassungsrichterliche hin zu einer umfassenderen strafrechtswissenschaftlichen Perspektive zu erweitern<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Zur ersten Entscheidung siehe statt vieler nur die Besprechungen von *Krumbiegel*, Strafnormen; *Müller-Dietz*, Pönalisierungsgebot; *Kriele*, Anmerkung; *Esser*, Handwerkszeug; *Goerlich*, Gesetzgeber; sowie die ausführliche Kritik von *Rüpke*, Schwangerschaftsabbruch.

Dies gilt im verstärkten Maße für die zweite Entscheidung; exemplarisch für die politisch unterschiedliche Einschätzungen sind die Beiträge im Sonderband der *KritV* 1/93; für Interpretationen der im engeren Sinne rechtlichen Fragen vgl. im Überblick *Schulz*, Verschlungen Wege, m.w.N.; *Hermes/Walther*, Schwangerschaftsabbruch, m.w.N.

<sup>3</sup> Das am 1.8.1995 beschlossene Gesetz zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs (SFHÄndG, BGBl. I S. 1050) fügt sich bruchlos in das durch die beiden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen veranschaulichte Argumentationsmuster ein, hierzu unten 5.3. Zu der ersten erzürnten Reaktion vgl. *Tröndle*, Familienhilfeänderungsgesetz, und *Laufs*, Fristenlösung. Ebenso wie das vor der zweiten Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom Gesetzgeber ersonnene Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27.7.1992, BGBl. I S. 1398 (SFHG), und seine Vorgänger wird auch das geltende Recht nachfolgend nur in Bezug auf konkrete Fragestellungen interessieren.

## 2. Das Rechtsgut des ungeborenen Lebens

Wenn bislang vom Rechtsgut des ungeborenen Lebens gesprochen wurde, so wurde der Begriff des Rechtsgutes in derselben Weise allgemein verwendet, wie dies das *Bundesverfassungsgericht* in beiden Entscheidungen zur Abtreibung getan hat. So bezeichnet beispielsweise der Leitsatz der ersten Entscheidung das werdende Leben als ein selbständiges Rechtsgut<sup>4</sup>, während die Entscheidungsgründe ebenso von einem Wert wie von einem selbständigen menschlichen Wesen<sup>5</sup> sprechen. Auch die zweite Entscheidung verwendet unterschiedliche Begrifflichkeiten<sup>6</sup>. Eine präzisere Bestimmung des Rechtsgutsbegriffs verspricht hingegen die Beschäftigung mit dessen strafrechtswissenschaftlicher Thematisierung.

Die strafrechtswissenschaftliche Frage nach dem Rechtsgut, wie dem der Umweltdelikte<sup>8</sup> oder dem der Sittlichkeitsdelikte<sup>9</sup>, ist meist die kritische Frage danach, ob es sich dabei denn um ein Rechtsgut handelt, welches durch das Strafrecht zu schützen sei<sup>10</sup>. Eine vergleichbare Frage nach dem Rechtsgut der Abtreibungsstrafbarkeit wird indessen nicht mehr gestellt. Das Rechtsgut des ungeborenen Lebens ist in der Welt und behauptet seinen Platz. Die Reformdebatte in der Bundesrepublik Deutschland hat sich - dies werden die nachfolgenden Ausführungen zeigen - überwiegend mit der Frage eines möglichst effektiven Schutzes dieses Rechtsgutes beschäftigt, was indessen nicht bedeuten muß, daß dies ausschließlich zum Einsatz des Strafrechts führt. Die zweite Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* hat vielmehr gezeigt, welche Möglichkeiten zur Sanktionierung der Abtreibung außerhalb des Strafrechts bestehen<sup>11</sup>. Ob dies zu einem "Freiheitsgewinn" der betroffenen Frauen führt, wird freilich einer genaueren Analyse bedürfen<sup>12</sup>. Sofern jedoch das Konzept des Rechtsgüterschutzes nicht nur in der Affirmation konsenterter rechtlicher Annahmen verharren will, versteht sich die Frage nach der Zuständigkeit des

---

<sup>4</sup> *BVerfGE* 39, 1, 1 (Leitsatz Nr. 1) und *passim*, beispielsweise S. 46 f.

<sup>5</sup> *BVerfGE* 39, 1, 42.

<sup>6</sup> Ebenda.

<sup>7</sup> So wird beispielsweise vom "individuellen Menschsein" (*BVerfGE* 88, 203, 252) ebenso wie vom Rechtsgut (a.a.O., S. 253 und *passim*) gesprochen.

<sup>8</sup> Hierzu monographisch *Hohmann*, Umweltdelikte.

<sup>9</sup> Grundlegend: *Jäger*, Sittlichkeitsdelikte.

<sup>10</sup> Zur Unterscheidung zwischen systemimmanenten und systemtranszententen, also kritischen Rechtsgutkonzepten vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie, S. 19 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu im allgemeinen das vom *Bundesverfassungsgericht* angeforderte Gutachten *Stürners*, Schwangerschaftsabbruch, vorbereitet in: *ders.*, Unverfügbarkeit. Siehe auch unten 5.3.

<sup>12</sup> Dazu unten insb. 5.3. Darauf, daß die Einschätzungen des "liberalen Nennwertes" der zweiten Entscheidung sehr auseinander gehen, wurde bereits oben in Fn. 2 hingewiesen, vgl. insoweit noch einmal die Aufsätze im Sonderband der KritV 1/93.