

## Der rechtsfreie Raum als Begründung für den straflosen Schwangerschaftsabbruch?

### I. Einleitung

Der Schwangerschaftsabbruch war und ist eines der größten Probleme im juristischen Diskurs der Bundesrepublik Deutschland. Es ist die Frage, wie man einen Schwangerschaftsabbruch straffrei lassen kann, ohne sich dem Vorwurf der ineffektiven Rechtsordnung auszusetzen. Eine Frage, die nicht nur in Deutschland beantwortet werden musste, sie stellte und stellt sich überall. Sie wirft rechtsdogmatische, rechtstechnische, aber vor allem auch sittlich-moralische Fragen auf, zu denen nicht nur Juristen im Laufe der letzten 40 Jahre umfassend Stellung bezogen haben. Zudem handelt es sich um ein alltägliches soziales Phänomen, sodass sich jeder dazu im Stande sieht, eine Meinung zu bilden. Auch das Bundesverfassungsgericht sah sich selbst vor „vielfältige[n] Probleme[n] biologischer, insbesondere humangenetischer, anthropologischer, ferner medizinischer, psychologisch, sozialer, gesellschaftspolitischer und nicht zuletzt ethischer und moraltheologischer Art [...], die Grundfragen menschlicher Existenz berühren.“<sup>1</sup>

In diesem Vortrag soll es nicht darum gehen, der Meinungsvielfalt eine weitere Stellungnahme, nämlich meine eigene, hinzuzufügen. Es kann auch nicht darum gehen, den bundesrepublikanischen Diskurs auch nur annähernd vollständig wiederzugeben. Vielmehr möchte ich den Blick zunächst auf ein entscheidendes rechtstheoretisches Dilemma richten, das auch die heutige Rechtslage noch auszeichnet. Dazu möchte ich einen Überblick geben über die Entwicklung der Strafbarkeit von Schwangerschaftsabbrüchen in Deutschland. Danach möchte ich das Konzept des rechtsfreien Raumes erläutern, wie es in der Diskussion um den Schwangerschaftsabbruch vorgebracht wurde. Die Leitfrage schließlich wird sein, ob es sich dabei um ein sinnvolles Modell handelt, das auch heute noch helfen könnte, den Schwangerschaftsabbruch zu handhaben oder ob das Konzept nur ein hilfloser Versuch

---

<sup>1</sup> BVerfGE 39, 1, 35f.

ist, ein gewünschtes Ergebnis in ein Gewand zu kleiden, das nur scheinbar eine Lösung bietet, weil es das Etikett „rechtstheoretisch“ trägt.

Mein Blick richtet sich auf Deutschland, allerdings sind die Probleme in Italien die gleichen. Die heutige italienische Rechtslage ist, so glaube ich, der deutschen ähnlich und die theoretischen Überlegungen sind universell und nicht auf Deutschland bezogen.

Nun also zu der Rechtsentwicklung in Deutschland. Dabei ist mein Blick stets auf den Endpunkt der Entwicklung, nämlich die heutige Rechtslage gerichtet, weshalb ich nicht alle Reformbemühungen und Wirrungen darstellen werde.

## II. Die Rechtsentwicklung in Deutschland<sup>2</sup>

Zunächst eine theoretische Vorbemerkung: Wann und wie kann man einen straflosen Schwangerschaftsabbruch ermöglichen?

Als gesetzestechnische Grundmodelle zur Begründung strafloser Schwangerschaftsabbrüche sind drei Ansätze vorstellbar: Das Indikationenmodell, das Fristen- und das Beratungsmodell.

Mit dem **Indikationenmodell** werden Schwangerschaftsabbrüche dann nicht bestraft, wenn bestimmte Umstände – Indikationen – vorliegen, die eine Straflosigkeit rechtfertigen. Solche Umstände sind etwa die Bedrohung des Lebens der Schwangeren durch die Schwangerschaft, die sog. medizinische Indikation, oder eine soziale Notlage, in die die Schwangere bei Fortsetzung der Schwangerschaft gerät (soziale Indikation). Vorstellbar sind außerdem eine kriminologische Indikation, wenn die Schwangerschaft durch eine Vergewaltigung herbeigeführt wurde und eine eugenische – oder um einen weniger belasteten, obwohl inhaltsähnlichen Begriff zu verwenden: embryopathische – Indikation. Diese liegt vor, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit ein genetischer Defekt oder eine sonstige Behinderung des Neugeborenen zu erwarten ist.

Das **Fristenmodell** verlangt für die Straflosigkeit ausschließlich die Einhaltung einer bestimmten Frist nach der Empfängnis. Danach wären Schwangerschaftsabbrüche etwa innerhalb von 12 Wochen oder 90 Tagen nach der Einnistung der Eizelle nicht zu bestrafen.

Schließlich noch das **Beratungsmodell**, das die Straflosigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs an das Durchlaufen eines Beratungsverfahrens knüpft.

---

<sup>2</sup> Meine Darstellung stützt sich im Wesentlichen auf den sehr lesenswerten, instruktiven Artikel: *Satzger*, Der Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB), in: JURA 2008, 424-434.

Bei diesen Modellen handelt es sich um Grundkonzeptionen, die in rechtlichen Regelungen kombiniert werden können und in der Rechtspraxis auch vielfach kombiniert wurden. Die Kombinationsmöglichkeiten lassen sich auch an der Rechtsentwicklung des deutschen Strafrechts seit 1871 ablesen.

Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 stellte den Schwangerschaftsabbruch generell unter Strafe. Der damalige § 218 Abs. 1 lautete:

*Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.*

In Absatz 3 wurden Dritte ebenfalls mit Strafe bedroht, die den Abbruch bei der Schwangeren vornahmen. Hinzu kam in § 219 RStGB eine Erhöhung des Strafrahmens auf zehn Jahre Zuchthaus, für denjenigen, der gegen Entgelt eine Abtreibung durchführte. Regelungen für einen straflosen Schwangerschaftsabbruch fehlten völlig. Allerdings erkannte das Reichsgericht durchaus die medizinische Indikation an.<sup>3</sup> Wenn also das Leben einer Schwangeren durch die Fortsetzung der Schwangerschaft gefährdet wurde und deshalb ein Schwangerschaftsabbruch durchgeführt wurde, wurde dieser nicht bestraft, da ein „übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund“ eingriff. Diesen Rechtszustand könnte man also als äußerst repressives Indikationenmodell qualifizieren.

Da also ein Schwangerschaftsabbruch nur sehr selten straflos war, gab es früh zahlreiche Reformüberlegungen und -diskussionen. Kurt Hiller, der auch am Ende dieses Semesters noch zu Wort kommen darf, lehnte eine Strafbarkeit generell ab und stellte auch den Schwangerschaftsabbruch unter das Recht über sich selbst. Wie an vielen Stellen ist seine Argumentation allerdings recht oberflächlich und polemisch und es ist heute sicher nicht mehr haltbar, ein mögliches Recht des Fötus als „das primitivste unter allen Argumenten“<sup>4</sup> abzulehnen. Seine Schlussfolgerung, dass der Fötus kein menschliches Individuum sei, daher nicht rechtsfähig und damit keine Rechte haben kann, ist heute nicht mehr zu diskutieren.

Zu einer wirklichen Reform kam es erst in den 1970er Jahren. Ausgangspunkt war die Feststellung, dass pro Jahr zwischen 75 000 und 300 000 illegale Abtreibungen durchgeführt wurden und gleichzeitig nur etwa 300 Personen aufgrund von §§ 218f. bestraft wurden. Das „reformpolitische Anliegen [war also], schwangeren Frauen durch

---

<sup>3</sup> RGSt 61, 242, 247.

<sup>4</sup> Hiller, Das Recht über sich selbst, 1908.

Zurücknahme der Strafdrohung eine legale Möglichkeit zur Konfliktlösung zu eröffnen.“<sup>5</sup> Das reformwillige Lager spaltete sich in Befürworter des Fristenmodells und der Indikationenlösung. Erstere setzten sich durch und so wurde im Rahmen des 5. Strafrechtsreformgesetzes von 1974 eine Fristenlösung eingeführt, die bis zur 12. Schwangerschaftswoche Abbrüche gestattete.

Dagegen wendete sich jedoch das Bundesverfassungsgericht mit seinem 1. Urteil zum Schwangerschaftsabbruch vom 25.2.1975. Es erklärte die Fristenregelung für nichtig. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schütze das „sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut“. Den Staat treffe eine umfassende Schutzpflicht; er müsse sich „schützend und fördernd“ vor das werdende Leben stellen, und zwar auch gegenüber der Mutter.<sup>6</sup> Ein Rücktritt dieses Lebensschutzes hinter das Selbstbestimmungsrecht der Mutter sei mit den Wertungen des Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar und die Rechtsordnung müsse folglich „von einer Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft ausgehen, ihren Abbruch also grundsätzlich als Unrecht ansehen.“<sup>7</sup> Eben diese Vorgabe werde jedoch bei einer generellen Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs vor Ablauf einer Frist verletzt – wenn diese unabhängig davon ist, ob die Fortsetzung der Schwangerschaft im konkreten Fall noch zumutbar ist.

Als Reaktion darauf wurde 1976 ein eindeutiges Indikationenmodell eingeführt, das sowohl die medizinische und kriminologische, als auch eine soziale Notlagenindikation und sogar eine embryopathische Indikation enthielt. Dies galt ohne größere Änderung auch bis zu Wiedervereinigung Deutschlands.

Mit dem Einigungsvertrag kam es jedoch zu Problemen, denn in der DDR galt eine reine Fristenlösung, die zunächst auch noch in diesen Gebieten weiter galt. Eine gesamtdeutsche Lösung musste geschaffen werden. 1992 kam es zu einer Neuregelung, die ein Mittelweg darstellen sollte und als „Notlagenmodell auf Selbsteinschätzungsbasis“<sup>8</sup> bezeichnet wurde. Auch diese gesetzgeberische Tat hatte nur eine kurze Lebensdauer, denn am 28.5.1993 erging das 2. Schwangerschaftsabbruchsurteil des Bundesverfassungsgerichts. Es hielt ein Beratungskonzept für die Frühphase der Schwangerschaft grundsätzlich für akzeptabel, um der Schutzpflicht des Staates gegenüber dem ungeborenen Leben auch anders als

---

<sup>5</sup> Satzger, a.a.O., S. 426.

<sup>6</sup> BVerfGE 39, 1, insb. 36ff.

<sup>7</sup> BVerfGE 39, 1, 53.

<sup>8</sup> Eser im Schönke/Schröder – StGB Kommentar, zit. n. Satzger, a.a.O., S. 426.

durch Einsatz des Strafrechts nachzukommen. Dennoch müsse der Gesetzgeber sich an einige Mindeststandards halten, „insbesondere müsse gewährleistet sein, dass ein Schwangerschaftsabbruch für die gesamte Dauer der Schwangerschaft stets als Unrecht angesehen werde. Würde die Rechtspflicht zum Austragen des Kindes auch nur zeitweise aufgehoben, würde das grundrechtlich geschützte Leben des nasciturus insoweit preisgegeben und die Entscheidung darüber in die Hände eines Dritten gelegt.“<sup>9</sup> Ein Schwangerschaftsabbruch innerhalb einer bestimmten Frist, nach vorheriger Beratung, aber ohne Indikation, könne niemals gerechtfertigt sein. Das Bundesverfassungsgericht stellte den Gesetzgeber damit vor eine schwierige Situation: Es solle möglich sein, in der Frühphase einen Abbruch nach Beratung durchzuführen, gleichzeitig müsse dies aber weiterhin rechtswidrig sein. Diese Situation löste der Gesetzgeber schließlich mit einer Gesetzesänderung im Jahr 1995, das den heutigen Rechtszustand einführte:

In § 218 I 1 StGB wird die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruch als Grundsatz festgelegt. In Absatz 2 gibt es Strafschärfungen und in Absatz 3 eine Privilegierung der Mutter durch einen niedrigeren Strafrahmen.

Interessanter ist § 218a StGB, der die Straffreistellungsgründe beinhaltet. Der Begriff Straffreistellungsgründe ist bewusst gewählt, denn wie wir jetzt sehen werden, enthält diese Norm dogmatisch höchst unterschiedliche und dogmatisch auch mehr als fragwürdige Begründungen für die Straflosigkeit.

Zunächst zu Absatz 2:

(2) Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

Hier ist die medizinische Indikation geregelt, ganz einfach und eine Ausformung eines reinen Indikationenmodells.

Absatz 3 ist dagegen schon ein wenig komplizierter:

(3) Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten bei einem Schwangerschaftsabbruch, der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommen wird, auch als erfüllt, wenn ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 des

---

<sup>9</sup> Satzger, a.a.O., S. 426.

Strafgesetzbuches begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

Geregelt ist die kriminologische Indikation, aber nur wenn nach der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind. Hier ist das Indikationenmodell mit der Fristenlösung kombiniert.

Beide Absätze *rechtfertigen* den Schwangerschaftsabbruch.

Wirklich spannend wird nun Absatz 1:

- (1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn
1. die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen,
  2. der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und
  3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

Es handelt sich hier um eine Kombination aus Fristenlösung und Beratungsmodell. Doch wie ist die Straflosigkeit begründet? Es heißt: Der Tatbestand ist nicht verwirklicht. Dieser Tatbestandsausschluss ist strafrechtsdogmatisch einmalig. Und erinnern wir uns nochmal des Bundesverfassungsgerichts: Ein Schwangerschaftsabbruch ohne Vorliegen einer Indikation müsse immer als Unrecht angesehen werden. Folglich bildet § 218a Absatz 1 einen Fall einer nicht tatbestandsmäßigen, aber gleichwohl rechtswidrigen Tat. Ein rechtstheoretischer Widerspruch, der bis heute nicht geklärt wurde und inzwischen gewissermaßen gewohnheitsrechtlich anerkannt ist.

Übrigens: Auch wenn in Absatz 2 und 3 Rechtfertigungsgründe geregelt sind und die Tat damit eigentlich legal sein sollte, hat die Schwangere – außer bei eigener Lebensgefahr – keinen Anspruch auf eine Abtreibung, denn in § 12 Absatz 1 Schwangerenkonfliktgesetz heißt es: „Niemand ist verpflichtet an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken.“

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass Absatz 4 noch einen *persönlichen Strafausschließungsgrund* (also eine vierte Form) enthält für eine Schwangere, die nach Beratung innerhalb von 22 Wochen nach Empfängnis die Schwangerschaft durch einen Arzt abbrechen lässt (während der Arzt sich weiterhin strafbar macht).

Fassen wir zusammen: Es gibt einen gerechtfertigten, aber rechtlich trotzdem nicht umfassend akzeptierten Schwangerschaftsabbruch. Außerdem gibt es einen nicht tatbestandsmäßigen, aber dennoch rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch. Ein dogmatisch, logisch und rechtstheoretisch wenig erfreuliches Ergebnis.

Grund genug also, den Blick auf ein rechtstheoretisches Konzept zu richten, das schon in den 70er Jahren vorgebracht wurde, um diese Regelungsprobleme des Schwangerschaftsabbruchs zu lösen: Den rechtsfreien Raum.

### III. Der rechtsfreie Raum

Die Idee eines rechtsfreien Raumes ist nicht neu. Dennoch ist die Suche im Röhlschen Standardwerk<sup>10</sup> zur Allgemeinen Rechtslehre erfolglos. Stattdessen wird der Begriff „rechtsfreier Raum“ heute vor allem polemisch verwendet: Geht es um die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen, wird betont, dass auch Afghanistan kein rechtsfreier Raum sei.<sup>11</sup> Auf dem deutschen Verkehrsgerichtstag wird beklagt, dass Radfahrer sich im rechtsfreien Raum bewegen müssten.<sup>12</sup> Auch das Internet wird immer wieder als rechtsfreier Raum bezeichnet.

Der rechtsfreie Raum hat also durchaus Konjunktur, aber immer in einem negativen, ablehnenden Sinne. Die Bundeswehrangehörigen sind überall an Recht und Gesetz gebunden. Die Fahrradfahrer müsse man rechtlich mehr schützen. Das Internet müsse gebändigt und rechtlich stärker geregelt werden. Immer wieder wird der rechtsfreie Raum bemüht, um Missstände zu offenbaren, um auf planwidrige Regelungslücken hinzuweisen und um neue Rechtsregeln einzufordern.

In diesem Vortrag jedoch soll es gewissermaßen, um einen positiven rechtsfreien Raum gehen.

1952 hat sich Karl Engisch in einem Artikel<sup>13</sup> in der *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* mit dem rechtsfreien Raum beschäftigt und folgende Antinomie aufgestellt:

Auf der einen Seite könne das Recht nicht alles regeln: Es richte sich bereits nur an Menschen, dann gegebenenfalls nur an bestimmte Menschen (etwa einer Nation oder einer Berufsgruppe), schließlich könne das Recht nur für äußerliches Handeln, also nur für das *forum externum* gelten. So würde es also immer zu rechtsleeren Räumen kommen.

Auf der anderen Seite jedoch habe das Recht immer universellen Anspruch, diese läge – um Radbruch zu zitieren – „im Wesen rechtlicher Ordnung“: Rechtsleere Räume

---

<sup>10</sup> Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2008.

<sup>11</sup> Safferling/Kirsch, Die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen: Afghanistan ist kein rechtsfreier Raum, in: JA 2010, 81-86.

<sup>12</sup> Huhn, Radfahrer im rechtsfreien Raum?, in: SVR 2009, 249-253.

<sup>13</sup> Engisch, Der rechtsfreie Raum, in: ZStaatW 108 (1952), S. 385-430.

könnten daher „nur vermöge des Willens der Rechtsordnung rechtsleer“ sein.<sup>14</sup> Rechtsfreie Gebiete kämen zwar empirisch vor, aber dann auch nur von Rechtes wegen, kraft rechtlichen Selbstbeschränkungswillens und übrigens stets unter Vorbehalt späterer rechtlicher Besitzergreifung.

Diese Antinomie versucht Engisch schließlich mit der wenig überraschenden Folgerung zu lösen, dass die Existenz eines rechtsfreien Raumes mit der Definition des Rechtsbegriffs zusammenhinge.

Diese Überlegungen wurden 20 Jahre später von Arthur Kaufmann aufgegriffen, der sich mit seinem Aufsatz *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*<sup>15</sup> auch in die Debatte um den straflosen Schwangerschaftsabbruch eingeschaltet hatte. Kaufmann wollte den Begriff des rechtsfreien Raumes für die Strafrechtsdogmatik fruchtbar machen. Und beschäftigte sich zunächst mit den klassischen Notstandsproblemen, wie dem Brett des Karneades. Zwei Menschen drohen zu ertrinken, der eine bringt den anderen um, um sich selbst zu retten. Es sei dabei ein missbilligenswerter Erfolg eingetreten, die Entscheidung des einen hingegen, den anderen zu töten, könne von der Rechtsordnung nicht missbilligt werden, schließlich vermag sie selbst nicht zu sagen, wie er sich richtig hätte verhalten sollen. In derartigen Grenzsituationen hält Kaufmann das Konzept des rechtsfreien Raumes für hilfreich. Es sei doch erwägenswert, „dass hier die Rechtsordnung mangels eines rational einsichtigen, allgemeinverbindlichen Entscheidungsmaßstabes auf eine Normierung verzichten und es der freien Gewissensentscheidung des einzelnen überlassen muss, was zu tun sei.“<sup>16</sup>

Für ihn gibt es drei verschiedene Fallgruppe, die genau sorgfältig differenziert werden können.

Da gibt es zunächst den „rechtssatzfreien Raum“, den man vielleicht auch „rechtsleeren“ oder „rechtlich irrelevanten Raum“ nennen könnte. In ihn fallen Verhaltensweisen, für die sich das Recht überhaupt nicht interessiert, also etwa Handlungen des täglichen Lebens: Wie, wann und ob man schläft, spazieren geht oder atmet, interessiert das Recht nicht.

Davon unterscheidet er den „rechtsfolgefreien Raum“, in den Verhaltensweisen fallen, die zwar rechtlich relevant sind, also von der Rechtsordnung bewertet werden. Allerdings entfalle hier *ausnahmsweise* die *an sich* vorgesehene Rechtsfolge. In diesen

---

<sup>14</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 191.

<sup>15</sup> Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, in: FS Maurach, 1972, S. 327-345.

<sup>16</sup> Kaufmann, a.a.O., S. 330.

Bereich fallen daher nach Kaufmann die strafrechtlichen Rechtfertigungs-, Entschuldigungsgründe sowie Strafausschließungsgründe. Um mit Kaufmanns Worten zu sprechen: „In allen diesen Fällen lässt die Rechtsordnung zwar die Rechtsfolge zurücktreten, aber sie trifft – und das ist in unserem Zusammenhang das Wesentliche – eine eindeutige Wertentscheidung.“<sup>17</sup>

Für Kaufmanns Anliegen sind die Räume jedoch nicht relevant. Ihm geht es um „Lebenssachverhalte, die – im Unterschied zur ersten Gruppe – rechtlich relevant, wertmäßig different sind (also nicht neutral, irrelevant, indifferent), bei denen aber die Rechtsordnung aus rechtspolitischen oder anderen Gründen ihre *Normen zurückzieht* und damit – im Gegensatz zur zweiten Gruppe – *auf eine Wertung verzichtet*.“<sup>18</sup> Diesen Bereich möchte er – eine Bezeichnung Bindings aufgreifend – den Raum des Unverbotenseins nennen. Es fehle hier sowohl an Verbot als auch an Erlaubnis.

In diesen Raum fallen also die bereits angesprochenen Grenzsituationen, die sich in Notstandslagen ergeben. Sie seien rechtlich nicht regelbar, deshalb müsse sich der Gesetzgeber einer Regelung enthalten. Nun befürwortet Kaufmann jedoch auch keinen rechtlosen Naturzustand mit der Anerkennung eines Faustrechts als Folge seiner Ausführungen. Vielmehr würde die Rechtsordnung den mündigen Bürger gerade dadurch anerkennen, dass sie keine Zwangsnormen aufstellt, „weil sie eine *freie Gewissensentscheidung* ermöglichen und die vornehmlich in solchen Fragen meist recht *unterschiedlichen Moralvorstellungen tolerieren* will.“<sup>19</sup>

Der Ausdruck rechtsfreier Raum ist daher „nicht so aufzufassen, als fehle es hier an Recht überhaupt, als lägen solche Räume außerhalb des Rechtsgebäudes. Im Gegenteil ist hier ein höchst differenzierter Normsinn gegenwärtig, und daß der rechtsfreie Raum nicht aus dem Sinnganzen des Rechts herausgenommen ist, zeigt sich daran, daß der Richter ihn zu respektieren hat und es ihm versagt ist, an die Stelle der ausgesparten Anordnung des Gesetzgebers seine eigene zu setzen.“<sup>20</sup>

Diese Überlegungen wendet Kaufmann schließlich auf die Indikationen für einen Schwangerschaftsabbruch an. Er lehnt es ab, selbst die medizinische Indikation als Rechtfertigungsgrund zu behandeln, schließlich lasse sich nicht begründen, „dass die Gesundheit der Mutter das Leben des Embryos wertmäßig ‚wesentlich überwiege‘“<sup>21</sup>,

---

<sup>17</sup> Kaufmann, a.a.O., S. 336.

<sup>18</sup> Ebd.

<sup>19</sup> Kaufmann, a.a.O., S. 338.

<sup>20</sup> Philips, Sinn und Struktur der Normlogik, zit. n. Kaufmann, a.a.O., S. 337.

<sup>21</sup> Kaufmann, a.a.O., S. 340.

eine Güterabwägung und damit eine Rechtfertigung sei schlicht nicht möglich. Aber einen Entschuldigungs- oder sonstigen Strafausschließungsgrund anzunehmen, würde bedeuten, die Tat als rechtswidrig zu qualifizieren. Aber eine freiheitliche Rechtsordnung dürfe in solchen auch ethisch sehr umstrittenen Fragen nicht das Unwerturteil „rechtswidrig“ treffen.

Dies gelte auch für alle anderen Indikationen, ganz gleich, welche man nun de lege ferenda akzeptieren wolle. Die zentrale Frage für Kaufmann lautet: „Woher will der Gesetzgeber die Legitimation nehmen, in höchstpersönliche Lebensbereiche, in denen allein das Gewissen zur Entscheidung befugt sein kann, hineinzudirigieren?“<sup>22</sup>

Der Gesetzgeber könne daher nicht zwischen rechtswidrig und rechtmäßig differenzieren, sondern eben einen rechtsfreien Raum lassen und sich jeder Wertung entziehen. Nur so könne eine Diskrepanz zwischen abstrakt-generellem Recht und individueller Moral vermieden werden. Ferner könne so auch niemand ein *Recht* erlangen, über das Leben des Embryos zu verfügen, sodass Ärzte gezwungen wären, einen Abort durchzuführen.

Natürlich erkennt auch Kaufmann, dass es dem Satz des ausgeschlossenen Dritten zuwiderlaufen könnte, wenn man etwas als nicht rechtswidrig, aber auch nicht rechtmäßig betrachtet. Dieses Gesetz der Logik besagt, dass es innerhalb eines kontradiktorischen Gegensatzes keine weitere Möglichkeit geben kann. Dies sei auch auf den ersten Blick durchschlagend, allerdings sei doch keineswegs gesagt, dass das besagte Gegensatzpaar selbst universal sei und überhaupt nichts anderes mehr zuließe. Ein Zug könne entweder schnell oder langsam fahren. Die Frage sei dabei nur, wo die Grenze ist, aber entweder der Zug fährt schnell oder langsam. Allerdings gelte dies eben nur, *wenn er denn fährt*. Wenn der nämlich Zug im Bahnhof steht, fährt er schließlich gar nicht.

Damit ist Kaufmann auch bei der Schlussfolgerung Engischs angekommen, dass es eben auf den Rechtsbegriff ankomme, der der Entscheidung zwischen rechtswidrig und rechtmäßig zugrunde liegt. In diesem Falle eher auf den Strafrechtsbegriff bzw. auf den Sinn des Strafrechts. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts dürfe in diesem Zusammenhang kein Lippenbekenntnis sein und der Gesetzgeber könne und müsse daher bestimmte Bereiche der eigenverantwortlichen Entscheidung des Individuums überlassen. Es könne und dürfe nicht die Aufgabe des Strafrechts sein, die sittlichen Grundanschauungen und Werte des Volkes zu schützen, sondern man müsse von einem

---

<sup>22</sup> Kaufmann, a.a.O., S. 340f.

engeren Strafrechtsbegriff ausgehen. Das Strafrecht könne zwar durchaus sittenprägend sein, aber nicht „durch das Aufstellen von Strafdrohungen, sondern sittenprägend gerade auch durch den Verzicht auf Strafdrohungen.“<sup>23</sup> Und dies geschehe schließlich durch das Offenlassen eines strafrechtsfreien Raumes, eines Raumes des Unverbotenen, der es dem Individuum ermöglicht, sich eigenverantwortlich zu entscheiden.

So viel also zu den Ausführungen Kaufmanns, er selbst hat sie in einem späteren Aufsatz noch einmal wiederholt, ansonsten blieben sie jedoch weitgehend ungehört.

Der Vollständigkeit halber möchte ich aber auch noch auf Wolfgang Schild eingehen, heute Professor für Strafrecht, Strafrechtsgeschichte und Rechtsphilosophie in Bielefeld, der sich ebenfalls in den 70er Jahren mit dem rechtsfreien Raum und seinen strafrechtsdogmatischen Konsequenzen auseinandersetzte.<sup>24</sup> Ihm geht es darum, die Arbeiten Engischs und Kaufmanns weiterzudenken und den methodischen Aspekt hervorzuheben. Auch für ihn gibt es drei Arten des rechtsfreien Raumes: Den rechtsunfähigen, den rechtsentlassenen und den rechtsentzogenen Raum.

Der rechtsunfähige umfasse alle inneren und innerlichen bleibenden Gedanken, ebenso die religiöse Gesinnung, also im Grunde das *forum internum*. Seine Existenz sei wenig umstritten und ist in diesem Zusammenhang auch uninteressant.

Der rechtsentlassene Raum betrifft dagegen, den Bereich, in dem das Individuum zur autonomen Selbstverwirklichung fähig sein soll. Das menschliche Verhalten werde hier nicht mehr durch das Recht geregelt, vielmehr werde es *entlassen* in die „Regelung der Sitten.“<sup>25</sup>

Der rechtsentzogene Raum schließlich betrifft die strafrechtliche Rechtswidrigkeit. Hier siedelt er die Notstandsprobleme an, in denen eine rechtliche Regelung unmöglich erscheint. Rechtfertigungsgründe und sog. Unrechtsausschlussgründe bilden so den rechtsentzogenen Raum.

Die Indikationen des damaligen § 218a StGB findet er im Gegensatz zu Kaufmann im rechtsentlassenen Raum und sieht in ihnen daher eine Regelung der Sitten. Allerdings ist zu betonen, dass der Schwangerschaftsabbruch – ebenfalls im Gegensatz zu Kaufmann – nicht sein eigentliches Thema ist, er vielmehr eine allgemein strafrechtsdogmatische und vor allem ausbildungsrelevante Abhandlung liefern will. Seine Stellungnahmen zum

---

<sup>23</sup> Kaufmann, a.a.O., S. 343.

<sup>24</sup> Schild, Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes, in: JA 1978, S. 449-456, 570-573, 631-636.

<sup>25</sup> Schild, a.a.O., S. 456.

Schwangerschaftsabbruch sind eher obiter dictum. Deshalb soll auch dieser Exkurs zu seinen Überlegungen genügen.

#### IV. Leitfrage

Nun zu meiner Leitfrage: Ist die Lehre vom rechtsfreien Raum eine sinnvolle Möglichkeit, die Regelungsprobleme des Schwangerschaftsabbruchs zu lösen? Zunächst möchte ich dazu das Bundesverfassungsgericht zitieren: „Der Staat darf sich seiner Verantwortung auch nicht durch Anerkennung eines „rechtsfreien Raumes“ entziehen, indem er sich der Wertung enthält und diese der eigenverantwortlichen Entscheidung überlasst.“

Keine weiteren Ausführungen oder Begründungen, einfach eine strikte Ablehnung. Für das geltende Recht ist damit die Frage schon in einem negativen Sinne beantwortet. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergehen mit Gesetzeskraft, der zitierte Satz ist also gewissermaßen das Gesetz gegen den rechtsfreien Raum. Doch denken wir noch einmal an den heutigen § 218a: Hat sich der Gesetzgeber in Ausführung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht genauso verhalten, wie es die Lehre vom rechtsfreien Raum nahelegt? Keine Rechtfertigung, aber dennoch in bestimmten Anforderungen zulässig. Dies wurde von Jens-Michael Priester als implizite Anerkennung der Lehre des rechtsfreien Raumes bewertet.<sup>26</sup>

Vielleicht lohnt sich also doch noch ein genauerer Blick auf die Frage, ob der rechtsfreie Raum ein fruchtbares Konzept für das Strafrecht sein kann. Zunächst muss daher überprüft werden, ob es einen rechtsfreien Raum überhaupt geben kann. Noch einmal möchte ich die Überlegung Radbruchs zitieren: „Es liegt im Wesen rechtlicher Ordnung, universal zu sein. Recht kann eine Teilregelung nicht treffen, ohne schon durch die Auswahl des geregelten Teils menschlicher Beziehungen auch zu dem nichtgeregelten Teil Stellung zu nehmen. Deshalb ist ein ‚rechtsleerer Raum‘ immer nur vermöge des eigenen Willens der Rechtsordnung rechtsleer und überhaupt nicht im strengen Sinne rechtsleer, nicht ein rechtlich ungeregeltes, sondern ein rechtlich im negativen Sinne, durch Verneinung jeder Rechtsfolge geregeltes Tatsachengebiet.“<sup>27</sup>

Ein rechtsfreier Raum als solcher ist also nicht möglich. Doch widerspricht dies eigentlich gar nicht Kaufmanns Überlegungen, denn die Rechtsordnung solle sich zwar einer Wertung enthalten, aber dennoch erkennt sie diesen Raum an, er wird

---

<sup>26</sup> Priester, Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch, in: FS Kaufmann, 1993, S. 499-518.

<sup>27</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 191.

gewissermaßen von ihr umschrieben. Insoweit ist also Radbruchs Einwand kein wirkliches Hindernis des Konzepts des rechtsfreien Raumes.

Zusätzlich ist festzuhalten, dass Kaufmann zwar immer von einem rechtsfreien Raum spricht, aber doch immer wieder eigentlich nur einen strafrechtsfreien Raum meint. Er möchte die Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs begründen, eine wirkliche Rechtlosigkeit hingegen ist wohl nicht sein Anliegen. Geht man nun vom fragmentarischen Charakter eines liberalen Strafrechts aus, so ist eigentlich ein strafrechtsfreier Raum auch nichts Neues oder Ungewöhnliches. Fällt nicht jedes nicht mit Strafe bedrohte Verhalten in den Raum des Unverbotenen? Liegt damit nicht jede Handlung, für die sich das Strafrecht aus unterschiedlichen Gründen nicht interessiert, in so einem strafrechtsfreien Raum?

Kaufmanns Problem ist wohl, dass er die Begriffe „Rechtfertigung“ und „Erlaubnis“ in dem Sinne versteht, dass mit ihnen eine *positive Bewertung* des Täterverhaltens durch die Rechtsordnung erfolge. *Hans Joachim Hirsch* hat bereits 1979 auf diese und andere Ungereimtheiten Kaufmanns hingewiesen:<sup>28</sup>

Hirsch weist zutreffend darauf hin, dass Kaufmann die Begriffe überfrachte: „Es geht bei ihnen nur darum, dass eine rechtsgutsverletzende (tatbestandsmäßige) Handlung wegen des Vorliegens eines von der Rechtsordnung respektierten Ausnahmegrundes als *nicht* rechtswidrig eingestuft, eben dem Makel des ihr sonst anhaftenden Unrechts entzogen wird. Deshalb bedeutet beispielsweise die Rechtfertigung (Erlaubnis) einer in erforderlicher Notwehr begangenen Tötung nicht, dass der Notwehrtäter einen rechtlich erwünschten Erfolg oder eine positiv zu wertende Handlung vorgenommen habe.“<sup>29</sup> Oder um Theodor Lenckner zu zitieren: Da das Recht „nicht mehr sein will, als eine Ordnung sozialer Beziehungen, genügt für die rechtliche Bewertung die Feststellung, dass das fragliche Verhalten dieser Ordnung nicht zuwiderläuft.“<sup>30</sup>

Wie verhält es sich nun mit Kaufmanns Überlegung, dass keine Diskrepanz zwischen Recht und Moral entstehe, wenn die Rechtsordnung unterschiedliche Moralvorstellungen toleriere, indem sie sich einer Wertung enthielte?

Dies klingt im ersten Moment überzeugend, doch ist es wohl auch nicht mehr als ein Scheinargument.<sup>31</sup> Denn mit dem vorgeschlagenen Vorgehen wird eben doch eine

---

<sup>28</sup> Vgl. *Hirsch*, Strafrecht und rechtsfreier Raum, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, 1999, S. 310-335.

<sup>29</sup> *Hirsch*, a.a.O., S. 321.

<sup>30</sup> Zit. n. *Hirsch*, a.a.O., S. 321.

<sup>31</sup> Dieser Absatz entspricht weitestgehend den Ausführungen von *Hirsch*, a.a.O., S. 321f.

Eingriffsbefugnis geregelt und zwar in der Weise, dass jede Handlung innerhalb des rechtsfrei gelassenen Raumes von der Rechtsordnung akzeptiert würde. Es würde festgestellt, dass alle Handlungen der Ordnung sozialer Beziehungen nicht zuwiderlaufen. Sind damit dann nun alle unterschiedlichen Moralvorstellungen zufriedengestellt? Nein. Denn indem so ein weiter Rahmen gelassen wird, wird eben doch eine Wertentscheidung *gegen* alle Auffassungen getroffen, die nur einen engeren Kreis von Handlungen zulassen wollen. Der Gesetzgeber kann sich aus den sozialetischen Auseinandersetzungen nicht dadurch heraushalten, dass er den Rahmen der zugelassenen Handlungen von vornherein so weit steckt, dass jeder Auffassung, das gewährt wird, was sie verlangt. Denn es geht doch den unterschiedlichen Moralvorstellungen gerade darum, dass ihre Grenzen allgemeinverbindlich sein sollen. Wenn etwa gefordert wird, dass es straflose Schwangerschaftsabbrüche in weniger Fällen geben soll, so ist dies eben immer ein Postulat für alle Bürger. Ginge es den Kritikern nur um sich selbst, wäre eine Kritik an der Rechtsordnung überflüssig, schließlich bleibt es jedem unbenommen, sich persönliche Grenzen zu setzen. Dass also das Konzept des rechtsfreien Raumes ein friedliches Nebeneinander von unterschiedlichen Moralvorstellungen ermöglicht, ist offensichtlich nicht der Fall.

Bei einem letzten Punkt allerdings wird das Scheitern des rechtsfreien Raumes in Bezug auf den Schwangerschaftsabbruch besonders deutlich. Es ist das Problem der Nothilfe, die zugunsten des Fötus ausgeübt wird. Wenn man straflose Schwangerschaftsabbrüche ermöglichen will, muss man eine Lösung für dieses Rechtsinstitut finden. Nothilfe, also die „Notwehr eines Dritten“, setzt einen rechtswidrigen Angriff voraus. Hier scheint nun zunächst die Lehre des rechtsfreien Raumes zu überzeugen: Da sich die Rechtsordnung einer Wertung enthält, ist kein Rechtswidrigkeitsurteil gesprochen. Ein rechtswidriger Angriff liegt folglich nicht vor. Vergleichen wir dies mit der heutigen Rechtslage: Schwangerschaftsabbrüche in den Fällen des § 218a Abs. 1 sollen rechtswidrig sein. Heißt dies also, dass Nothilfe immer zulässig ist? In den Fällen des § 218a Abs. 1, also in den Fällen des Tatbestandsausschlusses, liegen eigentlich alle Voraussetzungen des § 32 StGB vor. Der Gesetzgeber ist dem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts nicht nachgekommen, der einen gesetzlichen Ausschluss des Nothilferechts gegenüber dem durchführenden Arzt forderte. Das Problem wird heute so gelöst, dass bei der Prüfung der Gebotenheit der Nothilfehandlung darauf abgestellt wird, dass die Nothilfe hier im Widerspruch zu normativen oder sozialetischen Erwägungen steht. Sicher eine praktisch sachgerechte Lösung, doch vermag sie völlig zu überzeugen? Nicht so ganz.

Vielleicht ist ja doch die Lehre des rechtsfreien Raumes ein Ausweg, wenn einfach von vornherein das Rechtswidrigkeitsurteil nicht gefällt wird. Doch muss man in diesem Falle den rechtsfreien Raum konsequent weiterdenken: Wenn sich nämlich die Rechtsordnung gegenüber dem Schwangerschaftsabbruch auf eine neutrale Position zurückzieht, dann ist es folgerichtig, Neutralität ebenfalls gegenüber der Nothilfehandlung zu wahren. Soll es nur auf die eigenverantwortliche Entscheidung ankommen, um die Konfliktslage zu lösen, so kann nichts anderes für den Nothelfer gelten. Es trafen also zwei nicht rechtswidrige Handlungen aufeinander, die jedoch nicht nebeneinander bestehen können. Es käme in dieser Situation nur darauf an, wer seine Handlung entschiedener, erfolgreicher durchsetzt. Der Rechtsordnung ist es egal, welche Handlung sich durchsetzt, sie hat sich einer Wertung enthalten. Der rechtsfreie Raum ist hier also tatsächlich so rechtsfrei, dass im Grunde nur das Recht des Stärkeren, ein Faustrecht gilt. Ein so vorgestellter rechtsfreier Raum führt hier eben doch zu einem rechtlosen Naturzustand. Es entsteht ein rechtliches Chaos und so wird sehr verständlich, warum das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, dass der Staat seine Schutzpflicht gegenüber dem werdenden Leben nicht durch Anerkennung eines rechtsfreien Raumes erfüllen kann.<sup>32</sup>

Die heutige Rechtslage überzeugt den Dogmatiker und Theoretiker vielleicht nicht, sie kann aber mit den geschilderten Problemen besser umgehen, als es eine Theorie des rechtsfreien Raumes könnte.

#### **V. Schlussbemerkung**

Was nützt nun diese Betrachtung des rechtsfreien Raumes, wenn wir doch gerade festgestellt haben, dass diese Lehre uns nicht weiterhilft bei der rechtlich schwierigen Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs? Ich glaube, sie hilft dabei, zu erkennen, wie in ethisch umstrittenen und damit auch rechtlich schwierigen Problemen diskutiert wird.

Juristen möchten deduktiv vorgehen. Möchten ein Prinzip zugrunde legen, von dem sie ausgehen, das ihnen die Lösungen für den Einzelfall bereits vorgibt. Sicher ist das ein Charakteristikum des Rechts, abstrakt-generell zu sein und sich aus bestimmten Grundsätzen ableiten zu lassen. Ob dies ohnehin nur ein Wunschbild ist, das so nie funktioniert hat oder funktionieren wird, ist nicht meine Fragestellung. Ich möchte lediglich zeigen, dass es in bereits ethisch so umstrittenen Fragen nicht funktioniert. An

---

<sup>32</sup> Vgl. dazu wieder *Hirsch*, a.a.O., S. 322f.

vielen Stellen in der Diskussion um den Schwangerschaftsabbruch wird deutlich, dass allgemeine Prinzipien immer wieder durch Einzelfallwertungen korrigiert werden müssen.<sup>33</sup>

Es wird etwa folgendes Prinzip aufgestellt: Unschuldige menschliche Wesen dürfen nicht getötet werden, der Fötus ist ein unschuldiges menschliches Wesen, also darf er nicht getötet werden.

Dagegen steht jedoch Einzelfallwertung, dass es einer vergewaltigten Frau nicht zugemutet werden kann, ein Kind auszutragen, das bei dieser Vergewaltigung gezeugt wurde. Auch wenn man daran festhält, dass es sich bei dem Fötus um ein unschuldiges menschliches Wesen handelt.

Oder es wird gesagt, dass zwischen ungeborenem und geborenen menschlichen Leben kein Unterschied gemacht werden darf.

Dennoch ist auch der strafbare Schwangerschaftsabbruch ein Vergehen und kein Verbrechen wie der Totschlag. Also steht dem Prinzip die Einzelfallwertung entgegen, dass das Absterben einer befruchteten Eizelle ein weniger bedeutsames Ereignis ist als der Tod eines Kindes.

Man kann hier nicht von einem Prinzip ausgehen, das alle Fälle zufriedenstellend lösen kann. Andererseits kann man jedoch auch nicht sagen, dass das Prinzip falsch wäre, weil man eine widersprechende Einzelfallwertung vornimmt.

Die Lehre des rechtsfreien Raumes ist – so glaube ich – vor allem eine Theorie, ein Prinzip, die wenig entgegenstehende Einzelfallwertungen erforderlich machen soll. Dennoch wird auch bei der Auseinandersetzung mit ihr vom Ergebnis her argumentiert und das rechtstheoretische Modell ist eben nicht vorgegeben, es wird nicht von ihm abgeleitet. Es wird eher induktiv erreicht, indem man versucht, die Konfliktfälle zu lösen und dies dann wiederum anhand eines darüber stehenden Konzepts zu erklären.

Wie gezeigt, funktioniert jedoch die so gefundene Lösung auch nicht, wenn man eine zufriedenstellende Begründung für den straflosen Schwangerschaftsabbruch sucht. Die Lehre des rechtsfreien Raumes, wie sie vor allem Kaufmann auf den Schwangerschaftsabbruch angewendet hat, erscheint eher als ein Zurückweichen der Rechtsordnung. Lieber nichts regeln, dann kann man auch nichts falsch machen. Aber es hat sich wohl gezeigt, dass die Rechtsordnung nun mal unweigerlich auch mit derart

---

<sup>33</sup> Die folgenden Beispiele stammen aus *Priester*, a.a.O., S. 506f.

kritischen sozialemischen Auseinandersetzungen konfrontiert wird und sie diese auch lösen muss.

Bei dieser Lösung muss nur anerkannt werden, dass es ein Problem ist, das nicht immer mit den gängigen Kriterien der Rechtsordnung erfasst werden kann. Es muss anerkannt werden, dass sich die Lösung nicht widerspruchsfrei aus einem System ergibt.

Die heutige Rechtslage erscheint undogmatisch, theoretisch widersprüchlich und inkonsistent. Aber sie ist wohl praktisch eine akzeptable Regelung, die den unterschiedlichen gesellschaftlichen Forderungen wohl am besten gerecht wird. Somit muss auch der rechtsdogmatische Purist damit leben, dass es einen rechtswidrigen, aber nicht tatbestandmäßigen Schwangerschaftsabbruch gibt.

Ein völlig konsistentes System, das das schwierige Feld des Schwangerschaftsabbruchs so löst, dass es keine dogmatischen Widersprüche gibt und dennoch gleichzeitig ein weitgehender, tragfähiger gesellschaftlicher Konsens erreicht wird, ist bisher nicht gefunden.

Ich glaube nicht, dass es ein solches System geben kann.

Julius R. Everling, 2010.