

Entscheidung des BGH im „Memminger Abtreibungsprozeß“ (NJW 1992, 763 ff)

K. Ulsenheimer
Rechtsanwalt, München

Die außerordentliche Publizität, die der „Memminger Abtreibungsprozeß“ in den Medien gefunden hat und die Problematik der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs gegenwärtig in der Öffentlichkeit findet, darf den Blick nicht für die Tatsache verstellen, daß trotz einer (geschätzten) Zahl von jährlich 300 000–350 000 Abtreibungen die Kriminalstatistik Jahr für Jahr nur ganz wenige Verurteilungen (1980: 30; 1985: 10; 1990: 7) ausweist. Die praktische Bedeutung der §§ 218 ff StGB für den Arzt im Justizalltag steht also fast im umgekehrt proportionalen Verhältnis zu Intensität, Dauer und Schärfe der vorwiegend von unterschiedlichen weltanschaulichen Grundpositionen geprägten Auseinandersetzungen. Zu der Vielfalt und Vielzahl der dabei vorgetragenen rechtlichen, ethisch-moralischen, medizinischen, theologisch-philosophischen, soziologischen und psychologischen Argumente oder Aspekte hatte der Bundesgerichtshof nicht Stellung zu nehmen, doch setzt diese erste Entscheidung eines Strafsenats des BGH zum 1975 reformierten Abtreibungsrecht „einige deutliche Markierungen“ (Kluth JZ 1972, 534).

Daher ist die nachstehend in Auszügen wiedergegebene Entscheidung für jeden Arzt, insbesondere aber für den Gynäkologen, von erheblicher Tragweite in seiner täglichen Berufsausübung. Denn zum einen geht es um den Begriff der „ärztlichen Erkenntnis“ (§ 218 a, Abs. 1, Nr. 2, Abs. 2

StGB) und die damit aufgeworfene Frage nach der Reichweite des ärztlichen Beurteilungsspielraums bzw. den Grenzen richterlicher Nachprüfung der Entscheidung des Arztes. Zum anderen geht es um die Zulässigkeit der Beschlagnahme und Verwertung ärztlicher Patientenkarteen beim Verdacht auf eine strafbare Handlung, hier den unzulässigen Abbruch der Schwangerschaft.

Zur Auslegung des Begriffs „nach ärztlicher Erkenntnis“ in § 218 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB

1. Insofern werden im juristischen Schrifttum drei Auffassungen vertreten:

- die volle inhaltliche Nachprüfbarkeit der Indikationsstellung des Arztes durch das Gericht,
- Die ausschließliche Kompetenz des Arztes bezüglich der Indikationsbeurteilung, die Unwiderlegbarkeit der ärztlichen Erkenntnis, die Überprüfbarkeit allenfalls im Hinblick auf „Willkür“ und
- die Zulässigkeit der richterlichen Nachprüfung nur bezüglich der Vertretbarkeit der Indikationsstellung und damit die Anerkennung eines „gewissen ärztlichen Beurteilungsspielraums“.

Da der Arzt über die Indikationsvoraussetzungen im einzelnen Fall auf der Grundlage des (objektiven) gegenwärtigen Stands der (schul-)medi-

zinischen oder sonstigen einschlägigen Wissenschaft zu entscheiden hat, „die Beurteilung“ nach ärztlicher Erkenntnis „jedenfalls auch objektiven Grundsätzen folgen muß“ (NJW 1992, 763, 766), ist sie *insoweit richterlich nachprüfbar*. Ausdrücklich hebt der BGH hervor:

„Der Abbruch der Schwangerschaft durfte und sollte nicht freiem ärztlichen Belieben überlassen werden. Die Erkenntnis einer Person ist nicht schon deshalb eine ‚ärztliche‘ weil diese Person Arzt ist; die Erkenntnis verdient diese Bezeichnung nur, wenn der Arzt, der sie gewinnt, hierbei die Regeln seines Berufs beachtet“.

Fraglich kann daher nach Auffassung des BGH nicht sein, „ob die Entscheidung des abbrechenden Arztes richterlich überprüfbar ist, sondern nur, wie weit diese Überprüfbarkeit reicht“.

2. Aus dem Sinn der Vorschrift des § 218 a StGB, der Systematik der gesetzlichen Regelung in ihrer Gesamtheit und aufgrund der Kurzfristigkeit der zu treffenden Entscheidung muß dem Arzt ein *eigener Beurteilungsspielraum* verbleiben (BGH a. a. O., S. 767). Insofern erkennt der BGH ausdrücklich an, daß der Arzt bei seiner Entscheidung „die Gewißheit haben muß, nicht gegen das Strafgesetz zu verstoßen, wenn er entsprechend den Regeln seines Standes und nach seiner pflichtgemäßen Erkenntnis zu der Überzeugung gelangt, eine Indikation sei gegeben. Ihm kann nicht zugemu-

tet werden, das volle strafrechtliche Risiko einer (aus der späteren Sicht anderer Personen) objektiv „falschen“ Entscheidung zu tragen; dies um so weniger, als die Fassung des Gesetzes wertende Entscheidungen verlangt, die zwangsläufig im erheblichen Umfang nicht oder jedenfalls nicht voll objektivierbar sind“.

3. Zur Frage der Reichweite des Beurteilungsspielraums führt der BGH aus:

„Bejaht der Arzt eine Indikation und bricht er die Schwangerschaft ab, ohne die der Bedeutung des Eingriffs angemessenen, ihm möglichen und nach ärztlichem Standesrecht gebotenen Wege der Aufklärung genutzt zu haben, so handelt er nicht „nach ärztlicher Erkenntnis“.

Allerdings ist der Arzt nicht verpflichtet, sich gleichsam als Ermittlungsbehörde zu betätigen und an andere Personen und Einrichtungen heranzutreten als bei sonstiger ärztlicher Behandlung, zumal nicht gegen den Willen der Frau. Er ist auf die Erkenntnismittel angewiesen, die ihm auch sonst zur Verfügung stehen. Er verletzt die Pflicht zur gewissenhaften Prüfung der Indikationslage in der Regel nicht, wenn er nicht an Eltern, an öffentliche oder private Sozialeinrichtungen herantritt. Die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel freilich, in erster Linie die Befragung der Patientin, muß er ausschöpfen, wobei er sich nicht auf die rein medizinischen Gesichtspunkte beschränken darf. Jeder Arzt muß sich über die seiner Fachrichtung und seiner speziellen Tätigkeit entsprechenden Erfordernisse unterrichten und ihnen nachkommen; das gilt auch für den Arzt, der Schwangerschaftsabbrüche vornimmt.

Die richterliche Prüfung, ob die ärztliche Entscheidung vertretbar war, die Schwangerschaft abzubrechen, kann nicht bei der Feststellung haltmachen, die ärztliche Sachverhaltsaufklärung sei nicht zu beanstanden. Der Richter muß sich notwendigerweise mit der dann getroffenen Entscheidung befassen; denn auch die aufgrund richtiger Sachverhaltsfeststellung getroffene Entscheidung kann nach – objektiv verstandener – ärztlicher Erkenntnis eine offenbar unzureichende Grundlage haben, also unvertretbar sein.

Freilich ist hier Zurückhaltung geboten. Gegen eine ins einzelne gehende Überprüfung könnte insbesondere eingewendet werden, zur Beurteilung, ob die in § 218 a StGB genannten Voraussetzungen vorlägen, stellen Gesetz, Rechtswissenschaft und ärztliche Wissenschaft nur unzulängliches Rüstzeug zur Verfügung“.

4. Ausdrücklich erkennt der BGH auch die medizinisch-soziale Indikation gemäß § 218 a, Abs. 1, Nr. 2 „im

Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die mit ihr im Einklang stehende Gesetzesfassung“ als *Rechtfertigungsgrund* an und wendet sich damit gegen die teilweise im Schrifttum und neuerdings vom Bayerischen Obersten Landesgericht (NJW 1990, 2328, 2330) vertretene Auffassung, die der sozialen Indikation nur eine entschuldigende Wirkung beimißt.

5. Ob die vom abbrechenden Arzt getroffene Entscheidung nach ärztlicher Erkenntnis vertretbar war oder nicht, ist in erster Linie von der Tatsacheninstanz zu entscheiden. Beispielhaft führt der Senat allerdings eine Reihe von Fällen an, in denen der Schwangerschaftsabbruch nicht vertretbar ist, „auch unter Einrechnung der im Verlauf der Begegnung von Arzt und Patientin zutage getretenen Unwägbarkeiten“:

„Daß etwa nichteheliche Erzeugung, ablehnende Haltung des Vaters, Verzögerung der Berufsausbildung der Mutter und andere – keinesfalls leicht zu nehmende – Umstände für sich allein nicht ausreichen, den Abbruch der Schwangerschaft zu rechtfertigen, ist anerkannt. Ausgeschlossen ist auch, die Zahl der von der Schwangeren schon geborenen Kinder für sich allein zum Maßstab zu nehmen. Sie kann – wie alle anderen Gesichtspunkte – nur von Bedeutung sein, wenn das Austragen dieses Kindes unter Berücksichtigung der sonstigen Gegebenheiten die Gefahr einer Notlage begründet“.

Zum Problemkreis der Beschlagnahme und Verwertung der Patientinnenkartei

1. Bei einer Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht bzw. bei der Einwilligung der Patientin ist die Beschlagnahme ihrer ärztlichen Karteikarte oder jedenfalls deren Verwertung zulässig (vgl. auch BGHSt 25, 168, 170).

2. Das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO „dient dem Zweck, die Umgehung und Aushöhlung des Zeugnisverweigerungsrechtes der in §§ 52, 53 StPO genannten Personen“ (also z. B. des Arztes) zu verhindern. „Mit der Beschlagnahme beim Beschuldigten befaßt sich die Vorschrift nicht, was sich aus ihrem Wortlaut sowie ihrer

Bedeutung im Zusammenhang der Regelung ergibt; das entspricht fast einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum“.

3. Eine Durchsuchung, Beschlagnahme und Verwertung der Patientinnenkarteikarten verletzen nach Ansicht des BGH auch nicht Grundrechte des in einem Strafverfahren beschuldigten Arztes oder der Patientinnen:

„Daß die Wahrheitsermittlung im Strafverfahren die privaten Geheimhaltungsbelange des Patienten überwiegen kann, wenn der Arzt selbst Beschuldigter ist, hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt. Voraussetzung ist, daß der Einblick in die Patientinnenkartei zur Aufklärung erforderlich ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht widerspricht (BVerfGE 32, 373). Beides ist der Fall.

Der Einblick in die Kartei der Patientinnen war im vorliegenden Fall der zuverlässigste und dadurch für die Beteiligten zugleich schonendste Weg der Ermittlung. Den Delikten der §§ 218 ff StGB ist eigen, daß sich die Tat zwischen der Schwangeren und der die Schwangerschaft abbrechenden Person, hier dem beschuldigten Arzt, abspielt und darüber hinaus allenfalls nahe Angehörige oder sonstige eng vertraute Personen über näheres Wissen verfügen. Ermittlungen im Umfeld des Arztes oder der Schwangeren lassen wenig zuverlässige Aufklärung erhoffen oder müßten – umgekehrt – sehr breit und zugleich intensiv angelegt sein, sollten sie einigen Erfolg versprechen. Dann ist freilich eine Beschränkung auf den Kreis der unmittelbar Beteiligten kaum mehr möglich. Andererseits ist der Abbruch der Schwangerschaft nach § 218 StGB ein Delikt von erheblichem Gewicht; die beschriebenen Widrigkeiten der Aufklärung dürfen nicht dazu führen, daß verbotener Schwangerschaftsabbruch faktisch nicht verfolgt wird. Eben darauf liefe aber letztlich die Auffassung des Angeklagten hinaus, auf die Karteikarten dürfe generell nicht für Zwecke des Strafverfahrens zurückgegriffen werden“.

4. Nach Pressemitteilungen (vgl. FAZ v. 26. 2. 1992) hat der Angeklagte gegen das Urteil des BGH *Verfassungsbeschwerde* wegen der Beschlagnahme der Krankenunterlagen und wegen des Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erhoben.

Prof. Dr. Dr. K. Ulsenheimer
Maximiliansplatz 12/IV
W-8000 München 2