

Claus Belling

Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a StGB haltbar?



# **Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a StGB haltbar?**

Zur Rechtsnatur der sogenannten  
indizierten Abtreibung

von  
Claus Belling



1987

Walter de Gruyter · Berlin · New York

# Meinen Eltern und meiner Frau

*CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Claus Belling:**  
Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a StGB haltbar?:  
Zur Rechtsnatur der sogenannten indizierten  
Abtreibung / von Claus Belling.  
- Berlin ; New York : de Gruyter, 1987 -

ISBN 311 0111128

©

Copyright 1986 by  
Walter de Gruyter & Co.,  
Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz: Dörlemann-Satz, Lemförde  
Druck: Hildebrand, Berlin 65

Bindarbeiten: Verlagsbuchbinderei Dieter Mikolai, Berlin 10

## Vorwort

Vorsätzliche Tötungsdelikte hat es in der Geschichte der Menschheit von Anfang an gegeben. Das Novum unserer Tage besteht darin, daß heute an der hohen Zahl der Abtreibungen in weiten Kreisen kaum noch Anstoß genommen wird. Dies gilt besonders für die Bundesrepublik, in der die mittlerweile jährlich mehrhunderttausendfache Tötung ungeborener Kinder nicht nur hingenommen, sondern zudem größtenteils als rechtmäßig angesehen und staatlich finanziert wird. In dieser Situation, die die Grundlagen unserer Rechtsordnung zutiefst erschüttert, ist eine radikale Bewußtseinsänderung und Umkehr hin zur umfassenden Achtung des heute nahezu schutzlosen ungeborenen Lebens geboten. Es muß wieder selbstverständlich werden, daß die Rechte auf Selbstbestimmung und freie Entfaltung der Persönlichkeit hinter dem Lebensrecht eines anderen, auch und gerade des noch nicht Geborenen, zurückzutreten haben; daß das während der Zeit der Schwangerschaft bestehende einzigartige Abhängigkeitsverhältnis des ungeborenen Kindes zu seiner Mutter bei dieser nicht zu einem Mehr an Rechten *über*, sondern zu einem Mehr an Verantwortung *für* das Kind führt. Gesetze bzw. Gesetzesinterpretationen, die die gegenteilige Wertung mit dem Prädikat „rechtmäßig“ versehen, machen jedoch eine solche Bewußtseinsänderung unmöglich. Hier ist der Jurist aufgerufen, die rechtlichen Grundlagen für eine immer noch dringlicher werdende Umkehr zu schaffen. Im folgenden soll ein Schritt in diese Richtung unternommen werden.

Die Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Sommersemester 1986 als Dissertation vor. Das Manuskript wurde im Dezember 1985 abgeschlossen. Später erschienene Literatur konnte verschiedentlich noch bis Ende Juni 1986 berücksichtigt werden.

Danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Fritjof Haft*, für seine stets wohlwollende und hilfreiche Betreuung

der Dissertation. Ferner sei an dieser Stelle allen gedankt, die das Erscheinen der Schrift in dieser Form möglich gemacht haben, insbesondere Herrn Professor Dr. *Herbert Tröndle*, der sich für die Publikation beim Verlag Walter de Gruyter eingesetzt hat. Nicht zuletzt gilt mein aufrichtiger Dank Herrn Notar Dr. *Werner Esser*, der mir nicht nur den Anstoß zu dieser Arbeit gegeben, sondern sie auch sonst durch mancherlei kritische Anregung gefördert hat.

Tübingen, im Oktober 1986

*Claus Belling*

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
Einleitung .....	1
<b>1. Kapitel: Ausgangslage</b> .....	<b>4</b>
I. Gesetzeslage .....	4
1. Entstehungsgeschichte der jetzigen Regelung .....	4
2. Geltende Strafrechtsnormen .....	5
3. Anwendungsbereich der Indikationen .....	7
a) Medizinisch-soziale Indikation .....	8
b) Eugenische Indikation .....	9
c) Kriminologische Indikation .....	9
d) Soziale Indikation .....	10
II. Meinungsstand zur Ausgangsfrage in Literatur und Rechtsprechung .....	11
1. Literatur .....	11
2. Rechtsprechung .....	12
III. Tatsächliche Lage .....	13
<b>2. Kapitel: Naturrechtliche, moraltheologische Aspekte:     die katholische Morallehre</b> .....	<b>16</b>
I. Bedeutung für die Ausgangsfrage .....	16
1. Naturrecht und positives Recht .....	16
2. Katholische Morallehre und Naturrecht .....	18
3. Warum gerade die katholische Morallehre? .....	20
II. Darstellung der katholischen Morallehre zur Abtreibung .....	21
1. Wer definiert die ‚Lehre der katholischen Kirche‘? .....	22

2. Kernaussage der kirchlichen Lehre . . . . .	23
3. Das Tötungsverbot allgemein . . . . .	23
a) „Du sollst nicht töten“ . . . . .	23
b) Direkte Tötung – indirekte Tötung . . . . .	24
aa) Tötungsabsicht . . . . .	25
bb) Naturgemäß tödliches Mittel . . . . .	25
cc) Lehre von der Handlung mit zweierlei Wirkung . . . . .	26
c) Unschuldiges Leben – schuldiges Leben . . . . .	27
aa) Notwehr . . . . .	27
bb) Gerechter Krieg . . . . .	28
cc) Todesstrafe . . . . .	29
4. Detaillierte Darstellung der Lehre zur Abtreibung . . . . .	29
a) Begriff der Abtreibung . . . . .	29
b) Beginn des menschlichen Lebens . . . . .	30
c) Geschichtliche Entwicklung der kirchlichen Lehre . . . . .	31
d) Argumentation zu den einzelnen Indikationen . . . . .	33
aa) Soziale . . . . .	34
bb) Eugenische . . . . .	34
cc) Kriminologische . . . . .	34
dd) Medizinische . . . . .	35
α) Direkte Tötung des Ungeborenen . . . . .	35
β) Indirekte Tötung des Ungeborenen . . . . .	39
e) Kirchliche Sanktionen . . . . .	40
5. Forderungen an die staatliche Strafgesetzgebung . . . . .	41
III. Zusammenfassung . . . . .	43
<b>3. Kapitel: Verfassungsrechtliche Aspekte . . . . .</b>	<b>44</b>
I. Besondere Relevanz des Verfassungsrechts für die Ausgangsfrage . . . . .	44
1. Gesamtrechtsordnung als Maßstab . . . . .	44
2. Stellenwert der Verfassung in der Gesamtrechts- ordnung . . . . .	47
3. Berücksichtigung des Verfassungsrechts bei Befürwortern der Rechtfertigung . . . . .	51

II.	Grundrechtsprüfung	53
1.	Zulässigkeit einer grundrechtlichen Kontrolle der Rechtfertigungsthese	53
2.	Das Recht des Ungeborenen auf Leben aus Art. 2 II S. 1 GG	57
a)	Auslegung der Merkmale „jeder“ und „Leben“	58
aa)	Beginn des menschlichen Lebens	59
bb)	Beginn des Lebensschutzes	60
α)	Historische Auslegung	61
β)	Grammatische/systematische Auslegung	62
γ)	Teleologische Auslegung	63
cc)	Grundrechtsträgerschaft – Grenzen des subjektiven Rechts	67
b)	Zwischenergebnis	69
c)	Gesetzesvorbehalt in Art. 2 II S. 3 GG	70
aa)	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	73
α)	Indikationsfälle nach § 218a II StGB	76
β)	Indikationsfälle nach § 218a I Nr. 2 Alt. 2 StGB	77
γ)	Indikationsfälle nach § 218a I Nr. 2 Alt. 1 StGB	83
bb)	Wesensgehaltsgarantie nach Art. 19 II GG	84
3.	Der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG	89
a)	Grundrechtsträgerschaft	89
b)	Willkürverbot	89
4.	Das Elternrecht des Vaters aus Art. 6 II S. 1 GG	91
III.	Zusammenfassung	92
<b>4. Kapitel: Strafrechtliche Aspekte</b>		<b>93</b>
I.	Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsbegriffs	93
II.	Die Rechtfertigungsthese im Strafrechtssystem	97
1.	Ist die Auslegung des Strafverzichts in § 218a StGB als Rechtfertigungsgrund zwingend?	97
a)	Grammatische Auslegung	97
b)	Historische Auslegung	99

c)	Teleologische Auslegung	103
d)	Systematische Auslegung	106
e)	Ergebnis	109
2.	Die einfach-vitale Indikation	110
a)	Begründungsversuche einer Rechtfertigung und Kritik	111
aa)	Notwehr	111
bb)	„Übergesetzlicher“ bzw. rechtfertigender Notstand	112
α)	RGSt 61, 242 ff.	113
β)	§ 34 StGB	115
cc)	Rechtfertigende Pflichtenkollision	122
b)	Notwehrrecht des ungeborenen Kindes	124
c)	Ergebnis	126
3.	Die doppelt-vitale Indikation	129
a)	Begründungsansatz „Unrettbarkeit“ des Ungeborenen	130
aa)	Kritik von Küper	133
bb)	Kritik von Peters in Verbindung mit der katholischen Morallehre	135
b)	Ergebnis	138
4.	Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung des § 218a	139
III.	Zusammenfassung	140
<b>5. Kapitel: Gesamtergebnis, Konsequenzen und „konstruktive“ Überlegungen</b>		
I.	Gesamtergebnis	142
II.	Konsequenzen	143
1.	Rechtswidrigkeit der Tötung ab Konjugation	143
2.	Zulässigkeit von Nothilfe	144
3.	Verfassungswidrigkeit der Mitwirkungspflicht	144
4.	Nichtigkeit von auf Tötung gerichteten Arztverträgen	145
5.	Verfassungswidrigkeit der Krankenkassen- finanzierung	147
6.	Verfassungswidrigkeit der sonstigen „flankierenden“ Maßnahmen	148

7. Prozessuale Möglichkeiten des ungeborenen Kindes . . . . .	148
III. „Konstruktive“ Überlegungen . . . . .	149
Literaturverzeichnis . . . . .	152



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AAS	Acta Apostolici Sedis
AE	Alternativentwurf
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Sten. Ber.	Bundesrat-Stenographische Berichte
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BT-Sten. Ber.	Bundestag-Stenographische Berichte
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
c./can.	canon
cc.	canones
CIC	Codex Iuris Canonici
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
ders.	derselbe
E	Entwurf
ErbGesG	Erbgesundheitsgesetz
EuGRZ	Grundrechte, Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote

FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne des
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LFZG	Lohnfortzahlungsgesetz
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LThK	Lexikon für Theologie und Kirche
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MedR	Medizinrecht
mwN	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NkD	Nachkonziliare Dokumentation
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PolG	Polizeigesetz
Prot.	Protokolle
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
SA	Sonderausschuß
SG	Sozialgericht
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SK	Systematischer Kommentar
Sp.	Spalte
St. d. Zeit	Stimmen der Zeit
StGB	Strafgesetzbuch
StrÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StREG	Strafrechtsreformergänzungsgesetz
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## Einleitung

Thema der Arbeit ist die Frage nach der Haltbarkeit der „Rechtfertigungsthese“<sup>1</sup>, worunter die verbrechenssystematische Einordnung der Indikationen des § 218a StGB als Rechtfertigungsgründe zu verstehen ist. Diese Problemstellung mag gegenüber der *offensichtlich* grundsätzlichen Problematik der Strafrücknahme zunächst als sekundär, rein dogmatisch, ja sogar als „eine theoretische Rechtsfrage“<sup>2</sup> erscheinen. Der Schein trügt jedoch. Die Rechtfertigungsproblematik stellt – vor allem im Hinblick auf die sich aus ihrer Lösung unmittelbar ergebenden Konsequenzen<sup>3</sup> – die Kernfrage der Abtreibungsneuregelung dar. Auch kann die politische und verfassungsrechtliche Diskussion darüber, ob die Rücknahme der Strafdrohung zu weit geht, was im übrigen nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist, erst dann sinnvoll und fruchtbar geführt werden, wenn in weiten Kreisen der Bevölkerung und nicht zuletzt der Juristen wieder die Einsicht die Oberhand gewinnt, daß auch die „indizierte“ Abtreibung nahezu ausnahmslos eine *rechtswidrige* Tötungshandlung darstellt; denn bestrafen kann der (Rechts)staat immer nur rechtswidrige, niemals aber rechtmäßige Handlungen.

Zur Terminologie ist folgendes zu bemerken: Das Gesetz spricht in den §§ 218 ff. StGB vom „Abbruch der Schwangerschaft“, der Bundesgerichtshof<sup>4</sup> redet sogar von einer „Unterbrechung der Schwangerschaft“, als ob es hier eine, zumindest in der deutschen Sprache, jeder „Unterbrechung“ immanente Möglichkeit der Fort-

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Begriff auch *Esser* ArztR 1981, 260 u. ff.; *Müller* NJW 1984, 1798 ff.

<sup>2</sup> So die Begründung des E 1962 zur medizinischen Indikation, vgl. BT-Drucks. IV/650 S. 292.

<sup>3</sup> Vgl. dazu unten S. 143 ff.

<sup>4</sup> 6. Zivilsenat, vgl. BGHZ 86, 240 ff. (Leitsatz S. 240), BGHZ 89, 95 ff. (Leitsatz a, S. 95).

setzung jemals gäbe. Selbst in vielen katholischen Beratungsstellen wird heute nur noch vom „Abbruch“ gesprochen. Damit ist dem Gesetzgeber – ob bewußt oder unbewußt, sei hier dahingestellt – ein genialer semantischer Streich gelungen. Der eigentliche Tatbestand, nämlich die Tötung des ungeborenen Kindes, wird kaschiert und verharmlost<sup>5</sup>, psychologische Barrieren werden abgebaut. Soweit es die Wiedergabe von Zitaten nicht erfordert, wird der Ausdruck „Schwangerschaftsabbruch“ deshalb in dieser Arbeit vermieden. Der statt dessen häufig gebrauchte Begriff „Abtreibung“ kennzeichnet zwar als solcher den grausamen Sachverhalt ebenfalls nicht, ist aber immerhin, vor allem, weil er mit der ursprünglichen Gesetzesfassung in Verbindung gebracht wird<sup>6</sup>, klar negativ besetzt. Schlicht falsch ist der oft verwendete Terminus „*werdendes* Leben“; denn menschliches Leben *wird* nicht, sondern *ist* von Anfang an solches.<sup>7</sup> Worum es geht, ist die noch nicht erfolgte Geburt, und das sollte auch sprachlich zum Ausdruck kommen. Die Indikationen werden, wie allgemein üblich, als medizinisch-soziale (§ 218a I Nr. 2), eugenische (§ 218a II Nr. 1), kriminologische (§ 218a II Nr. 2) und soziale (§ 218a II Nr. 3) bezeichnet. Wenn von der „klassischen medizinischen“ Indikation die Rede ist, so sind die bereits vom Reichsgericht<sup>8</sup> anerkannten Fälle der Lebens- oder schweren Gesundheitsgefahr für die Mutter gemeint. Unter „vitaler“ Indikation werden nur Fälle verstanden, in denen das Leben der Mutter in Gefahr ist.

Am Anfang der Arbeit steht die Darstellung der Ausgangslage, d. h. der geltenden Gesetze, des Meinungsstandes zur Ausgangsfrage sowie der tatsächlichen Situation (1. Kapitel). Anschließend

<sup>5</sup> Vgl. auch *Lackner* NJW 1976, 1235; *Tröndle* in *Dreher/Tröndle* § 218 Rn. 2; eingehend *Geiger* Die neue Ordnung 1980, 81 ff.; vgl. auch BVerfGE 39, 1 ff. (46): „die jetzt übliche Bezeichnung als ‚Schwangerschaftsabbruch‘ kann diesen Sachverhalt (Tötungshandlung) nicht verschleiern“.

<sup>6</sup> In der von der ‚Tötung der Leibesfrucht‘ die Rede war; erst der nationalsozialistische Gesetzgeber hat durch die Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 9. 3. 1943 (RGBl. I S. 140 f.) und die dazu erlassene Durchführungsverordnung vom 18. 3. 1943 (RGBl. I S. 169 ff.) das Wort „Tötung“ durch den abschwächenden Terminus „Abtötung“ ersetzt.

<sup>7</sup> Vgl. dazu S. 59 f.

<sup>8</sup> RGSt 61, 242 ff.

folgt die Prüfung der Rechtfertigungsthese anhand einer Naturrechtslehre, nämlich der katholischen Morallehre (2. Kapitel). Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen verfassungsrechtliche (3. Kapitel) und strafrechtliche (4. Kapitel) Aspekte. Im Rahmen dieser beiden Kapitel wird die Rechtfertigungsthese einer Grundrechtsprüfung unterzogen, der objektivierte Wille des Gesetzgebers in bezug auf die Indikationenregelung ermittelt und Möglichkeiten wie Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung der Indikationen aufgezeigt. Am Schluß stehen die Konsequenzen des gewonnenen Ergebnisses und ein eigener Vorschlag zur Einordnung der Indikationen (5. Kapitel).

# 1. Kapitel: Ausgangslage

## I. Gesetzeslage

### 1. Entstehungsgeschichte der jetzigen Regelung

Das RStGB von 1871 drohte in § 218 für Eigen- und Fremdabtreibung als Regelstrafe ausnahmslos 5 Jahre Zuchthaus an. Durch Gesetz vom 18. 5. 1926<sup>1</sup> wurde die Zuchthausstrafe durch Gefängnisstrafe ersetzt. Mit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. 3. 1927 (RGSt 61, 242 ff.) erlangte dann die medizinische Indikation, d.h. das Vorliegen einer Lebens- oder schweren Gesundheitsgefahr für die Mutter, als Rechtfertigungsgrund für die Tötung ungeborenen Lebens weithin Anerkennung. Durch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses (ErbGesG) vom 14. 7. 1933<sup>2</sup> bzw. dessen Neufassung vom 26. 6. 1935<sup>3</sup> wurde die medizinische Indikation gesetzlich fixiert (§ 14 I ErbGesG).<sup>4</sup> Zudem wurde erstmals, allerdings nur im Zusammenhang mit der Durchführung einer Sterilisation, eine eugenische Indikation als zulässig anerkannt (§ 10a ErbGesG).<sup>5</sup> Durch die Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 9. 3. 1943<sup>6</sup> und die dazu erlassene Durchführungsverordnung vom 18. 3. 1943<sup>7</sup> verschärfte der nationalsozialistische Gesetzgeber die auf Abtreibung

---

<sup>1</sup> RGBl. I S. 239.

<sup>2</sup> RGBl. I S. 529 ff.

<sup>3</sup> RGBl. I S. 773.

<sup>4</sup> Zur gebietsweisen Fortgeltung des § 14 I ErbGesG nach dem Zweiten Weltkrieg vgl. *Lay* in LK (9. Aufl.) § 218 Rn. 43 f.

<sup>5</sup> Zur Unanwendbarkeit des § 10a ErbGesG vgl. *Lay* aaO Rn. 68.

<sup>6</sup> RGBl. I S. 140 f.

<sup>7</sup> RGBl. I S. 169 ff.