



Flensburg, 23. Oktober 2020

Stellungnahme Landtag Schleswig-Holstein, Petitionsausschuss
Petition L2119-19/1057: Gesundheitswesen; Aufrechterhaltung der medizinischen Grundversorgung für Schwangerschaftsabbrüche

Vielen Dank für die Einladung, als Professorin für Verfassungsrecht heute die Rechtslage rund um Schwangerschaftsabbrüche sachverständig erläutern zu dürfen.

Die verfassungsrechtliche wie einfachgesetzliche Lage rund um Schwangerschaftsabbrüche ist komplex – und sie ist auf für Jurist*innen nicht leicht zu durchschauen, sondern wirklich schwierig. Das liegt in allererster Linie an der komplizierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Das Gericht hat in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1975¹ und 1993² weitgehende und sehr detaillierte Vorgaben aus dem Grundgesetz abgeleitet. Vor allem die Entscheidung aus dem Jahr 1993 ist aktuell nach wie vor die Richtschnur für Diskussionen um die Ausgestaltung von Schwangerschaftsabbrüchen.

Weil das vom Karlsruher Gericht entwickelte Konzept so kompliziert ist, werde ich es in einem *ersten* Schritt gründlich darstellen. Denn dieses Konzept hat Auswirkungen darauf, wie Möglichkeiten von stationären Abbrüchen im Land Schleswig-Holstein heute ausgestaltet sein müssen.

In einem *zweiten* Schritt führe ich aus, warum ein ökumenischer Krankenhaus-träger sich nicht auf ein kollektives Recht berufen kann, Schwangerschaftsabbrüche zu verweigern, wenn sie nicht medizinisch notwendig sind. Eine ökumenische Trägergesellschaft, bestehend aus einem protestantischen und einem katholischen Träger, kann sich nämlich nicht auf eine einheitliche Glaubenslehre berufen. Dies zeigt sich schon daran, dass der protestantische Träger seit den 1990er Jahren bis jetzt in Flensburg Abbrüche problemlos vorgenommen hat.

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold,
LL.M. (Cambridge)
Leitung European Studies

Besucheranschrift
Auf dem Campus 1 B
Gebäude RIGA 8 | Raum RIG 801
24943 Flensburg

Tel. +49 461 805 2766
Fax +49 461 805 952587
anna-katharina.mangold@uni-flensburg.de

Sekretariat
Sabine Krüger
Susanne Mosmann

Raum RIG 814
Tel. +49 461 805 2019/2587
Fax +49 461 805 952587
Office.EUS@uni-flensburg.de

<http://europeanstudies.info/>
www.uni-flensburg.de

¹ BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I (1975).

² BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

Im abschließenden *dritten* Schritt erläutere ich die Anforderung des Bundesverfassungsgerichts an die Bundesländer, einen Landesplan aufzustellen, damit flächendeckend Möglichkeiten für ambulante und stationäre Abbrüche sichergestellt sind.

1. Das verfassungsrechtlich gebotenen Schutzkonzept bei Schwangerschaftsabbrüchen

Zunächst also zum verfassungsrechtlich gebotenen Schutzkonzept bei Schwangerschaftsabbrüchen.

In seiner Entscheidung von 1975 hatte das Bundesverfassungsgericht über eine Liberalisierung des Abtreibungsstrafrechts zu befinden. Die Gesetzgebungsorgane hatten sich nach einem sehr langen Prozess für eine Fristenlösung entschieden. In einer präzedenzlosen und noch heute atemberaubenden Konstruktion hat das Verfassungsgericht aus den Grundrechten die Folgerung abgeleitet, der Staat *müsse* strafrechtlich gegen Abbrüche vorgehen, diese also kriminalisieren – obwohl Grundrechte bis dahin gegen den Staat gerichtete liberale Abwehrrechte waren.

In einer zeitgenössischen Stellungnahme hatte der spätere Bundesverfassungsrichter Ernst-Wolfgang Böckenförde bereits darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht hier Entkriminalisierung und Legalisierung verwechsle: Den Schwangerschaftsabbruch zu entkriminalisieren, also nicht mehr mit Strafe zu bedrohen, sei zu unterscheiden von der Frage, ob die Rechtsordnung insgesamt Schwangerschaftsabbrüche legalisiere, mithin als rechtlich zulässig behandle.³ Die Rechtsordnung könne ein Verhalten als unrechtmäßig bewerten, ohne es gleich unter Strafe stellen zu müssen.

Im Zuge der Wiedervereinigung musste das Abtreibungsrecht neu geregelt werden. Denn in der DDR galt bei Abbrüchen eine Fristenlösung, in der BRD hingegen seit Mitte der 1970er Jahre eine sogenannte Indikationslösung: Nur bei Vorliegen bestimmter Indikationen war ein Abbruch strafrechtlich zulässig. Diese Indikationen waren medizinisch (Lebensgefahr für die Schwangere), kriminologisch (vorherige Vergewaltigung der Schwangeren), eugenisch (schwere Pathologie des Embryos) und schließlich sozial (besondere Notlage der Schwangeren). In dieser Situation Anfang der 1990er Jahre entschieden sich die Gesetzgebungsorgane für einen Mittelweg: die Beratungslösung. Nach Beratung sollten Schwangerschaftsabbrüche straffrei sein, weil ein Rechtfertigungsgrund vorliege. Die Konstruktion bestand also darin zu sagen, dass eine vorherige Beratung den Abbruch strafrechtlich rechtfertige.

Darüber hatte im Jahr 1993 wiederum das Bundesverfassungsgericht zu befinden, dem Böckenförde inzwischen angehörte: In einer ausgesprochen anspruchsvollen Entscheidung entwickelte das Gericht eine feinselierte Unterscheidung. In der Frühphase der Schwangerschaft, nämlich in den ersten 12 Wochen, sei es den Gesetzgebungsorganen verfassungsrechtlich möglich, einen Schwangerschaftsabbruch nach ordnungsgemäßer Beratung zu entkriminalisieren. Ein Abbruch dürfe freilich nicht allein wegen der vorherigen Beratung als gerechtfertigt angesehen werden. Eine Beratung sei nicht das Gleiche wie die Feststellung echter Notlagen, also von Indikationen, die allein als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe akzeptiert werden könnten. Dementsprechend dürfe ein Abbruch nach Beratung schon gar nicht tatbestandlich sein, also überhaupt nicht in den Bereich des Strafrechts fallen.

In der Folge dieser Entscheidung wurde das Abtreibungsstrafrecht so ausgestaltet, wie es im Wesentlichen noch heute gilt. Hervorzuheben ist, dass eine Abtreibung nach vorheriger Beratung den strafrechtlichen Tatbestand des Schwangerschaftsabbruches nach § 218 StGB *nicht* verwirklicht. So steht es explizit in § 218a

³ Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, S. 2089 (Fn. 25).

Abs. 1 StGB. Der Abbruch nach vorheriger Beratung ist also nicht strafbewehrt, ja er erfüllt nicht einmal den Tatbestand des § 218 StGB.

2. Kein Recht für ökumenischen Krankenhausträger, Schwangerschaftsabbrüche auszuschließen

Dürfen Krankenhäuser nun Schwangerschaftsabbrüche grundsätzlich ablehnen?

Das Bundesverfassungsgericht hat 1993 festgehalten: Einzelne Ärzt*innen müssen an Schwangerschaftsabbrüchen mitwirken dürfen, ohne Strafe fürchten zu müssen; allerdings dürfen ihnen auch keine Nachteile erwachsen, wenn sie sich weigern, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen.⁴ Dieser Grundsatz findet sich sowohl in § 12 Abs. 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz wie auch in der Berufsordnung der Ärztekammer Schleswig-Holstein.⁵ Das Weigerungsrecht entfällt nach § 12 Abs. 2 SchKG nur, wenn es gilt, „von der Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden“.

Im Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist das Weigerungsrecht ersichtlich auf die einzelne an einem Abbruch mitwirkende Person bezogen. Konkret ist im Urteil von „dem Arzt“ die Rede. § 12 Abs. 1 SchKG besagt weitergehend, dass „niemand verpflichtet [sei], an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken“. In der Gesetzesbegründung zur inhaltsgleichen vorherigen Vorschrift⁶ wird dieses Weigerungsrecht wie folgt erläutert:

„Diese Vorschrift ist Ausfluß der Gewissensfreiheit. Sie räumt sowohl Ärzten, Schwestern und anderem Hilfspersonal als auch den verantwortlichen Leitern der Krankenhäuser das Recht ein, die Mitwirkung an einem legalen Schwangerschaftsabbruch zu versagen oder die Durchführung des Eingriffs in dem betreffenden Krankenhaus zu untersagen.“⁷

Diese Gesetzesbegründung ist in sich widersprüchlich. Denn die Gewissensfreiheit ist gerade ein individuelles Recht, das den Einzelnen einen Freiraum gibt, nicht zu gegen ihr Gewissen verstoßenden Handlungen gezwungen zu werden. Die Gewissensfreiheit hat anders als die Glaubensfreiheit gerade keine kollektive Dimension, weil sie die „innere moralische Steuerung“ der Einzelnen schützt.⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat das Weigerungsrecht zudem aus dem ärztlichen Berufsbild abgeleitet, das für die Einzelnen konstitutiver Teil ihrer Persönlichkeit sein kann.⁹ Auch dies ist ein individuelles Grundrecht.

Keines dieser individualschützenden Rechte kann nun ein Recht verleihen, andere Personen zur Befolgung der eigenen Gewissensüberzeugung oder des eigenen ärztlichen Berufsbildes zu zwingen, denn hierbei handelt es sich um höchstpersönliche Entscheidungen. Wollte man das Weigerungsrecht auch auf Kollektive wie Krankenhausträger erstrecken, so könnte sich ein solches Weigerungsrecht jedenfalls nicht mehr auf Verfassungsgründe stützen.

⁴ BVerfGE 88, 203, einerseits 289, andererseits 294 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

⁵ § 14 Berufsordnung der Ärztekammer Schleswig-Holstein i.d.F. vom 12. Juni 2019, veröffentlicht am 2. Juli 2019.

⁶ Zur Gesetzgebungshistorie Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Sachstand: Zum Weigerungsrecht von Krankenhäusern, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, 28. November 2019, WD 9 - 3000 - 087/19, S. 5 f.

⁷ Zu § 218g StGB i.d.F. des 5. Strafrechtsreformgesetzes, BT-Drs. 7/554, S. 8.

⁸ Morlok, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 93.

⁹ Schutz des durch das ärztliche Berufsbild geprägten Persönlichkeitsrechts nach Artikel 2 Absatz 1 i. V. m. Artikel 12 Absatz 1 GG, BVerfGE 88, 203, 294 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

Die Gewissensfreiheit hat im Verhältnis zur Glaubensfreiheit eine Auffangfunktion.¹⁰ Denkbar wäre eine Ableitung des Weigerungsrechts aus der Glaubensfreiheit, die eine kollektive Dimension hat und damit kirchlichen Trägern durchaus gestatten kann, für ihre Krankenhäuser Abbrüche aus Glaubensgründen gänzlich auszuschließen.

Diese Konstellation ist in Flensburg allerdings nicht einschlägig, weil sich eine ökumenische Trägergesellschaft nicht plausibel auf eine gemeinsame ökumenische Glaubenslehre berufen kann. Es gibt nämlich keine ökumenische Glaubenslehre. Das folgt schon aus der Tatsache, dass das evangelische Diakonissenkrankenhaus bislang Abbrüche angeboten hat.

Dementsprechend gibt es kein Weigerungsrecht für Krankenhausgesellschaften, sondern nur für einzelne Personen, die diese Entscheidung je als höchstpersönliche für sich selbst zu treffen haben.

3. Die Pflicht des Landes, Einrichtungen für ambulante wie stationäre Abbrüche vorzuhalten

Bleibt die dritte Frage, welche Vorgaben das Bundesverfassungsgericht gemacht hat für die Versorgung mit Einrichtungen, die Abbrüche vornehmen

In seiner Entscheidung von 1993 hatte das Gericht zu entscheiden, ob der Bund den Ländern vorschreiben dürfe, dass sie „ein ausreichendes und flächendeckendes Angebot sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherstellen“.¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage bejaht. Das Gericht befand,

„daß der Staat zur Verwirklichung des Schutzkonzepts für das Bereitstehen ärztlicher Hilfe zum Abbruch der Schwangerschaft in einer Entfernung zu sorgen hat, die von der Frau nicht die Abwesenheit über einen Tag hinaus verlangt“.¹²

Zur Begründung führte das Gericht einerseits den Lebensschutz an, denn bei kurzen Anreisewegen erfolge die ärztliche Beratung und Behandlung nicht unter Zeitnot.¹³ Andererseits könne ein kurzer Weg der Schwangeren

„eine Hilfe in der Not sein, wenn sie für einen ersten Arztbesuch die An- und Rückreise - auch mit öffentlichen Verkehrsmitteln - an einem Tag bewältigen kann. Es wird ihr leichter, die Betreuung eigener Kinder während ihrer Abwesenheit zu regeln; der Arbeit braucht sie nur für eine relativ kurze Zeit fernzubleiben.“¹⁴

In Umsetzung der Entscheidung ist seither in § 13 Abs. 2 Schwangerschaftskonfliktgesetz geregelt:

„Die Länder stellen ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicher.“

In Schleswig-Holstein regelt grundsätzlich das „Gesetz zur Ausführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes des Bundes“¹⁵ die Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben im Bereich der Krankenhausplanung.

¹⁰ Morlok, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 97.

¹¹ BVerfGE 88, 203, 328 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

¹² BVerfGE 88, 203, 331 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

¹³ BVerfGE 88, 203, 330 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

¹⁴ BVerfGE 88, 203, 330 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

¹⁵ AG-KHG SH, zuletzt geändert durch Ges. v. 12.12.2018, GVBl. 2019 S. 2. <http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/?quelle=jlink&query=KHFinGAG+SH&psml=bsshoprod.psml&max=true&aiz=true#jlr-KHFinGAGSHpP1>

Nach dessen § 1 stellen das Land, die Kreise und kreisfreien Städte [...] die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhäusern „in öffentlich-rechtlicher, freigemeinnütziger oder privater Trägerschaft“ sicher, wobei die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten ist. Nach § 3 werden in dem Krankenhausplan „die für eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung erforderlichen Krankenhäuser“ aufgenommen.

In einem Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages wurde unlängst die verbreitete Auffassung wiedergegeben, stationäre Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen müssten nicht in die Krankenhausplanung aufgenommen werden, weil es sich nicht um Leistungen handele, die herkömmlich von Krankenhäusern als Heilbehandlungen angeboten werden müssten.¹⁶ Es mag sein, dass dies nicht im Wege der Krankenhausplanung zu erfolgen hat.

Zu bedenken ist allerdings die verfassungsgerichtliche Vorgabe von 1993, dass die Länder wenn nicht im Wege der Krankenhausplanung, dann auf anderem planerischen Wege ein angemessenes und flächendeckendes Angebot an Einrichtungen sicherstellen müssen, die ambulante und stationäre Abbrüche vornehmen.¹⁷ Um das Bundesverfassungsgericht noch einmal zu zitieren: Die Länder haben

„für ein ausreichendes Angebot an Abbrucheinrichtungen auch in der Fläche des Landes im Sinne einer Auswahlmöglichkeit zwischen stationären und ambulanten Einrichtungen zu sorgen.

Eine so verstandene Sicherstellung verlangt ein umfassendes Konzept jeweils für das ganze Land. Gefordert sein können flächenbezogene Erhebungen des voraussichtlichen Bedarfs und der bereits vorhandenen Einrichtungen sowie - ähnlich wie bei der Krankenhausplanung - eine landesweite infrastrukturelle Planung, in welche die Einrichtungen privater, freigemeinnütziger, kommunaler oder staatlicher Träger aufzunehmen und aufeinander abzustimmen sind. Sollen Einrichtungen zum Schwangerschaftsabbruch privaten oder kommunalen Krankenhausträgern zur Pflicht gemacht werden, so bedarf es hierzu gesetzlicher Regelungen, durch die in einer rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Bestimmtheit Maßstäbe und Befugnisse für die erforderlichen behördlichen Anordnungen festgelegt werden.“¹⁸

Das Land Schleswig-Holstein ist dieser bundesrechtlich übertragenen, verfassungsrechtlichen Pflicht bislang offenbar nicht nachgekommen, wie aus einer aktuellen Antwort auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Birte Pauls hervorgeht.¹⁹ Das vom Bundesverfassungsgericht geforderte „umfassendes Konzept für das ganze Land“ ist 27 Jahre nach dem Urteil noch nicht erstellt, wie der Flensburger Fall nun zeigt.

Ich fasse zusammen:

Schwangerschaftsabbrüche nach der Beratungslösung sind seit 1993 entkriminalisiert. Nur einzelne Personen dürfen sich aus Gewissensgründen weigern, Abbrüche vorzunehmen; Krankenhausträger nur dann, wenn sie sich plausibel auf ihre Glaubensüberzeugungen berufen können. Das Land Schleswig-Holstein muss nach den verfassungsgerichtlichen Vorgaben ein umfassendes Konzept erstellen, um ein ausreichendes Angebot an Abbrucheinrichtungen auch in der Fläche des Landes sicherzustellen.

¹⁶ Vgl. § 2 Nummer 1 KHG. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Sachstand: Zum Weigerungsrecht von Krankenhäusern, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, 28. November 2019, WD 9 - 3000 - 087/19, S. 11 f. m.w.N.

¹⁷ BVerfGE 88, 203, 328 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

¹⁸ BVerfGE 88, 203, 329 – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

¹⁹ Kleine Anfrage der Abgeordneten Birte Pauls (SPD) und Antwort der Landesregierung - Minister für Soziales, Gesundheit, Jugend, Familie und Senioren vom 16.10.2020, LT-Drs 19/2463: Versorgungssituation bei Schwangerschaftsabbrüchen in Schleswig-Holstein.