

## **L e i t s ä t z e**

**zum Urteil des Ersten Senats vom 27. Oktober 1998**

- 1 BvR 2306/96 -

- 1 BvR 2314/96 -

- 1 BvR 1108/97 -

- 1 BvR 1109/97 -

- 1 BvR 1110/97 -

- 1. Eine Kompetenz des Bundesgesetzgebers kraft Sachzusammenhangs setzt voraus, daß eine ihm zugewiesene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also das Übergreifen in den Kompetenzbereich der Länder für die Regelung der zugewiesenen Materie unerlässlich ist (so schon BVerfGE 3, 407 <421>).**
- 2. Der Bund kann von einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs auch durch erkennbaren, absichtsvollen Regelungsverzicht mit Sperrwirkung gegenüber den Ländern Gebrauch machen.**
- 3. Da der Bundesgesetzgeber den strafrechtlichen Schutz des ungeborenen Lebens nur dann partiell zurücknehmen darf, wenn er an dessen Stelle ein anderes wirksames Schutzkonzept setzt, werden die der ausschließlichen Landesgesetzgebung unterfallenden punktuellen Regelungen, die für die Verwirklichung dieses Konzepts unerlässlich sind, von der Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs umfaßt.**
- 4. Das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gegen ein Landesgesetz eröffnet im Rahmen der Überprüfung der Gesetzgebungskompetenz des Landes nicht die Kontrolle der materiellen Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes, durch das der Bund von seiner den Landesgesetzgeber ausschließenden Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat.**
- 5. Zur Verfassungsmäßigkeit des bayerischen Gesetzes über ergänzende Regelungen zum Schwangerschaftskonfliktgesetz und zur Ausführung des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen (Bayerisches Schwangerenhilfeergänzungsgesetz - BaySchwHEG) vom 9. August 1996 (BayGVBI S. 328).**

# BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BvR 2306/96 -
- 1 BvR 2314/96 -
- 1 BvR 1108/97 -
- 1 BvR 1109/97 -
- 1 BvR 1110/97 -

Verkündet  
am 27. Oktober 1998  
Achilles  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## IM NAMEN DES VOLKES

In den Verfahren

über

### die Verfassungsbeschwerden

1. des Herrn Dr. F...

- Bevollmächtigte:

1. Rechtsanwälte Christine Roth  
und Rainer Roth,  
Aufseßplatz 1, Nürnberg,

2. Prof. Dr. Sibylle Raasch,  
Feldbrunnenstraße 2, Hamburg -

gegen Art. 2, Art. 3, Art. 5 Abs. 2 bis 4, Art. 6, Art. 7, Art. 8, Art. 9, Art. 10 und  
Art. 11 Nr. 1 Buchstabe a des bayerischen Gesetzes über ergänzende  
Regelungen zum Schwangerschaftskonfliktgesetz und zur Ausführung  
des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in be-  
sonderen Fällen  
(Bayerisches Schwangerenhilfeergänzungsgesetz - BaySchwHEG) vom  
9. August 1996 (BayGVBl S. 328)

- 1 BvR 2306/96 -,

2. des Herrn S ...

- Bevollmächtigte:

1. Prof. Dr. Monika Frommel, Kapellenweg 37, Berg,

2. Prof. Dr. Bodo Pieroth, Gluckweg 19, Münster -

gegen Art. 2, Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2, Art. 5 Abs. 1 bis 4, Art. 6, Art. 7, Art. 8, Art. 9, Art. 10 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 11 Nr. 1 Buchstabe a des bayerischen Gesetzes über ergänzende Regelungen zum Schwangerschaftskonfliktgesetz und zur Ausführung des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen (Bayerisches Schwangerenhilfeergänzungsgesetz - BaySchwHEG) vom 9. August 1996  
(BayGVBl S. 328)

- 1 BvR 2314/96 -,

Beteiligte zu 1. und 2.:

Bayerische Staatsregierung, vertreten durch den Ministerpräsidenten

- Bevollmächtigter: Prof. Dr. Peter Lerche, Junkersstraße 13, Gauting -

3. des Herrn Dr. H...

- 1 BvR 1108/97 -,

4. des Herrn H...

- 1 BvR 1109/97 -,

5. des Herrn Dr. H...

- 1 BvR 1110/97 -

- Bevollmächtigte zu 3) bis 5):

Prof. Dr. Monika Frommel, Kapellenweg 37, Berg -

gegen Art. 2, Art. 3, Art. 5 Abs. 2 bis 4, Art. 6, Art. 7, Art. 8, Art. 9, Art. 10 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 11 Nr. 1 Buchstabe a des bayerischen Gesetzes über ergänzende Regelungen zum Schwangerschaftskonfliktgesetz und zur Ausführung des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen (Bayerisches Schwangerenhilfeergänzungsgesetz - BaySchwHEG) vom 9. August 1996  
(BayGVBl S. 328),

Beteiligter zu 3. bis 5.:

Bayerischer Landtag, vertreten durch den Abgeordneten Peter Welnhof, Am  
Hölzl 2, Regensburg,

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung

des Vizepräsidenten Papier,

der Richterin Graßhof,

der Richter Grimm,

Kühling,

der Richterinnen Seibert,

Jaeger,

Haas

und des Richters Hömig

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 1998 durch

## U r t e i l

für Recht erkannt:

**1. Artikel 5 Absatz 2 Satz 1 und Artikel 9 Absatz 1 und 2 des bayerischen Gesetzes über ergänzende Regelungen zum Schwangerschaftskonfliktgesetz und zur Ausführung des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen (Bayerisches Schwangerenhilfeergänzungsgesetz - BaySchwHEG) vom 9. August 1996 (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 328) sowie Artikel 18 Absatz 2 Satz 1 Halbsatz 2 des Gesetzes über die Berufsausübung, die Berufsvertretungen und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker (Heilberufe-Kammergesetz - HKaG) in der Fassung von Artikel 11 des Bayerischen Schwangerenhilfeergänzungsgesetzes sind mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig.**

- 1. Artikel 3 Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 Halbsatz 1 und Artikel 5 Absatz 1 Halbsatz 2 des Bayerischen Schwangerenhilfeergänzungsgesetzes verletzen den Beschwerdeführer zu 2) in seinem Grundrecht aus Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit nach Maßgabe der Entscheidungsgründe eine Übergangsregelung erforderlich ist. Sie sind insoweit mit dem Grundgesetz unvereinbar.**
- 2. Im übrigen werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.**

- 3. Der Freistaat Bayern hat den Beschwerdeführern neun Zehntel der ihnen in den Verfassungsbeschwerdeverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten. Ferner hat er ihnen die notwendigen Auslagen im Verfahren zur ersten Wiederholung der einstweiligen Anordnung zu erstatten. Eine Auslagenerstattung im Verfahren zur zweiten Wiederholung findet nicht statt.**

### **G r ü n d e :**

#### **A.**

Die Beschwerdeführer der zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Verfahren sind Ärzte. Sie wenden sich unmittelbar gegen berufsregelnde Vorschriften im bayerischen Gesetz über ergänzende Regelungen zum Schwangerschaftskonfliktgesetz und zur Ausführung des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen (Bayerisches Schwangerenhilfegergänzungsgesetz - BaySchwHEG) vom 9. August 1996 (BayGVBl S. 328). Die angegriffenen Vorschriften enthalten ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für Einrichtungen, in denen Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, sowie die Voraussetzungen der Erlaubniserteilung und strafrechtliche Sanktionen. Außerdem legen sie eine Grenze hinsichtlich der Einnahmen aus Schwangerschaftsabbrüchen fest (höchstens 25 vom Hundert der Gesamteinnahmen), eröffnen den zuständigen Behörden entsprechende Kontroll- und Überwachungsbefugnisse und regeln besondere ärztliche Pflichten im Zusammenhang mit Schwangerschaftsabbrüchen. Der Beschwerdeführer zu 2) greift das Gesetz auch insoweit an, als Schwangerschaftsabbrüche nur durch Fachärzte für Frauenheilkunde und Geburtshilfe durchgeführt werden dürfen, ohne daß für Ärzte mit langjährigen Erfahrungen in dieser Art von ambulanten Operationen Ausnahmen vorgesehen sind.

1

#### **I.**

1. Die den Schwangerschaftsabbruch regelnden Vorschriften sind vielfach geändert und bereits zweimal verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterzogen worden.

2

a) Das Fünfte Gesetz zur Reform des Strafrechts (5. StrRG) vom 18. Juni 1974 (BGBl I S. 1297) regelte in § 218 a StGB die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs dahin, daß der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch nicht strafbar war, wenn seit der Empfängnis nicht mehr als 12 Wochen verstrichen waren (Fristenregelung). Niemand sollte verpflichtet sein, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken, es sei denn, um von der Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden (Art. 2 des 5. StrRG). Die Schwangerschaft durfte nur in einem Krankenhaus oder in einer sonstigen Einrichtung abgebrochen werden, in der die notwendige medizinische Nachbehandlung gewährleistet war (Art. 3 des 5. StrRG).

3

Das Bundesverfassungsgericht erklärte im Jahre 1975 § 218 a StGB in dieser Fassung für mit dem Grundgesetz insoweit unvereinbar und nichtig, als er den Schwangerschaftsabbruch auch dann von der Strafbarkeit ausnahm, wenn keine Gründe vorlagen, die im Sinne der Entscheidungsgründe vor der Wertordnung des Grundgesetzes Bestand hatten (BVerfGE 39, 1).

4

b) Im Anschluß an diese Entscheidung wurde der Schwangerschaftsabbruch durch das Fünfzehnte Strafrechtsänderungsgesetz vom 18. Mai 1976 (BGBl I S. 1213; im folgenden: 15. StRÄndG) neu geregelt. Danach war der Abbruch nicht strafbar bei einer medizinischen, embryopathischen oder kriminologischen Indikation (§ 218 a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB) oder wenn der Abbruch der Schwangerschaft sonst angezeigt war und innerhalb von 12 Wochen nach der Empfängnis vorgenommen wurde, um von der Schwangeren die Gefahr einer Notlage abzuwenden, die so schwer wog, daß von ihr die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden konnte, und die nicht auf eine andere für die Schwangere zumutbare Weise abgewendet werden konnte (soziale oder Notlagen-Indikation, § 218 a Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 StGB). Der Arzt machte sich strafbar, wenn er eine Schwangerschaft abbrach, ohne daß die Schwangere sich über soziale Hilfen und ärztlich hatte beraten lassen (§ 218 b Abs. 1 StGB). Bestraft wurde ein Arzt auch dann, wenn er unrichtige Feststellungen traf (§ 219 a StGB). Art. 3 des 5. StrRG wurde dahin geändert, daß der außerhalb eines Krankenhauses durchgeführte Schwangerschaftsabbruch nur noch in einer hierfür ausdrücklich zugelassenen Einrichtung vorgenommen werden durfte.

5

Die meisten Länder erließen Vorschriften, die die Voraussetzungen für die Zulassung von ambulanten Einrichtungen regelten (Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein). In einigen Ländern war für die Zulassung die Qualifikation als Facharzt für Frauenheilkunde und Gynäkologie erforderlich (Berlin, Saarland; in Rheinland-Pfalz als Sollvorschrift); in anderen mußte der Arzt nur in der Frauenheilkunde erfahren und mit den Methoden des Schwangerschaftsabbruchs vertraut sein (Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein). Bayern, Baden-Württemberg und Niedersachsen erließen keine Regelungen über die Zulassung ambulanter Einrichtungen zum Schwangerschaftsabbruch. Dementsprechend waren dort unter der Geltung des § 218 a StGB in der Fassung des 15. StRÄndG von 1976 bis 1992 keine Praxen niedergelassener Ärzte zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs zugelassen.

6

c) In der Deutschen Demokratischen Republik galt eine Fristenregelung. Gemäß § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Unterbrechung der Schwangerschaft vom 9. März 1972 (GBl I S. 89) war die Schwangere berechtigt, die Schwangerschaft innerhalb von 12 Wochen nach deren Beginn durch einen ärztlichen Eingriff in einer geburtshilflich-gynäkologischen Einrichtung unterbrechen zu lassen. Der Abbruch durfte nur in staatlichen Kliniken und Krankenhäusern als stationäre Behandlung vorgenommen werden (§ 4 der Durchführungsbestimmung zum Gesetz vom 9. März 1972 <GBl II S. 149>). Diese Regelung galt zunächst nach Herstellung der deut-

7

schen Einheit am 3. Oktober 1990 im Beitrittsgebiet fort (Anlage II Kapitel III Sachgebiet C Abschnitt I Nr. 4 und 5 des Einigungsvertrages vom 31. August 1990 <im folgenden: EV> in Verbindung mit dem Einigungsvertragsgesetz vom 23. September 1990 <BGBl II S. 885>).

d) Dem Auftrag in Art. 31 Abs. 4 EV entsprechend regelte das Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familienhilfegesetz) vom 27. Juli 1992 (BGBl I S. 1398; im folgenden: SFHG) die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs neu. Gemäß § 218 a StGB in dieser Fassung war der Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig, wenn er während der ersten 12 Wochen nach der Empfängnis mit Einwilligung der Schwangeren bei vorangegangener Beratung der Schwangeren in einer Not- und Konfliktlage durch einen Arzt vorgenommen wurde (Abs. 1) oder wenn eine medizinische Indikation vorlag (Abs. 2) oder wenn bei einer embryopathischen Indikation seit der Empfängnis nicht mehr als 22 Wochen verstrichen waren und die Schwangere sich hatte beraten lassen (Abs. 3). § 218 b StGB regelte die Strafbarkeit des Arztes bei einem Abbruch ohne ärztliche Feststellung oder bei unrichtiger ärztlicher Feststellung. Auch Art. 3 Abs. 1 des 5. StrRG wurde neu gefaßt. Das Erfordernis einer behördlichen Zulassung entfiel; zugleich wurde aber bestimmt, daß ein Schwangerschaftsabbruch nur in einer Einrichtung vorgenommen werden durfte, in der auch die notwendige medizinische Nachbehandlung gewährleistet war. Die bisherige Regelung über die Bundesstatistik entfiel ersatzlos. Nach Art. 4 des 5. StrRG in der Fassung des Art. 15 SFHG mußte die zuständige oberste Landesbehörde ein ausreichendes und flächendeckendes Angebot sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherstellen.

8

e) Mit Urteil vom 28. Mai 1993 erklärte das Bundesverfassungsgericht unter anderem § 218 a Abs. 1 StGB in der Fassung des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes mit dem Grundgesetz für unvereinbar und nichtig (BVerfGE 88, 203).

9

f) Nach dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat der Bundesgesetzgeber mit dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) vom 21. August 1995 (BGBl I S. 1050) den Rechtsbereich novelliert und unter anderem in Art. 1 das Gesetz über Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung vom 27. Juli 1992 (BGBl I S. 1398) in Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) umbenannt und ebenso wie das Strafgesetzbuch (Art. 8), die Approbationsordnung für Ärzte (Art. 2), die Gebührenordnung für Ärzte (Art. 3) sowie das Fünfte Buch des Sozialgesetzbuchs - SGB V - (Art. 4) geändert. Als Art. 5 wurde das Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen erlassen.

10

Das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz beruht auf der Beschlußempfehlung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BTDrucks 13/1850), mit der die Gesetzentwürfe der Fraktionen der CDU/CSU (BTDrucks 13/

11

285), der SPD (BTDrucks 13/27) und der F.D.P. (BTDrucks 13/268) durch einen gemeinsamen Änderungsantrag zusammengeführt worden waren. Dieser fand die parlamentarische Mehrheit. Bei den parlamentarischen Beratungen und Abstimmungen lagen darüber hinaus Gesetzentwürfe der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN (BTDrucks 13/402), von Abgeordneten der CDU/CSU (BTDrucks 13/395) und von Abgeordneten der PDS (BTDrucks 13/397) vor. Außerdem knüpften die Beratungen an Entwürfe aus der 12. Wahlperiode sowie an die Erkenntnisse des Sonderausschusses "Schutz des ungeborenen Lebens" (vgl. BTDrucks 12/6643; 12/6669; 12/6944; 12/7660; 12/8609) an, dessen Gesetzentwurf zwar im Bundestag verabschiedet, jedoch in der 12. Wahlperiode nicht mehr Gesetz geworden war.

Nach § 218 a Abs. 1 StGB ist nunmehr der Tatbestand des strafbaren Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 StGB nicht verwirklicht, wenn seit der Empfängnis nicht mehr als 12 Wochen vergangen sind, der Abbruch von einem Arzt vorgenommen wird, die Schwangere den Abbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 StGB nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen (Beratungsregelung). Bei medizinischer oder kriminologischer Indikation ist der Schwangerschaftsabbruch gemäß § 218 a Abs. 2 und 3 StGB unter bestimmten Voraussetzungen nicht rechtswidrig. 12

§ 219 StGB regelt Zweck, Inhalt und Formalien der Beratung der Schwangeren in einer Not- und Konfliktlage: 13

## § 219

Beratung der Schwangeren in einer Not- und Konfliktlage 14-15

(1) Die Beratung dient dem Schutz des ungeborenen Lebens. Sie hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen; sie soll ihr helfen, eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen. Dabei muß der Frau bewußt sein, daß das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und daß deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann, wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, daß sie die zumutbare Opfergrenze übersteigt. Die Beratung soll durch Rat und Hilfe dazu beitragen, die in Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen und einer Notlage abzuwehren. Das Nähere regelt das Schwangerschaftskonfliktgesetz. 16

(2) ...

Das Schwangerschaftskonfliktgesetz in der Fassung des Art. 1 Nr. 7 SFHÄndG bestimmt dazu: 17



## § 5

Inhalt der Schwangerschaftskonfliktberatung	18
(1) ...	
(2) Die Beratung umfaßt:	19
1. das Eintreten in eine Konfliktberatung; dazu wird erwartet, daß die schwangere Frau der sie beratenden Person die Gründe mitteilt, derentwegen sie einen Abbruch der Schwangerschaft erwägt; der Beratungscharakter schließt aus, daß die Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft der schwangeren Frau erzwungen wird;	20
...	
Das Schwangerschaftskonfliktgesetz trifft auch Regelungen für Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen:	21

## § 13

Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen	22-23
(1) Ein Schwangerschaftsabbruch darf nur in einer Einrichtung vorgenommen werden, in der auch die notwendige Nachbehandlung gewährleistet ist.	24
(2) Die Länder stellen ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicher.	25

## § 14

Bußgeldvorschriften	26
(1) Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 13 Abs. 1 einen Schwangerschaftsabbruch vornimmt.	27
(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Deutsche Mark geahndet werden.	28
Nach wie vor ist niemand verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken, soweit nicht die Mitwirkung notwendig ist, um von der Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden (§ 12 SchKG). Über Abbrüche nach § 218 a Abs. 1 bis 3 StGB ist eine Bundesstatistik durch das Statistische Bundesamt zu führen (§ 15 SchKG).	29
Im Strafgesetzbuch werden Folgen der Verletzung ärztlicher Pflichten geregelt:	30
§ 218 c StGB	31
Ärztliche Pflichtverletzung bei einem Schwangerschaftsabbruch	32-33

(1) Wer eine Schwangerschaft abbricht,	34
1. ohne der Frau Gelegenheit gegeben zu haben, ihm die Gründe für ihr Verlangen nach Abbruch der Schwangerschaft darzulegen,	35
2. ohne die Schwangere über die Bedeutung des Eingriffs, insbesondere über Ablauf, Folgen, Risiken, mögliche physische und psychische Auswirkungen ärztlich beraten zu haben,	36
3. ohne sich zuvor in den Fällen des § 218 a Abs. 1 und 3 auf Grund ärztlicher Untersuchung von der Dauer der Schwangerschaft überzeugt zu haben oder	37
4. obwohl er die Frau in einem Fall des § 218 a Abs. 1 nach § 219 beraten hat,	38
wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 218 mit Strafe bedroht ist.	39
(2) Die Schwangere ist nicht nach Absatz 1 strafbar.	40
Hierdurch soll nach der Begründung der Ausschlußfassung die Forderung des Bundesverfassungsgerichts nach Verhaltensanforderungen an den Arzt umgesetzt werden, soweit sie durch Strafrecht und nicht durch Berufsrecht zu regeln seien. Von einer Regelung, die die Mitteilung des Geschlechts des Ungeborenen unter Strafe stellt, sei mangels praktischer Relevanz in Deutschland abgesehen worden. Sollte sich in Zukunft ein Regelungsbedarf ergeben, müsse der Gesetzgeber tätig werden (BTDrucks 13/1850, S. 26). Bei den parlamentarischen Beratungen im Bundestag bestand Einigkeit, daß der Kompromißvorschlag der Ausschlußfassung des § 218 c StGB, der schließlich die parlamentarische Mehrheit fand, keine Verpflichtung der Frau begründete, mit dem Arzt über die Gründe für den Abbruch zu sprechen (vgl. BTDrucks 13/1850, S. 19 unter 3.; Deutscher Bundestag, 13. WP, Protokoll der 47. Sitzung vom 29. Juni 1995, S. 3759 D, S. 3760 A, S. 3768 D, S. 3769 A, S. 3777 C), weshalb die Regelung von Vertretern des Minderheitengesetzentwurfs der CDU/CSU beanstandet wurde (BTDrucks 13/1850, S. 19 unter 6. und Protokoll, a.a.O., S. 3777 D).	41
Auch für die gesetzliche Krankenversicherung wurden Neuregelungen getroffen. Die Krankenkassen haben bei nicht rechtswidrigen Abbrüchen die Kosten zu tragen, treten jedoch auch bei Abbrüchen nach § 218 a Abs. 1 StGB für solche Frauen in Vorleistung, denen die Aufbringung der Mittel hierfür nicht zumutbar ist (vgl. das Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen vom 21. August 1995 <BGBl I S. 1054>, verkündet als Art. 5 SFHÄndG). Für diesen Personenkreis gelten die §§ 24 b, 73 Abs. 2 Nr. 11, 75 Abs. 9, 76 Abs. 1 Satz 1, 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 11 SGB V sowie in Verbindung hiermit die Vereinbarung von Qualitätssicherungsmaßnahmen beim ambulanten Operieren gemäß § 14 des Vertrages nach § 115 b Abs. 1 SGB V zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen	42

sen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 13. Juni 1994, geändert durch Vertrag vom 10. November 1995 (Deutsches Ärzteblatt 1994, A-2124; 1995, A-3648). Zu den ambulanten Operationen und Anästhesien gehören auch Schwangerschaftsabbrüche (vgl. Abschnitt B.X.3., Nr. 195, 197, 198 des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes für die ärztlichen Leistungen, abgedruckt in Hoffmann/Otto <Hrsg.>, Soziale Gesetzgebung und Praxis, Gebühren- und Vertragsrecht - Ärzte, Teil 2), die grundsätzlich nur Fachärzte vornehmen dürfen, wobei allerdings Ausnahmen für solche Ärzte vorgesehen sind, die bereits vor Inkrafttreten der Vereinbarung die Leistungen durchgeführt und abgerechnet haben und weiterhin die baulichen, apparativ-technischen, hygienischen und sonstigen personellen Voraussetzungen erfüllen (§ 9 Abs. 3 Satz 2 bis 7 und Abs. 4 der Qualitätssicherungsvereinbarung). Auch § 135 Abs. 2 Satz 3 SGB V in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung (2. GKV-Neuordnungsgesetz - 2. GKV-NOG) vom 23. Juni 1997 (BGBl I S. 1520) enthält eine entsprechende Klausel bei Einführung neuer Qualifikationen.

2. Das ärztliche Berufsrecht hat seine Grundlage in der Bundesärzteordnung vom 2. Oktober 1961 (BGBl I S. 1857; im folgenden: BÄO) in der Fassung vom 16. April 1987 (BGBl I S. 1218), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. April 1993 (BGBl I S. 512, geändert durch das Gesetz vom 27. September 1993 <BGBl I S. 1666>). Ärzte erhalten danach zur uneingeschränkten Ausübung der Heilkunde am Menschen unter der Bezeichnung "Arzt" die Approbation. Die Bundesärzteordnung enthält zugleich die Ermächtigungsgrundlage für die Approbationsordnung (§ 4 Abs. 1 BÄO) und die Gebührenordnung (§ 11 BÄO).

43

Durch Art. 2 SFHÄndG wurde die Approbationsordnung für Ärzte in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Juli 1987 (BGBl I S. 1593; im folgenden: ÄAppO) dahingehend geändert, daß zum Prüfungsstoff für den zweiten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung auch die Beratung und Beurteilung in Konfliktsituationen, insbesondere medizinische, rechtliche und ethische Aspekte des Schwangerschaftsabbruchs, gehören (Abschnitt II und IV der Anlage 16 zu § 29 Abs. 2 Satz 2 ÄAppO). Die durch Art. 3 SFHÄndG geänderte Gebührenordnung der Ärzte sieht für Schwangerschaftsabbrüche nach § 218 a Abs. 1 StGB eine Begrenzung bis zum 1,8fachen des Gebührensatzes vor; Honorarvereinbarungen für damit zusammenhängende ärztliche Leistungen sind ausgeschlossen (§ 2 Abs. 1 Satz 2, § 5 a der Gebührenordnung für Ärzte <GOÄ> in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Februar 1996 <BGBl I S. 210>).

44

3. In Bayern wird die ärztliche Berufsausübung im Gesetz über die Berufsausübung, die Berufsvertretungen und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker (Heilberufe-Kammergesetz - HKaG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juli 1994 (BayGVBl S. 853) geregelt. Danach sind die Ärzte verpflichtet, ihren Beruf gewissenhaft auszuüben, insbesondere sich im fachlichen Rahmen ihrer Berufsausübung fortzubilden, sich dabei über die für ihre Berufsausübung geltenden Bestimmungen zu unterrichten und über in Ausübung ihres Berufes gemachte

45

Feststellungen und getroffene Maßnahmen Aufzeichnungen zu fertigen. Bei einem Verstoß gegen ärztliche Berufspflichten sieht das Heilberufe-Kammergesetz unter anderem als Sanktionen die Rüge, den Verweis und Geldbußen (bis 100.000 DM) vor.

Weitere Vorschriften über die Berufspflichten enthalten die auf dieser Ermächtigungsgrundlage von der Landesärztekammer erlassene Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (im folgenden: BayBO, Neufassung vom 1. Januar 1994, zuletzt geändert am 12. Oktober 1997 <Bayerisches Ärzteblatt 11/1997, S. 389>), sowie die Weiterbildungsordnung für die Ärzte Bayerns vom 18. Oktober 1992 (Bayerisches Ärzteblatt 9/1993, S. 1).

46

Danach sind die Ärzte verpflichtet, sich über die für ihre Berufsausübung geltenden Vorschriften zu unterrichten und diese zu beachten sowie ärztliche Aufzeichnungen zu fertigen und aufzubewahren. Sie haben die von der Kammer festgelegten Grundsätze korrekter Berufsausübung zu berücksichtigen, zu denen auch die Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst gehört. Die Ärzte sind verpflichtet, an den von der Kammer eingeführten Maßnahmen zur Sicherung der Qualität der ärztlichen Tätigkeit teilzunehmen. Bei speziellen medizinischen Maßnahmen oder Verfahren, die ethische Probleme aufwerfen und zu denen die Kammer Empfehlungen festgelegt hat, haben sie diese Empfehlungen - auch im Hinblick auf die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen - zu beachten. Unter der Überschrift "Erhaltung des ungebohrenen Lebens" bestimmt Kapitel B § 14 BayBO in Übereinstimmung mit den Berufsordnungen der anderen Länder, daß der Arzt grundsätzlich verpflichtet ist, das ungebohrne Leben zu erhalten, daß der Schwangerschaftsabbruch den gesetzlichen Bestimmungen unterliegt und daß der Arzt nicht gegen sein Gewissen gezwungen werden kann, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen.

47

Die Weiterbildungsordnung regelt die Voraussetzungen für die Anerkennung als Facharzt, die an den Erwerb und den Nachweis eingehender Kenntnisse und Erfahrungen gebunden ist - auch in instrumentellen, apparativen, operativen und invasiven Untersuchungs- und Operationsmethoden sowie in der Prävention, Diagnostik, konservativen und operativen Therapie gynäkologischer Erkrankungen aller Altersstufen, einschließlich der gebietsbezogenen Sonographie und der Deutung gynäkologischer Röntgenaufnahmen. Für das ambulante Operieren hat die Bayerische Landesärztekammer keine Richtlinien erlassen und auch die Richtlinie der Bundesärztekammer nicht übernommen. Die Ankündigung "Ambulante Operationen" oder "Ambulantes Operieren" auf dem ärztlichen Praxisschild setzt aber nach der Verwaltungspraxis gemäß Kapitel D Nr. 2 Abs. 5 BayBO und dem hier angebrachten Verweis auf Qualitätssicherungsmaßnahmen inhaltlich voraus, daß die für die vertragsärztliche Versorgung geltenden Qualitätssicherungsvereinbarungen erfüllt werden. In Kapitel D Nr. 2 Abs. 6 BayBO sind darüber hinaus die Voraussetzungen für die Ankündigung "Praxisklinik" mit Regelungen zu apparativen und personellen Anforderungen enthalten, die ebenfalls auf die anerkannten Qualitätssicherungsregeln des Vertragsarztrechts Bezug nehmen.

48

## II.

Die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Regelungen des Art. 2, Art. 3, Art. 5 Abs. 1 bis 4, Art. 8, Art. 9 und Art. 10 BaySchwHEG betreffen Einrichtungen, in denen Schwangerschaftsabbrüche von einem Arzt mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommen werden. Sie gelten grundsätzlich nicht für Abbrüche, die notwendig sind, um von der Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden, und deren Vornahme deshalb von Ärzten gemäß § 12 Abs. 2 SchKG nicht verweigert werden darf (Art. 1 Abs. 1). Einrichtungen in diesem Sinne sind Krankenhäuser, Krankenanstalten im Sinne des § 30 GewO und ärztliche Praxen (Art. 1 Abs. 2). Nehmen niedergelassene Ärzte Schwangerschaftsabbrüche in anderen Einrichtungen vor, gelten diese Einrichtungen insoweit als Teil der Praxis dieser Ärzte. Räumlichkeiten, in denen Krankenhausärzte auf eigene Rechnung Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, gelten ebenfalls als selbständige Einrichtungen (Art. 1 Abs. 3). Sonderregelungen bestehen für staatliche Krankenhäuser einschließlich Hochschulkliniken (Art. 1 Abs. 2 Satz 2). 49

Nach Art. 2, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BaySchwHEG dürfen Schwangerschaftsabbrüche nur in Einrichtungen vorgenommen werden, denen eine Erlaubnis durch die Regierung erteilt wurde; bei bestimmten Krankenhäusern genügt es, daß sie ihre Bereitschaft hierzu angezeigt haben. Diese Vorschriften lauten: 50

Art. 2 51

Zugelassene Einrichtungen 52

Schwangerschaftsabbrüche dürfen nur in Einrichtungen nach Erteilung der Erlaubnis gemäß Art. 3 oder nach Erstattung der Anzeige gemäß Art. 4 vorgenommen werden. Die Träger, Inhaber und ärztlichen Leiter von Einrichtungen haben dafür Sorge zu tragen, daß dieses Verbot in der Einrichtung eingehalten wird. 53

Art. 3 54

Erlaubnispflichtige Einrichtungen 55

(1) Einrichtungen bedürfen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen der Erlaubnis durch die Regierung, es sei denn, sie sind im Krankenhausplan mit der Fachrichtung "Gynäkologie und Geburtshilfe" aufgenommen oder sie werden von einem öffentlich-rechtlichen Träger in einer Rechtsform des öffentlichen oder privaten Rechts betrieben; das gleiche gilt bei Beteiligung eines öffentlich-rechtlichen Trägers an einem in einer Rechtsform des privaten Rechts geführten Krankenhaus, wenn der überwiegende Einfluß des öffentlich-rechtlichen Trägers insbesondere durch seine Mehrheit am Grundkapital oder durch sein Stimmrecht oder durch die rechtlichen oder organisatorischen Verhältnisse sichergestellt ist. 56

Auf schriftlichen Antrag wird die Erlaubnis erteilt, wenn nachgewiesen ist, daß die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 Satz 3 BaySchwHEG erfüllt sind. Die Vorschrift lautet:

Art. 3 58

Erlaubnispflichtige Einrichtungen 59

(1) ... Sie wird erteilt, wenn nachgewiesen ist, daß in der Einrichtung 60

1. die Anforderungen des § 13 Abs. 1 SchKG erfüllt sind, 61

2. Ärzte mit fachärztlicher Anerkennung auf dem Gebiet "Frauenheilkunde und Geburtshilfe", die die Anforderungen nach Art. 5 Abs. 5 Satz 1 erfüllen, und das erforderliche, fachlich geeignete Assistenzpersonal zur Verfügung stehen, 62

3. die Versorgung durch Ärzte mit fachärztlicher Anerkennung auf dem Gebiet "Anästhesiologie" sichergestellt ist, sofern ein Schwangerschaftsabbruch in Allgemeinnarkose durchgeführt wird, 63

4. eine ausreichende Notfallintervention möglich ist, 64

5. Räumlichkeiten in einer Beschaffenheit vorhanden sind, daß der Schwangerschaftsabbruch nach den Regeln der ärztlichen Kunst, den Anforderungen der Hygiene und ohne sonstige Gefährdung der Schwangeren durchgeführt werden kann, 65

6. die zur Feststellung des Alters der Schwangerschaft erforderliche Geräteausstattung vorhanden ist 66

und wenn der Träger oder Inhaber der Einrichtung die Gewähr dafür bietet, daß die Rechtspflichten bei der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen einschließlich der Pflichten nach Art. 5 eingehalten werden. 67

An diese Vorschrift knüpft Art. 8 BaySchwHEG an, der den Widerruf der Erlaubnis und die Untersagung und Unterbindung von Abbrüchen regelt. 68

Gemäß Art. 5 Abs. 1 BaySchwHEG dürfen Schwangerschaftsabbrüche nur von Ärzten mit fachärztlicher Anerkennung auf dem Gebiet der Frauenheilkunde und Gynäkologie oder unter deren Aufsicht von Ärzten vorgenommen werden, die sich in Weiterbildung auf diesem Fachgebiet befinden. Die Vorschrift lautet: 69

Art. 5 70

Pflichten der Einrichtungen 71

(1) Schwangerschaftsabbrüche sind nach den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst vorzunehmen; sie dürfen nur von den in 72

Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 bezeichneten Ärzte oder unter deren verantwortlicher Aufsicht von Ärzten vorgenommen werden, die sich in Weiterbildung auf dem entsprechenden Fachgebiet befinden.

Die Einnahmen der Einrichtung aus Schwangerschaftsabbrüchen, für die keine Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung besteht, dürfen gemäß Art. 5 Abs. 2 BaySchwHEG ein Viertel der aus der gesamten Tätigkeit der Einrichtung erzielten Einnahmen nicht übersteigen. Hierzu gehören Schwangerschaftsabbrüche nach § 218 a Abs. 1 StGB sowie alle Abbrüche, die die Schwangere selbst zahlt oder die bei Mittellosigkeit von öffentlichen Trägern übernommen werden. Die Vorschrift lautet:

(2) Die Einnahmen aus den in der Einrichtung je Kalenderjahr vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüchen, für deren Vornahme die Einrichtung einen Zahlungsanspruch gegen die Schwangere selbst hat oder die sie nach dem Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen vom 21. August 1995 (BGBl I S. 1054) abrechnet, dürfen ein Viertel der aus der gesamten Tätigkeit der Einrichtung erzielten Einnahmen nicht übersteigen. Die Vergütung der ambulant in stationären Einrichtungen (Art. 1 Abs. 2) vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüche, bei denen die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 1 StGB vorliegen, bestimmt sich, soweit nicht das Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen Anwendung findet, nach der jeweils geltenden Fassung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) unter Beachtung der Beschränkungen nach § 2 Abs. 1 und § 5 a GOÄ.

Nach Art. 5 Abs. 3 BaySchwHEG hat die Einrichtung der Regierung bis spätestens 31. März eines jeden Jahres Anzahl und Art der im vorangegangenen Jahr vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüche und die vereinnahmten Vergütungen zu melden, damit die einnahmebezogene Quotenregelung durch Plausibilitätsprüfungen überwacht werden kann. Die Vorschrift lautet:

(3) Die Einrichtung hat der Regierung bis spätestens 31. März eines jeden Jahres und vorbehaltlich der Sätze 3 und 4

1. die Zahl der im vorangegangenen Jahr vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüche, getrennt nach solchen, bei denen die Voraussetzungen

a) des § 218 a Abs. 1 StGB,

b) des § 12 Abs. 2 SchKG,

c) des § 218 a Abs. 2 StGB, ausgenommen die unter Buchstabe b bezeichneten Fälle,

d) des § 218 a Abs. 3 StGB	81
vorliegen und	82
2. die jeweilige Summe der für diese Schwangerschaftsabbrüche vereinnahmten Vergütungen nach der Gebührenordnung für Ärzte oder nach dem Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen und der Pflegesätze bei selbstzahlenden oder nach dem genannten Gesetz anspruchsberechtigten Patientinnen einschließlich der Pflegesätze nach § 24 b Abs. 4 Satz 3 SGB V sowie die Einnahmen für die übrigen, von der Einrichtung in diesem Zeitraum erbrachten Leistungen zu melden. Die Regierungen können für die Meldungen die Verwendung amtlicher Vordrucke vorschreiben. ...	83
Die Überwachung der Einrichtung hinsichtlich der Einhaltung der Anforderungen und Pflichten nach Art. 2 bis 4, Art. 5 Abs. 1, 5 und 6 BaySchwHEG obliegt den Gesundheitsämtern, die Überwachung der Einnahmequotierung und der Melde- und Vorlagepflichten nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 BaySchwHEG den Regierungen.	84
Die Regierungen unterrichten wegen der Auskunftspflicht der Ärzte für die Bundesstatistik nach § 18 Abs. 3 Nr. 1 SchKG die Bayerische Landesärztekammer und, soweit es sich um Vertragsärzte handelt, auch die Kassenärztliche Vereinigung Bayerns (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 BaySchwHEG) über die zugelassenen Arztpraxen. Ferner unterrichten die Regierungen zum Zwecke der Durchführung des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen die gesetzlichen Krankenkassen oder ihre Verbände im Freistaat Bayern über die zugelassenen Einrichtungen (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 BaySchwHEG). Wenn der jeweilige Träger oder Inhaber der Einrichtung nicht widerspricht, erteilen die Gesundheitsämter und die gesetzlichen Krankenkassen auf Ersuchen Frauen Auskunft über Bezeichnung und Anschrift der im Regierungsbezirk zugelassenen Einrichtungen (Art. 6 Abs. 3 BaySchwHEG).	85
Das Gesetz enthält in Art. 9 eine Strafnorm zur Ahndung von Verstößen gegen Art. 2, 5 und 8. Die Strafvorschrift lautet:	86
Art. 9	87
Strafvorschriften	88
(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Art. 2 Satz 1 oder entgegen einer vollziehbaren Untersagung nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 eine Schwangerschaft abbricht, wenn die Tat nicht in § 218 StGB mit Strafe bedroht ist.	89
(2) Ebenso wird bestraft, wer als Träger, Inhaber oder ärztlicher Leiter von Einrichtungen entgegen Art. 2 Satz 2, auch in Verbindung	90



mit Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2, nicht dafür Sorge trägt, daß Schwangerschaftsabbrüche nicht vorgenommen werden, oder entgegen Art. 5 Abs. 1 nicht dafür Sorge trägt, daß Schwangerschaftsabbrüche nur unter den dort genannten Voraussetzungen vorgenommen werden, wenn die Tat nicht in § 218 StGB mit Strafe bedroht ist.

(3) Die Schwangere ist nicht nach Absatz 1 oder 2 strafbar. 91

Das Bayerische Schwangerenilfeergänzungsgesetz hat überdies das Heilberufekammergesetz geändert. Danach dürfen Ärzte den Abbruch einer Schwangerschaft im Einzelfall nicht für verantwortlich halten, wenn die Frau die Beweggründe für ihr Verlangen nach Abbruch der Schwangerschaft nicht darlegt; sie müssen ihre Mitwirkung daran ablehnen. Die einen Schwangerschaftsabbruch vornehmenden Ärzte trifft deshalb eine besondere Dokumentationspflicht bezüglich der Tatsache, daß die Frau ihre Beweggründe dargelegt hat. Außerdem darf das Geschlecht des ungeborenen Kindes innerhalb der ersten 12 Wochen nicht mitgeteilt werden, soweit nicht ein Ausnahmetatbestand vorliegt. Art. 11 Nr. 1 Buchstabe a BaySchwHEG hat folgenden Wortlaut: 92

Art. 11 93

Änderung des Heilberufe-Kammergesetzes 94

Das Gesetz über die Berufsausübung, die Berufsvertretungen und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker (Heilberufe-Kammergesetz - HKaG -) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juli 1994 (GVBl S. 853, ber. 1995 S. 325, BayRS 2122-3-A), wird wie folgt geändert: 95

1. Art. 18 wird wie folgt geändert: 96

a) Es wird folgender neuer Absatz 2 eingefügt: 97

"(2) Ärzte, die den Abbruch einer Schwangerschaft im Einzelfall für nicht verantwortlich halten, müssen ihre Mitwirkung daran ablehnen; nicht verantwortlich ist ihre Mitwirkung insbesondere dann, wenn die Frau die Beweggründe für ihr Verlangen nach Abbruch der Schwangerschaft nicht dargelegt hat. Ferner haben Ärzte es zu unterlassen, einer anderen Person als einem Arzt das Geschlecht eines Ungeborenen mitzuteilen, bevor seit der Empfängnis zwölf Wochen verstrichen sind, wenn nicht die Mitteilung nach ärztlicher Erkenntnis zur Beurteilung der Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB oder aus ärztlicher Sicht im Interesse des ungeborenen Lebens geboten ist; sie haben zur Einhaltung dieser Pflicht ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen anzuhalten, die bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind. Ärzte, die einen Schwangerschaftsabbruch 98

vornehmen, haben Aufzeichnungen zu fertigen über	
1. die festgestellte Dauer der Schwangerschaft,	99
2. die Tatsache, daß die Frau die Beweggründe für ihr Verlangen nach Abbruch der Schwangerschaft dargelegt hat,	100
3. die Durchführung der Aufklärung und Beratung über die ärztlich bedeutsamen Gesichtspunkte, insbesondere über Ablauf, Folgen und Risiken sowie über mögliche körperliche und seelische Auswirkungen des Abbruchs der Schwangerschaft,	101
4. die Unterrichtung der Frau über die für die ärztliche Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte und über den von der Verfassung gebotenen Schutz des ungeborenen Lebens.	102
Außerdem sind von den an einem Schwangerschaftsabbruch mitwirkenden Ärzten, soweit nicht ein Fall des § 218a Abs. 1 StGB vorliegt, die für die ärztliche Erkenntnis im Einzelfall maßgeblichen Gesichtspunkte einschließlich der Stellungnahmen konsiliarisch beigezogener anderer Fachärzte aufzuzeichnen. Die Sätze 1 bis 4 gelten nicht für Schwangerschaftsabbrüche, bei denen die Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes vorliegen."	103
Der Gesetzentwurf verweist zur Begründung auf die Ausführungen im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 (BVerfGE 88, 203 ff.). Der Bundesgesetzgeber sei den Aufträgen des Gerichts - teils mangels Gesetzgebungskompetenz - nicht umfassend nachgekommen, so daß der Landesgesetzgeber habe tätig werden müssen. Es sei auch nicht absehbar gewesen, ob und wann die ärztliche Berufsvertretung dem Regelungsauftrag nachkommen würde (LTDruks 13/4961, S. 1, 11).	104
<b>III.</b>	
Etwa ein Jahr nach Verabschiedung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes des Bundes war das bayerische Gesetzgebungsvorhaben Gegenstand einer Bundestagsdebatte und zweier Entschlüsse des Deutschen Bundestages (Deutscher Bundestag, 13. WP, 110. Sitzung vom 13. Juni 1996, S. 9747 B bis 9771 B).	105
1. a) Der Antrag der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN (BTDrucks 13/4858) war überschrieben: "Unzulässige Verschärfung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes des Bundes ... durch das Bayerische Schwangerenberatungsgesetz und das Bayerische Schwangerenhilfeergänzungsgesetz." In der Begründung wird ausgeführt:	106
"Ebenso sind eine Reihe der in dem Entwurf für ein Bayerisches	107

Schwangerenhilfeergänzungsgesetz vorgesehenen Regelungen nicht mit dem bundesrechtlichen Schwangeren- und Familienhilfeergänzungsgesetz vereinbar. Das gilt insbesondere für die Einführung einer Erlaubnispflicht für Einrichtungen, in denen ambulante Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden sollen, und hinsichtlich der Beschränkung der Vornahme von Abbrüchen auf Frauenärzte sowie der Begrenzung der Einnahmen aus Schwangerschaftsabbrüchen auf 25 Prozent. All dies geht weit über die Anforderungen nach dem SFHÄndG hinaus und ist damit ein klarer Verstoß gegen Bundesrecht."

Der Antrag war darauf gerichtet, die Bayerische Staatsregierung aufzufordern, die eingebrachten Gesetzentwürfe zurückzuziehen. Der Antrag wurde mit 316 zu 264 Stimmen bei 61 Enthaltungen angenommen (13. WP, 110. Sitzung vom 13. Juni 1996, S. 9765 A). 108

b) Der Antrag der Fraktion der F.D.P. (BTDrucks 13/4879) war überschrieben: "Verfassungsgebote Einhaltung des bundeseinheitlichen Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes ... durch die Bayerische Staatsregierung." Zur Begründung wird ausgeführt: 109

"Der bayerische Gesetzentwurf schafft ... für die betroffenen Frauen zusätzliche Hürden und erzeugt Druck, wodurch das Ziel der Schwangerenberatung, Hilfe für die Frau in einer schwierigen Konfliktlage durch eine offene und vertrauensvolle Atmosphäre zu geben, gefährdet würde. Mit dem ... Bayerische(n) Schwangerenhilfeergänzungsgesetz ... soll die Arbeit von Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen durch einen weiteren Erlaubnisvorbehalt besonders erschwert werden. Sieht das Schwangerschaftskonfliktgesetz des Bundes vom 21. August 1995 keine über die Sicherstellung der notwendigen Nachbehandlung hinausgehenden Zulassungsvoraussetzungen vor, macht dieser Entwurf die Erlaubnis für ärztliche Praxen insbesondere davon abhängig, daß nur ein Viertel der aus der gesamten Tätigkeit der Einrichtung gemachten Einnahmen aus vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüchen erzielt werden darf. Damit soll verhindert werden, daß in ärztlichen Praxen, obwohl sie über die notwendige medizinische Ausstattung und die ärztliche Qualifikation verfügen, überwiegend Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden. Diese zusätzlichen Beschränkungen bergen die Gefahr in sich, daß betroffene Frauen in einem anderen Bundesland einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen. Der Deutsche Bundestag ist deshalb bereit, die Durchsetzung von Bundesrecht nötigenfalls auf dem Rechtswege zu erzwingen." 110

Der Antrag war darauf gerichtet, daß der Bundestag folgendes beschließen möge: 111

"Die Gesetzgebungsvorhaben der Bayerischen Staatsregierung zum Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz des Bundes verstoßen gegen Bundesrecht. Der Deutsche Bundestag hält den nach vielen Anläufen über die Grenzen aller Fraktionen hinweg erreichten Kompromiß bei der Ausgestaltung des § 218 StGB für einen wichtigen Gewinn an Rechtsfrieden in unserem Land. Er appelliert eindringlich an die Bayerische Staatsregierung, im Interesse der Frauen und des Schutzes des ungeborenen Lebens zu dem breiten politischen Konsens, wie er im Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz des Bundes vom 21. August 1995 seinen Niederschlag gefunden hat, zurückzukehren und die bereits eingebrachten Gesetzentwürfe nicht weiter zu verfolgen." 112

Dieser Antrag wurde mit 348 zu 250 Stimmen bei 40 Enthaltungen angenommen (13. WP, 110. Sitzung vom 13. Juni 1996, S. 9769 A). 113

2. Im Rahmen der parlamentarischen Debatte über diese Anträge in der 110. Sitzung der 13. Wahlperiode am 13. Juni 1996 stellte Bundesjustizminister Schmidt-Jortzig, der als Abgeordneter sprach, auf Nachfrage des Abgeordneten Göhner, der sich auf die von ihm selbst bejahte bayerische Gesetzgebungskompetenz für die Einnahmequotierung und bestätigende frühere Äußerungen aus dem Bundesjustizministerium bezog, fest: "Es geht mir darum, ob es dem bayerischen Gesetzgeber an diesem Punkt erlaubt ist, mit einem eigenen Entwurf, mit einer eigenen Regelung gegenüber der des Bundesgesetzgebers aktiv zu werden. Ich glaube nicht, daß das geht; denn in Art. 72 des Grundgesetzes steht nun einmal: Die Länder haben Gesetzgebungszuständigkeit nur, soweit und solange der Bundesgesetzgeber von seiner Regelungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Da er davon Gebrauch gemacht hat, kann das so nicht akzeptiert werden." In diesem Zusammenhang nahm er zu einem Beitrag des Abgeordneten Hüppe wie folgt Stellung: "... Ich bin in der Tat nicht glücklich über die bundesrechtliche Regelung in der Sache. Aber völlig abgesehen davon: Der Bundesgesetzgeber hat die Regelung nun einmal so getroffen, und deswegen ist es nicht zulässig, daß sich ein Land dagegen stellt, egal, ob man diese Regelung gut findet oder nicht" (S. 9761 D bis 9762 A). 114

#### IV.

1. Die Beschwerdeführer sind in Bayern niedergelassene Ärzte, die 1996 bei Verkündung des Bayerischen Schwangerenhilfeergänzungsgesetzes aus ambulanten Abbrüchen mehr als ein Viertel ihrer Einnahmen erzielten. Vier von ihnen sind Fachärzte. 115

a) Der 1955 geborene Beschwerdeführer zu 1) ist seit dem 4. Februar 1994 niedergelassener Arzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe in Nürnberg. Seine auf Schwangerschaftsabbrüche spezialisierte Klinik führt er als rechtlich selbständigen 116

Betrieb auf dem Gelände des Klinikums Nord der Stadt Nürnberg. Dies geht auf eine Initiative der Stadt zurück, weil es rechtlich und tatsächlich schwierig war, einen zu Abbrüchen bereiten Arzt für das Städtische Klinikum zu gewinnen. Er nimmt jährlich zwischen 3.000 und 4.000 Abbrüche vor; der hierauf entfallende Anteil seiner Einnahmen betrug zwischen 1994 und 1997 zwischen 77 und 87 vom Hundert.

b) Der 1946 geborene Beschwerdeführer zu 2), der zwei Jahre lang eine Facharzt-  
ausbildung durchlief, diese jedoch nicht beendete, ist auf Schwangerschaftsabbrü-  
che spezialisiert. 1980 wurde ihm erstmals in Hessen hierzu die Genehmigung erteilt,  
wobei er auch sonographische Leistungen und ambulante Operationen kassenärzt-  
lich abrechnen konnte. Nach Niederlassungen als Kassenarzt in Nordrhein-  
Westfalen und Hessen, jeweils mit der Erlaubnis zu ambulanten Schwangerschafts-  
abbrüchen, wurde er 1993 in München als Vertragsarzt zugelassen; zwei Jahre  
später erhielt er auch die vertragsärztliche Genehmigung zur Durchführung ambulan-  
ter Operationen unter Einschluß von Schwangerschaftsabbrüchen. Er nimmt dort  
jährlich etwa 3.000 Abbrüche vor, aus denen er in den Jahren 1995 bis 1997 etwa 77  
vom Hundert seiner Gesamteinnahmen erzielte.

117

c) Der 1955 geborene Beschwerdeführer zu 3) ist als approbierter Frauenarzt seit  
1994 in Niederbayern als Vertragsarzt mit der Genehmigung zur Durchführung am-  
bulanter Operationen zugelassen. Er betreut etwa 350 bis 400 Patientinnen pro  
Quartal. Im Jahre 1995 erzielte er aus etwa 200 bis 300 Abbrüchen jährlich 50 vom  
Hundert seiner Gesamteinnahmen; in den Folgejahren erhöhte sich die Anzahl der  
Abbrüche bis auf etwa 370, wobei sich der hieraus erzielte Anteil an den Gesamtein-  
nahmen auf knapp 40 vom Hundert verringerte.

118

d) Der 1952 geborene Beschwerdeführer zu 4) ist seit 1987 als Facharzt für Frauen-  
heilkunde zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen; seitdem besitzt er auch die  
Berechtigung zur Durchführung ambulanter Operationen auf seinem Fachgebiet. An-  
gegliedert an seine Praxis betreibt er im Regierungsbezirk Schwaben eine kleine  
Frauenklinik. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt auf dem Gebiet der gynäkologi-  
schen Beratung, Behandlung und Geburtshilfe, einschließlich Hausgeburten. Er be-  
treut pro Quartal etwa 400 bis 430 Patientinnen. An zwei Tagen in der Woche führt er  
ambulante Abbrüche durch. Aus den in den Jahren 1996 und 1997 jährlich knapp 400  
Abbrüchen erzielte er 34 bis 38 vom Hundert seiner Gesamteinnahmen.

119

e) Der 1949 geborene Beschwerdeführer zu 5) ist seit 1992 als Frauenarzt zur ver-  
tragsärztlichen Versorgung im Regierungsbezirk Unterfranken zugelassen. In seiner  
Praxis behandelt er knapp 650 Patientinnen im Jahr, davon etwa 600 Mitglieder der  
gesetzlichen Krankenversicherung. Er führt an einem Tag in der Woche in einer Ta-  
gesklinik Abbrüche durch. 1995 erreichten die Einnahmen aus 500 bis 600 Abbrü-  
chen jährlich 50 vom Hundert seiner Gesamteinnahmen. Sie stiegen im Folgejahr bei  
gleichbleibender Anzahl auf 62 vom Hundert und sanken 1997 auf 59 vom Hundert  
der Gesamteinnahmen, wobei auch die Anzahl der Abbrüche auf unter 500 absank.

120

2. Mit ihnen im November 1996 (Beschwerdeführer zu 1 und 2) und im Mai 1997

121

(Beschwerdeführer zu 3 bis 5) eingegangenen, unmittelbar gegen das Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführer im wesentlichen die Verletzung von Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und 2 GG.

a) Die Verfassungsbeschwerden seien zulässig. Durch die angegriffenen Regelungen seien sie selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Es sei ihnen nicht zumutbar, sie auf den Rechtsweg zu verweisen. 122

b) Die angegriffenen Vorschriften verletzten die bezeichneten Grundrechte, weil sie formell verfassungswidrig seien. Dem Landesgesetzgeber habe die Gesetzgebungskompetenz gefehlt; wie sich auch aus dem für den Beschwerdeführer zu 2) erstatteten Rechtsgutachten von Professor Dr. Pieroth ergebe, habe der Bundesgesetzgeber in Wahrnehmung seiner Kompetenzen aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 7, 12 und 19 GG diesen Bereich abschließend geregelt. Durch Streichung des Zulassungsvorbehalts des Art. 3 Abs. 1 des 5. StrRG durch das Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1992 und die insoweit gleichlautende Neuregelung des § 13 SchKG ab 1995 durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz habe der Bundesgesetzgeber abschließend entschieden, daß Einrichtungen, die ambulante Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, keiner landesrechtlichen Zulassung bedürften. Der Bundesgesetzgeber habe geprüft, ob ein Verbot spezialisierter Einrichtungen erforderlich sei, jedoch auf eine solche Regelung bewußt verzichtet. Der mit dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz geschaffene § 75 Abs. 9 SGB V belege den eindeutigen Willen, daß nach Bundesrecht auf Schwangerschaftsabbrüche spezialisierte Einrichtungen nicht verboten werden sollten. Der Bundesgesetzgeber habe auch ausdrücklich und abschließend geregelt, daß der Arzt der Frau lediglich Gelegenheit geben müsse, ihm die Gründe für den Abbruch darzulegen. Hierzu stehe Art. 11 Abs. 1 Buchstabe a BaySchwHEG in Widerspruch. 123

c) Die Regelungen seien auch materiell verfassungswidrig. 124

aa) Art. 12 Abs. 1 GG werde durch die im Gesetz angeordneten und mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Berufswahl- und Berufsausübungsregelungen verletzt. Bei den Schwangerschaftsabbrüchen handele es sich um eine erlaubte Tätigkeit, die nach Bundesrecht keiner speziellen Zulassung mehr bedürfe. Das Zulassungserfordernis und die Einnahmequotierung seien eine objektive Beschränkung des Zugangs zu dem eigenständigen Beruf des auf Schwangerschaftsabbrüche spezialisierten Arztes. Insoweit dienten die Vorschriften weder dem Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter gegen nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren noch erfolgten sie im Interesse des Gemeinwohls. Sie seien für den Schutz des ungeborenen Lebens jedenfalls weder erforderlich noch geeignet. 125

Es liege nicht auf der Hand, daß Ärzte, die überwiegend Abbrüche vornehmen, nur auf einen Abbruch hinwirkten und die Frau nicht ergebnisoffen berieten und gegebenenfalls zur Fortsetzung der Schwangerschaft ermutigten. Vielmehr sei die Beratung durch solche Ärzte aufgrund ihrer jahrelangen Erfahrung bei der Aufdeckung von Unklarheiten und Ambivalenzen, die der Entscheidung der Patientin zugrunde liegen, in 126

der Regel besonders gut und führe so eher zu einem nochmaligen Überdenken der Entscheidung durch die Patientin. Eine andere Entscheidung der Frau kurz vor dem Abbruch falle bei spezialisierten Einrichtungen auch nicht besonders ins Gewicht. Der nicht spezialisierte Arzt habe dagegen zwangsläufig ein höheres materielles Interesse, den Ausfall einer Patientin zu vermeiden, weil der für jeden Abbruch erforderliche hohe Vorbereitungsaufwand (beispielsweise die Nutzung von Klinikbetten und die Verpflichtung eines Anästhesisten) dann nicht honoriert werde. Spezialisierte Einrichtungen in Wohnortnähe seien auch zum Schutze der Gesundheit der Frau erforderlich. Ein Arzt sollte mindestens 300 bis 400 Abbrüche im Jahr vornehmen, um die erforderliche Routine zu haben. Dies sei bei einer Quotierung der Einnahmen nicht möglich, wie sich aus der Einnahmestruktur bei den Beschwerdeführern zu 3) bis 5) ergebe.

Die Quotierung sei auch deshalb ungeeignet, weil der Arzt im laufenden Kalenderjahr aufgrund der Abrechnungsmodalitäten mit der Kassenärztlichen Vereinigung auf Prognosen und Erfahrungswerte aus den Vorjahren hinsichtlich seiner Einnahmen angewiesen sei. Die französische Regelung, die als Vorbild für die Einnahmequotierung gedient habe, sei auf deutsche Verhältnisse nicht übertragbar. Dort dürften Abbrüche lediglich im Krankenhaus erfolgen, könnten dann jedoch 25 vom Hundert der insgesamt jährlich vorgenommenen chirurgischen und geburtshilflichen Eingriffe des ganzen Krankenhauses ausmachen, wobei spezialisierte Einrichtungen trotz räumlicher Trennung diesem Krankenhaus zugerechnet würden. Abbrüche durch niedergelassene Ärzte in Belegbetten von Krankenhäusern würden ebenfalls in die Quote des gesamten Krankenhauses eingerechnet.

127

Es sei auch unverhältnismäßig, den Beschwerdeführern keinen Bestandsschutz in dem Sinne einzuräumen, daß sie über einen längeren Zeitraum ihre Praxen im Hinblick auf die Einnahmequotierung umstrukturieren könnten. Dies sei ohnehin schwierig, weil das Gesetz eine Stigmatisierung der Abtreibungsärzte bewirke, weshalb auch nur ein Teil der Einrichtungen mit Erlaubnis sich mit der Weitergabe von Namen und Adresse einverstanden erklärt habe. Darüber hinaus kollidierten die neuen Hürden mit dem in § 13 Abs. 2 SchKG normierten Handlungsauftrag des Bundesgesetzgebers an die Länder, ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherzustellen. Diesem Sicherstellungsauftrag sei das Land Bayern nicht nachgekommen, sondern wirke mit den angegriffenen Regelungen auf die Zerschlagung der ohnedies unzureichenden Versorgung hin.

128

Die Beschwerdeführer zu 1) und 2) müßten aufgrund der Regelungen ihre Praxen schließen. Die wirtschaftliche Existenz der Beschwerdeführer zu 3) bis 5) sei aufgrund der Einnahmeausfälle gefährdet, wenn sie in Zukunft die 25 vom Hundert-Quote durch Reduzierung der Abbrüche einhalten müßten. Ärzte, die bisher in geringem Umfang Abbrüche vorgenommen hätten, würden aufgrund des hohen bürokratischen Aufwandes und der mit der Zulassung verbundenen weitreichenden Eingriffsbefugnisse den Zulassungsantrag scheuen. Das vermindere die Kapazitäten

129

für ambulante Abbrüche erheblich, ohne daß - soweit erkennbar - andere Einrichtungen in Bayern diese Aufgaben wahrnehmen könnten oder wollten.

Damit seien zugleich die an das Zulassungserfordernis und die Quotierung anknüpfenden Melde-, Auskunfts-, Überwachungs- und Untersagungsbefugnisse sowie die Straf- und Bußgeldvorschriften verfassungswidrig. 130

Auch die Beschränkung des Rechts zur Vornahme von Abbrüchen auf Fachärzte für Frauenheilkunde und Geburtshilfe ohne Bestandsschutz für diejenigen, die den Qualitätssicherungsrichtlinien der Kassenärztlichen Vereinigungen genügten, sei nicht durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gedeckt. Solchen Ärzten könne das erforderliche gynäkologische Fachwissen, das durch langjährige Praxis unter Beweis gestellt worden sei, nicht abgesprochen werden. 131

Die Pflicht, gemäß Art. 18 Abs. 2 HKaG die Mitwirkung am Schwangerschaftsabbruch abzulehnen, wenn die Frau ihre Gründe nicht dargelegt habe, sei ebenfalls zum Schutze des werdenden Lebens und der Gesundheit der Frau weder erforderlich noch geeignet. Zwar komme es äußerst selten vor, daß eine Schwangere über ihre Motivation schweige, weil sie in der Regel erleichtert sei, über ihre Gründe sprechen zu können. Die Regelung erreiche nach den seit September 1996 in Bayern gemachten Erfahrungen aber das Gegenteil des erstrebten Zwecks, weil nunmehr die Frauen aus der Pflicht zur Angabe von Gründen schließen würden, diese würden letztlich doch bewertet. Dies verhindere ein offenes Gespräch. Der Entscheidungsspielraum der Ärzte werde darüber hinaus durch die Dokumentationspflicht des Art. 18 Abs. 2 Satz 4 HKaG massiv eingeschränkt. 132

bb) Art. 14 GG sei verletzt, weil das erhebliche Investitionsvolumen der betroffenen Praxen vollständig entwertet werde, ohne daß hierfür ein unabweisliches Bedürfnis bestehe. Die Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr greife unverhältnismäßig in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ein, weil sie allein an das Fehlen der formellen Zulassung anknüpfe. Dies widerspreche auch der Wertung des § 14 SchKG, der einen Verstoß gegen die materielle Verpflichtung zur Gewährleistung der notwendigen Nachsorge lediglich als Ordnungswidrigkeit ahnde. Art. 3 GG werde verletzt, weil das bayerische Sonderrecht nicht mit dem sonstigen Recht in der Bundesrepublik Deutschland in Einklang stehe. 133

## V.

Die Verfassungsbeschwerden sind dem Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung, der Bayerischen Staatsregierung, dem Bayerischen Landtag, dem Bayerischen Senat, den Präsidenten des Bundesgerichtshofs, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts, der Bayerischen Landesärztekammer, der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns, dem Berufsverband der Frauenärzte, dem Hartmann-Verband der Ärzte Deutschlands, dem Marburger Bund, dem Deutschen Ärztinnenbund, Pro Familia und dem Deutschen Juristinnenbund mit der Gelegenheit zur Stellungnahme zugestellt worden. 134



1. Die Bayerische Staatsregierung hat sich wie folgt geäußert: 135
- Die Verfassungsbeschwerden seien unzulässig. Da der nach § 218 a Abs. 1 StGB 136  
vorgenommene Schwangerschaftsabbruch von der Rechtsordnung nicht gebilligt  
werde, weil er - straffreies - Unrecht sei und der Arzt nur aus Gründen des Gesund-  
heitsschutzes der Frau straffrei an ihm mitwirken könne, könnten die Beschwerdefüh-  
rer für ihre Tätigkeit nicht den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG oder des Art. 14 Abs. 1  
GG in Anspruch nehmen. Ein grundrechtlich schützenswertes Vertrauen auf den  
Fortbestand einer Einnahmequelle, die sich aus der Mitwirkung an rechtswidrigem  
Tun speise, bestehe nicht. Deshalb habe auch für den Beschwerdeführer zu 2), der -  
soweit ersichtlich - in Bayern als einziger von dem Facharztvorbehalt betroffen wer-  
de, keine Übergangsregelung geschaffen werden müssen.
- Jedenfalls seien die Verfassungsbeschwerden unbegründet. Für den Erlaß der Vor- 137  
schriften habe das Land die Gesetzgebungskompetenz. § 13 Abs. 1 SchKG habe  
keine abschließende Regelung über die Anforderungen an Einrichtungen zum  
Schwangerschaftsabbruch getroffen. Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich,  
daß nur die Befugnis, Zulassungen von Einrichtungen für ambulante Abbrüche ganz  
zu verweigern, entfallen sollte. Der Bundesgesetzgeber sei selbst davon ausgegan-  
gen, daß weitere Regelungen zur Qualitätssicherung erforderlich seien, so auch zur  
erforderlichen Qualifikation des Arztes. Verstehe man die Norm anders, sei sie nicht  
hinreichend bestimmt. Zudem habe der Bundesgesetzgeber im Hinblick auf die Kom-  
petenz der Länder für die Regelung der Berufsausübung der Ärzte eine abschließen-  
de Regelung nicht treffen können, ohne in verfassungswidriger Weise die Länder-  
kompetenz auszuhöhlen. Dies gelte auch für die 25 vom Hundert-Quote. Jedenfalls  
habe der Bundesgesetzgeber nicht zum Ausdruck gebracht, daß er seine Nichtrege-  
lung als Sperre für ein landesrechtliches Verbot spezialisierter Einrichtungen verstan-  
den wissen wolle. Die Regelung, daß der Arzt den Abbruch ablehnen müsse, wenn  
die Frau ihm ihre Gründe nicht darlegt, ergebe sich zwingend aus den Forderungen  
des Bundesverfassungsgerichts. Die Entscheidung des Landesgesetzgebers, spe-  
zialisierte Einrichtungen trotz deren gegebenenfalls größerer medizinischer Routine  
zu verhindern, sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Staat komme da-  
mit seiner Schutzpflicht zugunsten des werdenden Lebens nach. In spezialisierten  
Einrichtungen lasse die Qualität der Beratung nach. Spezialisierte Einrichtungen sei-  
en außerdem von der Vornahme des Abbruchs wirtschaftlich abhängig. Der Sicher-  
stellungsauftrag könne auch bei einem Verbot spezialisierter Einrichtungen erfüllt  
werden. Hierzu werden im einzelnen Berechnungen unterbreitet.
2. Der Bayerische Landtag hat sich der Stellungnahme der Bayerischen Staatsre- 138  
gierung angeschlossen. Der Bayerische Senat hält die Verfassungsbeschwerden  
zwar für zulässig, aber aus den von der Staatsregierung vorgetragenen Gesichts-  
punkten für unbegründet.
3. Während der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts nur auf ältere Entschei- 139  
dungen zum früheren Recht der Zulassung ambulanter Einrichtungen verwiesen hat,

ist vom Präsidenten des Bundessozialgerichts, das bisher mit den angegriffenen Vorschriften nicht befaßt gewesen ist, zum ärztlichen Berufsrecht umfassend Stellung genommen worden: Die Qualitätssicherung werde vollständig durch das bundeseinheitliche Vertragsarztrecht gewährleistet. Darüber hinausgehendes Landesrecht verstoße gegen Art. 31 GG. Ein generelles Verbot von spezialisierten Einrichtungen sei unverhältnismäßig, da es mildere Mittel gebe. Die Gefahr einer Vernachlässigung des Lebensschutzes aufgrund ökonomischer Interessen bestehe prinzipiell bei allen Ärzten, da die Gebührenregelungen ökonomische Fehlsteuerungen hervorrufen könnten. Als milderes Mittel könnten die ärztliche Beratung attraktiver gestaltet und die operative Vornahme des Abbruchs so honoriert werden, daß große Gewinne ausgeschlossen seien. Zur Zeit erhalte der Arzt für die Beratung in der gesetzlichen Krankenversicherung, die auch für Abbrüche nach § 218 a Abs. 1 StGB gemäß § 24 b Abs. 3 SGB V in der Fassung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes gelte, etwa 15,40 DM, der Abbruch hingegen werde mit etwa 175 DM vergütet; dieser Betrag sei auch maßgeblich für mittellose Frauen entsprechend Art. 5 SFHÄndG. Im Falle der Privatliquidation ergebe sich sogar eine Vergütung von 430,92 DM für den Abbruch. Diese materiellen Anreize blieben auch bei einer Einnahmequotierung entsprechend dem bayerischen Gesetz erhalten. Unter diesen Umständen erschiene eine gebührenrechtliche Begrenzung der pro Tag abrechnungsfähigen Leistungsmenge oder die Einführung von Degressions- oder Abstaffelungsvorschriften wirkungsvoller und zugleich weniger belastend, zumal die Höhe des vertragsärztlichen Honorars, auf das die Einnahmequote Bezug nehme, erst im Lauf des ersten Halbjahres des Folgejahres feststehe. Der Vertrauensschutz erfordere zudem eine Übergangsregelung für Ärzte, die in der Vergangenheit eine künftig für sie unzulässige Tätigkeit in erlaubter Weise ausgeführt hätten. Sie müßten aufgrund des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Möglichkeit haben, ihre Sachkunde auch in anderer Weise als durch eine geforderte Zusatzausbildung nachzuweisen.

4. Der Präsident der Bayerischen Landesärztekammer hat ebenfalls Bedenken gegen die Ausgestaltung der Bestimmungen zur Verhinderung spezialisierter Einrichtungen und die vorgesehenen finanziellen Offenlegungspflichten und Kontrollen geäußert. Die Bayerische Landesärztekammer sehe auch keine Notwendigkeit, die Regelungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Selbstverwaltung punktuell für einzelne ärztliche Pflichten zu beschränken, obwohl anderen Pflichten nicht minderes Gewicht zukomme. 140

5. Der Berufsverband der Frauenärzte, der Ärztinnenbund und der Deutsche Juristinnenbund sind der Auffassung, daß der Bundesgesetzgeber abschließend die Bedingungen für einen straffreien Schwangerschaftsabbruch geregelt habe und die bayerische Regelung die ärztliche Berufsfreiheit deshalb verletze. 141

6. Pro Familia befürchtet aufgrund der angegriffenen Regelungen eine Verschlechterung der wohnortnahen Versorgung mit Einrichtungen für Schwangerschaftsabbrüche in Bayern. Frauen, die einen Abbruch nicht bei ihrem Frauenarzt oder einem ih- 142

nen bekannten Arzt vornehmen lassen wollten oder könnten, weil dieser die Erlaubnis nicht habe, könnten sich nur an einen der im Verzeichnis der AOK benannten Ärzte wenden, die mit der Weitergabe ihrer Adressen einverstanden gewesen seien. Eine wohnortnahe Versorgung werde hierdurch nicht gewährleistet. Der Gynäkologenvorbehalt sei nicht erforderlich. Bei einem Abbruch durch einen wenig geübten Arzt gingen die Frauen ein höheres Komplikationsrisiko ein. Der Zwang der Frau, ihre Gründe für den Abbruch darzulegen, sei unzumutbar und unnötig.

## VI.

Die Bayerische Staatsregierung ist den Verfahren der Beschwerdeführer zu 1) und 2), der Bayerische Landtag den Verfahren der Beschwerdeführer zu 3) bis 5) beigetreten. 143

In der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 1998 haben sich alle Verfahrensbeteiligten geäußert. 144

## VII.

Mit Urteil vom 24. Juni 1997 (BVerfGE 96, 120), wiederholt durch Beschlüsse vom 9. Dezember 1997 und 5. Juni 1998, hat das Bundesverfassungsgericht in den Verfahren der Beschwerdeführer zu 1) und 2) für Ärzte, die bereits vor dem 9. August 1996 Schwangerschaftsabbrüche in eigener Praxis oder als Belegarzt in Bayern durchgeführt haben, angeordnet, daß Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Halbsatz 1 und Art. 5 Abs. 1 Halbsatz 2 BaySchwHEG nicht anzuwenden sind, wenn sie als Vertragsärzte oder nach ärztlichem Standesrecht zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen befugt sind. Außerdem ist Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BaySchwHEG für solche Ärzte einstweilen außer Kraft gesetzt worden, deren Einnahmen aus Schwangerschaftsabbrüchen in Bayern schon im Jahre 1996 ein Viertel ihrer Gesamteinnahmen überstiegen haben. 145

## B.

Die Verfassungsbeschwerden sind im Umfang der in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge zulässig. Die Beschwerdeführer haben dargelegt, daß sie durch die angegriffenen Vorschriften selbst, gegenwärtig und unmittelbar in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sein können (vgl. hierzu BVerfGE 90, 128 <135>; stRspr). 146

Hinsichtlich der Einnahmebegrenzungen (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BaySchwHEG) und des nur den Beschwerdeführer zu 2) treffenden Facharztvorbehalts (Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Halbsatz 1, Art. 5 Abs. 1 Halbsatz 2 und Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BaySchwHEG) hat dies der Senat bereits im Verfahren der einstweiligen Anordnung geprüft und bejaht (BVerfGE 96, 120). Sämtliche Beschwerdeführer sind auch vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Art. 2 Satz 1 1. Alternative, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 2 BaySchwHEG), von den Meldepflichten über Anzahl und Art der Abbrüche (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 BaySchwHEG), von der Verpflichtung zur Mit- 147

teilung der Höhe der Einnahmen (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BaySchwHEG), der Pflicht zur Vorlage von Unterlagen (Art. 5 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 BaySchwHEG) sowie durch Art. 18 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 sowie Satz 3 Nr. 2 HKaG in der Fassung des Art. 11 BaySchwHEG selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Durch die teilweise am 1. Oktober 1996 und teilweise am 1. Juli 1997 in Kraft getretenen Vorschriften werden ihnen Handlungsgebote und -verbote auferlegt, ohne daß es eines weiteren Vollzugsaktes bedarf.

Soweit die Vorschriften strafbewehrt (Art. 9 Abs. 1 und 2 BaySchwHEG) oder angegriffene Vorschriften bußgeldbewehrt sind, ist es den Beschwerdeführern nicht zuzumuten, zunächst dagegen zu verstoßen und erst im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren die Verfassungswidrigkeit geltend zu machen (vgl. BVerfGE 81, 70). Auch im übrigen ist den Beschwerdeführern nicht zuzumuten, zunächst den Rechtsweg zu beschreiten. 148

### C.

Die Verfassungsbeschwerden sind überwiegend begründet. Zurückzuweisen sind die Verfassungsbeschwerden nur, soweit sie sich gegen die Einführung des Erlaubnisvorbehalts richten. 149

Die ärztliche Tätigkeit der Beschwerdeführer unterfällt auch, soweit sie Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, dem Schutzbereich des Art. 12 GG (I 1). Die angegriffenen Regelungen enthalten Einschränkungen der ärztlichen Tätigkeit der Beschwerdeführer, die am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen sind (I 2). Sie müssen der Kompetenzordnung des Grundgesetzes entsprechen (II 1 und 2). Für den Facharztvorbehalt und das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hat der Freistaat Bayern die Kompetenz, die bundesrechtlichen Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch durch Regelungen des ärztlichen Berufsrechts zu ergänzen (II 3). Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hält der verfassungsrechtlichen Prüfung auch im übrigen stand; der Facharztvorbehalt bedarf allerdings einer Übergangsregelung zugunsten von Ärzten mit langjähriger einschlägiger Erfahrung (II 4). Für die strafrechtliche Ahndung von Verstößen gegen das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fehlt dem Landesgesetzgeber die Regelungskompetenz (III). Hinsichtlich der quotierten Einnahmebeschränkung und der Verpflichtung, den Abbruch nur vorzunehmen, wenn die Frau ihre Gründe genannt hat, werden die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt, weil die insoweit erschöpfende Bundesregelung abweichendes Landesrecht ausschließt (IV). 150

### I.

1. Die angegriffenen Vorschriften berühren den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Zwar betreffen sie vor allem die Vornahme solcher Schwangerschaftsabbrüche, die von der Rechtsordnung mißbilligt werden. Daraus folgt indessen nicht, daß dieser Teil der ärztlichen Tätigkeit außerhalb des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG läge. 151

Dabei bedarf es keiner grundsätzlichen Entscheidung über die Frage, ob rechtswidriges berufsmäßiges Tun vom Gewährleistungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG generell umfaßt wird. Jedenfalls hier, wo die Tätigkeit des Arztes notwendiger Bestandteil des gesetzlichen Schutzkonzepts ist, weil es seiner Mitwirkung im Interesse der Schwangeren und ihrer Gesundheit bedarf und von der Beteiligung des Arztes am Schutzkonzept zugleich ein besserer Schutz für das ungeborene Leben durch eingehende ärztliche Beratung (vgl. dazu BVerfGE 88, 203 <290>) zu erwarten ist, kann der ärztlichen Vornahme von rechtswidrigen Schwangerschaftsabbrüchen der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG nicht versagt werden. Mit ähnlichen Erwägungen hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß sich die ärztliche Mitwirkung auf der Grundlage rechtswirksamer Verträge vollzieht (vgl. BVerfGE 88, 203 <295>).

2. Die angegriffenen Vorschriften des Bayerischen Schwangerenhilfeergänzungsgesetzes greifen in die Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführer ein.

a) Die Ärzte in Bayern bedürfen für Schwangerschaftsabbrüche einer staatlichen Erlaubnis, die nur erteilt wird, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 2 Satz 1 1. Alternative, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 BaySchwHEG); der Verstoß gegen die Erlaubnispflicht ist strafbewehrt (Art. 9 BaySchwHEG). Die Einnahmen aus Abbrüchen dürfen nur einen Teil der Gesamteinnahmen ausmachen (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BaySchwHEG). Die Ärzte müssen Fachärzte auf dem Gebiet der Frauenheilkunde und Geburtshilfe sein (Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Halbsatz 1, Art. 5 Abs. 1 Halbsatz 2 und Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BaySchwHEG). Sie dürfen einen Schwangerschaftsabbruch nicht für verantwortbar halten und ihn deshalb nicht vornehmen, wenn die Frau ihre Gründe nicht dargelegt hat (Art. 18 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 3 Nr. 2 HKaG). Ergänzt werden diese Vorschriften durch Mitteilungs- und Offenbarungspflichten, die der Kontrolle und Überwachung der vorstehenden Verpflichtungen dienen.

b) Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung bedürfen gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Grundlage, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Ein solches Gesetz muß kompetenzgemäß erlassen sein. Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit sind im übrigen mit der Verfassung nur vereinbar, wenn sie vernünftigen Zwecken des Gemeinwohls dienen und den Berufstätigen nicht übermäßig oder unzumutbar treffen (vgl. BVerfGE 85, 248 <259>).

## II.

Das an die Ärzte gerichtete Verbot, Abtreibungen ohne Erlaubnis vorzunehmen, und der Facharztvorbehalt regeln Bereiche der ärztlichen Berufsausübung, die der Landeskompentenz unterfallen. Der Ausübung dieser Kompetenz steht Bundesrecht nicht entgegen. Die Einführung eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt begegnet auch materiell keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Hingegen fehlt dem Facharztvorbehalt die verfassungsrechtlich gebotene Übergangsregelung.

1. Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Im Unterschied zu den Ländern bedarf nach dieser Regelung der Bund für ein Gesetzesvorhaben einer ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Befugnis. Für die Frage, ob eine solche Zuweisung besteht, kommt es auf die Gesetzgebungsmaterien an, wie sie insbesondere in Art. 73, 74, 74 a, 75 und Art. 105 GG niedergelegt sind. Dabei dürfen die einzelnen Vorschriften eines Gesetzes aber nicht isoliert betrachtet werden. Ausschlaggebend ist vielmehr der Regelungszusammenhang. Eine Teilregelung, die bei isolierter Betrachtung einer Materie zuzurechnen wäre, für die der Bundesgesetzgeber nicht zuständig ist, kann gleichwohl in seine Kompetenz fallen, wenn sie mit dem kompetenzbegründenden Schwerpunkt der Gesamtregelung derart eng verzahnt ist, daß sie als Teil dieser Gesamtregelung erscheint (vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Februar 1998 - 1 BvF 1/91 -, NJW 1998, S. 1627; Beschluß vom 10. März 1998 - 1 BvR 178/97 -, NJW 1998, S. 2128 <2129>).

Ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen des Bundes sind dagegen nur in äußerst engen Grenzen anerkannt. Sie bestehen zum einen, wenn nach der Natur der Sache allein eine Bundesregelung in Betracht kommt, zum anderen wenn der Bund von einer ihm ausdrücklich eingeräumten Kompetenz nicht ohne Zugriff auf eine den Ländern zustehende Materie sinnvoll Gebrauch machen kann (Annexkompetenz und Kompetenz kraft Sachzusammenhangs). Das Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Regelung reicht dafür nicht aus. Die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs stützt und ergänzt vielmehr eine zugewiesene Zuständigkeit nur dann, wenn die entsprechende Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also das Übergreifen unerläßliche Voraussetzung für die Regelung der zugewiesenen Materie ist (vgl. BVerfGE 3, 407 <421>).

Eine ungeschriebene Gesetzgebungszuständigkeit gibt dem Bund aber nicht das Recht, die gesamte den Ländern vorbehaltene Materie an sich zu ziehen. Er darf vielmehr nur diejenigen Einzelregelungen treffen, ohne die er seine ausdrücklich zugewiesene Kompetenz nicht sinnvoll nutzen könnte. Die umfassende Regelung eines den Ländern vorbehaltenen Bereichs ist ihm daher in keinem Fall eröffnet (vgl. BVerfGE 61, 149 <205>). Wann ein solch zwingender Konnex zwischen der Wahrnehmung einer ausdrücklich zugewiesenen Kompetenz und der punktuellen Inanspruchnahme einer Landeskompetenz besteht, läßt sich nicht generell und abstrakt bestimmen. Die Frage kann vielmehr nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes beantwortet werden.

Handelt es sich bei der Gesetzgebungskompetenz des Bundes um eine konkurrierende gemäß Art. 72 GG, so behält der Landesgesetzgeber seine Befugnis, soweit nicht der Bund von der ihm verliehenen Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Ein Gebrauchmachen im Sinne dieser Vorschrift liegt allerdings nicht nur dann vor, wenn der Bund eine Regelung getroffen hat. Auch in dem absichtsvollen Unterlassen einer Regelung kann ein Gebrauchmachen von einer Bundeszuständigkeit liegen, das

dann insoweit Sperrwirkung für die Länder erzeugt (vgl. BVerfGE 32, 319 <327 f.>). Zu einem erkennbar gewordenen Willen des Bundesgesetzgebers, zusätzliche Regelungen auszuschließen, darf sich ein Landesgesetzgeber nicht in Widerspruch setzen, selbst wenn er das Bundesgesetz - gemessen an höherrangigen Grundrechtsverbürgungen - wegen des Fehlens der Regelung für unzureichend hält (vgl. BVerfGE 32, 319 <327>; 36, 193 <211 f.>; 36, 314 <320 f.>; 85, 134 <147>).

Die Frage, ob und inwieweit der Bund von einer Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat, kann im einzelnen schwer zu entscheiden sein. Die Antwort ergibt sich in erster Linie aus dem Bundesgesetz selbst, in zweiter Linie aus dem hinter dem Gesetz stehenden Regelungszweck, ferner aus der Gesetzgebungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien. Das gilt auch bei einem absichtsvollen Regelungsverzicht, der in dem Gesetzestext selbst keinen unmittelbaren Ausdruck finden kann. Ob der Gebrauch, den der Bund von einer Kompetenz gemacht hat, abschließend ist, muß aufgrund einer Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes festgestellt werden (vgl. BVerfGE 67, 299 <324> m.w.N.). In jedem Fall setzt die Sperrwirkung für die Länder voraus, daß der Gebrauch der Kompetenz durch den Bund hinreichend erkennbar ist.

161

Überdies verpflichtet die bundesstaatliche Kompetenzordnung alle rechtsetzenden Organe, ihre Regelungen so aufeinander abzustimmen, daß die Rechtsordnung nicht aufgrund unterschiedlicher Anordnungen widersprüchlich wird. Die Verpflichtungen einerseits zur Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen und andererseits zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme werden durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich erweitert. Beide setzen damit zugleich der Kompetenzausübung Schranken. Konzeptionelle Entscheidungen eines zuständigen Bundesgesetzgebers dürfen auch durch auf Spezialzuständigkeiten gründende Einzelentscheidungen eines Landesgesetzgebers nicht verfälscht werden. Insbesondere dürfen den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen (vgl. BVerfG, Urteile vom 7. Mai 1998 - 2 BvR 1991/95 u.a. und 2 BvR 1876/91 u.a. -, NJW 1998, S. 2341 <2342> und S. 2346 <2347>).

162

2. Bei der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs konnte sich der Bund im Schwerpunkt auf die Gesetzgebungszuständigkeit aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und ergänzend auf die aus Nr. 7, 11, 12 und 19 GG berufen. Dazu tritt punktuell die Befugnis zur bundesgesetzlichen Regelung kraft Sachzusammenhangs. Für das Bestehen einer solchen Kompetenz sind die Besonderheiten des Regelungsgegenstandes ausschlaggebend. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Absicht des Gesetzgebers, die Strafdrohung für Schwangerschaftsabbrüche zurückzunehmen, nur bei Aufrechterhaltung des Unwerturteils und nur dann für verfassungsmäßig erachtet, wenn an die Stelle des ursprünglichen strafrechtlichen Lebensschutzes ein anderes wirksames Konzept des Lebensschutzes träte. Ein derartiges Konzept und damit die partielle Ersetzung des Strafrechts ließ sich aber nur verwirklichen, wenn dabei punktuell

163

Gesetzgebungskompetenzen in Anspruch genommen wurden, die an sich den Ländern zustehen. Denn die Zweckbestimmung dieser Regelungen, den strafrechtlichen Lebensschutz teilweise zu ersetzen, macht sie nicht selber zu Normen des Strafrechts. Dieses aus der Verfassung abgeleitete Junktum zwischen der Zulässigkeit der Aufhebung strafrechtlicher Vorschriften und der gleichzeitigen Normierung eines alternativen Schutzkonzepts für das ungeborene Leben begründet daher eine Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs für solche Einzelregelungen, die zur Verwirklichung seines Konzepts unerlässlich sind und bei denen auf eine gemeinsame Regelung der Länder nicht gewartet werden kann (vgl. BVerfGE 88, 203 <304 f.>).

a) Der Bundesgesetzgeber war mit dem Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1992, das in seinem grundsätzlichen Ansatz und in weiten Teilen der Ausgestaltung durch das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfGE 88, 203) bestätigt und im übrigen durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom August 1995 novelliert und ergänzt worden ist, vom Strafrecht als staatlicher Reaktion auf Schwangerschaftsabbrüche zu einem strafrechtlich abgesicherten Konzept des Schutzes durch Beratung übergegangen. Dieses Konzept bedurfte zu seiner Ausformung neben den Änderungen im Strafrecht zahlreicher weiterer Regelungen. Wegen der Bedeutung des Lebensschutzes durch Beratung, der - ebenso wie das Strafrecht, das durch die Beratungslösung teilweise ersetzt wird - keine unterschiedliche Gesetzeslage in einzelnen Gebieten der Bundesrepublik Deutschland duldet, war eine auf Art. 72 Abs. 2 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützte bundeseinheitliche Regelung unerlässlich. Der Gesetzgeber war gehalten, die Wirksamkeit seines neuen Schutzkonzeptes einzuschätzen und die als notwendig erachteten Rahmenbedingungen unter Berücksichtigung der Konfliktlage sowie der unterschiedlichen staatlichen Reaktionsmöglichkeiten daraufhin zu prüfen, ob das teilweise Absehen von Strafe verfassungsrechtlich hinnehmbar war (vgl. BVerfGE 88, 203 <263, 265 f.>). Dabei ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß flankierende Maßnahmen oder Teile des Berufs- und Organisationsrechts nach Maßgabe der Landeskompetenz den Ländern vorbehalten bleiben. Konzeptionell mußte der Bundesgesetzgeber jedoch eine umfassende Lösung verwirklichen, da anderenfalls die bundeseinheitliche Rücknahme strafrechtlichen Schutzes verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen gewesen wäre.

164

b) Die Verzahnung unterschiedlicher Rechtsgebiete im Schutzkonzept verleiht dem Bund auch die Kompetenz, die nach diesem Konzept unerlässlichen Regelungen im ärztlichen Berufsrecht zu treffen, solange er damit die Länderkompetenz nicht aushöhlt. Diese Befugnis steht ihm kraft Sachzusammenhangs zu, weil er die ihm obliegende Aufgabe nicht hätte erfüllen können, ohne zugleich die Zuständigkeit hierfür in Anspruch zu nehmen.

165

Grundsätzlich liegt das ärztliche Berufsrecht - abgesehen von der Zulassung zu den ärztlichen und anderen Heilberufen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG) und dem Recht der Vertragsärzte (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) sowie berufsbezogenen Strafvorschriften (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) - in der ausschließlichen Kompetenz der Länder. Mit Rücksicht darauf regeln Bundesgesetze, die auf die Kompetenztitel der Nummern 1, 12

166



oder 19 von Art. 74 Abs. 1 GG gestützt sind, das Berufsrecht nicht abschließend. Insbesondere ist der strafrechtliche Rechtsgüterschutz in aller Regel nicht abschließend und hindert nicht, daß die Länder im Rahmen ihrer Zuständigkeit andere Gesetze nicht strafrechtlicher Art zum Schutz solcher Rechtsgüter erlassen, die entweder durch Strafandrohung geschützt werden oder eines strafrechtlichen Schutzes erman- geln. Auf die Befugnis zum Erlaß solcher ergänzender Regelungen beruft sich der Freistaat Bayern, soweit er mit den Mitteln des ärztlichen Berufsrechts Maßnahmen zum Schutz des ungeborenen Lebens getroffen hat, ohne an der Straffreiheit der Frau, wie sie vom Bund ausgestaltet worden ist, Änderungen vorzunehmen.

Solche Verbesserungen des Rechtsgüterschutzes sind zwar im allgemeinen zuläs- 167  
sig. Hier bestand jedoch die geschilderte Sondersituation, daß der Bundesgesetzge- ber von einer Bestrafung des Schwangerschaftsabbruchs nur dann teilweise abse- hen durfte, wenn er zugleich die rechtlichen Rahmenbedingungen dergestalt änderte, daß der verfassungsrechtlich gebotene Lebensschutz gewahrt blieb. Die partielle Ab- lösung der Strafnorm setzte ein ausreichendes Alternativkonzept voraus, dessen Verwirklichung Übergriffe in die Länderkompetenz unausweichlich machte. Das Ab- sehen von Strafe und die anderweitige Sicherstellung des gebotenen Lebensschut- zes wurzeln in derselben Kompetenz und bedingen einander.

Das Konzept des Bundesgesetzgebers geht davon aus, daß der Schutz der Leibes- 168  
frucht nur im Zusammenwirken mit der Frau und unter Einbindung anderer Berufs- gruppen, nämlich der Ärzte und der Beratungsstellen, erreicht werden kann. Es be- ruht auf der Erkenntnis, daß Repression wenig vermocht hat, weshalb das geänderte Verfahren mit der Erwartung verbunden ist, daß es das Verhalten der Frauen im Sin- ne des Lebensschutzes beeinflussen wird. Das Konzept setzt auf Ermutigung und Überzeugungsbildung durch Beratung und materielle Unterstützung, ohne auf Zwang vollständig zu verzichten. Die Wirksamkeit eines solchen Konzepts hängt entschei- dend davon ab, daß alle einzelnen Elemente und die notwendigen Rahmenbedingun- gen aufeinander abgestimmt sind. Eine weitergehende Restriktion kann sich ebenso nachteilig auf den Lebensschutz auswirken wie eine Liberalisierung. Der Gesetzge- ber durfte davon ausgehen, daß praktische Erleichterungen des Schwangerschafts- abbruchs die Verantwortlichkeit der Entscheidung negativ beeinflussen, praktische Erschwerungen dagegen die Kooperationsbereitschaft der Frauen schwächen kön- nen. Ist ein solches Konzept nicht ausgewogen, entsteht nach Einschätzung des Ge- setzgebers eine Lücke beim Lebensschutz entweder durch zu weitgehende Freigabe des Abbruchs oder durch mangelnde Akzeptanz und Ausweichen in die Illegalität.

Allerdings hat es der Staat nicht in der Hand, sämtliche Rahmenbedingungen selbst 169  
festzulegen oder herzustellen. Die Gewissensfreiheit der Ärzte, die Bereitschaft kirchlicher Stellen, an der Beratung mitzuwirken, oder die Entscheidungen von Kran- kenhausträgern bergen Unsicherheiten bei der Organisation einer ausreichenden Beratung und Versorgung. Angesichts dieser unvermeidbaren Schwächen hängt die Verwirklichung des Konzepts im Sinne größtmöglichen Lebensschutzes wesentlich davon ab, daß wenigstens die rechtlich festlegbaren Bedingungen im ganzen Bun-

desgebiet nicht verändert werden.

Im Gesetzgebungsverfahren ist die Rücksichtnahme des Bundesgesetzgebers auf unterschiedliche ethische Wertungen und regionale Besonderheiten deutlich hervorgetreten (vgl. BTDrucks 13/1850, S. 18 ff.; Deutscher Bundestag, 13. WP, 47. Sitzung vom 29. Juni 1995, S. 3755 D, S. 3756 D, S. 3758 A, S. 3759 A, S. 3760 D, S. 3766 C, S. 3768 D, S. 3769 A, S. 3771 D, S. 3772 C, S. 3780 A und D, S. 3781 D, S. 3785 A). Die Fraktionen des Bundestages haben Zugeständnisse gemacht, um mit einem konsensfähigen Kompromiß Rechtssicherheit zu erzielen. Wenn der Bundesgesetzgeber die Sicherstellung einer ausreichenden Versorgung gewährleisten und im Hinblick auf die Beratungsstellen, die Ärzte und die schwangeren Frauen Rechtssicherheit herstellen wollte, mußte er vermeiden, daß das Schutzkonzept für weitere Ergänzungen und Veränderungen durch Landesrecht offenblieb, weil jede Veränderung einzelner Bedingungen sich auf das Verhalten aller Beteiligten auswirken kann. Die Bundesregelung setzt daher nicht Mindestbedingungen für eines der betroffenen Schutzgüter, sondern die ausreichenden, aber auch notwendigen Bedingungen für das Absehen von Strafe. Der 13. Deutsche Bundestag hat denn auch das Bayerische Schwangerenhilfeergänzungsgesetz als eine Abweichung von seinem Gesamtkonzept und damit als einen Verstoß gegen Bundesrecht angesehen, was aus den in der Plenarsitzung vom 13. Juni 1996 angenommenen Entschließungsanträgen deutlich hervorgeht (vgl. oben A III). 170

3. Im Hinblick auf das an die Ärzte gerichtete Verbot, Abtreibungen ohne Erlaubnis vorzunehmen (a), und den Facharztvorbehalt (b) entfaltet das Bundesrecht keine Sperrwirkung gegenüber landesrechtlichen Regelungen. 171

a) Zu den Berufsausübungsregelungen, die nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes den Ländern zugewiesen sind, gehören auch präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt. 172

Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG verleiht dem Bund nur die Kompetenz, die Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen gesetzlich festzulegen. Ausgestaltende Regelungen der ärztlichen Berufsausübung fallen nicht darunter (vgl. BVerfGE 4, 74 <83>; 17, 287 <292>; 33, 125 <154 ff.>). Die bundesgesetzlichen Regelungen über die Erteilung der Approbation schließen deshalb nicht aus, daß der Zugang zu einer speziellen ärztlichen Tätigkeit an weitere Erfordernisse geknüpft wird, solange nicht der Zugang zur ärztlichen Tätigkeit als Ganzes abweichend geregelt wird (vgl. BVerfGE 33, 125 <154 ff.>). Das geschieht durch die angegriffene Regelung nicht. Denn den Beschwerdeführern bleiben die Rechte aus der Approbation grundsätzlich erhalten. Auch im übrigen ist nicht ersichtlich, daß der Bund selbst das Zulassungsverfahren hätte regeln wollen. Eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs hat er insoweit nicht in Anspruch genommen. 173

Die von den Beschwerdeführern geäußerten Zweifel an der Kompetenz des Landes zum Erlaß der Regelungen teilt der Senat nicht. 174

Zwar spricht bei historischer Betrachtung einiges dafür, daß der Bundesgesetzgeber kein Zulassungsverfahren gewollt hat. Den durch das 15. Strafrechtsänderungsgesetz bundeseinheitlich eingeführten Zulassungsvorbehalt hat er im Jahre 1992 durch das Schwangeren- und Familienhilfegesetz aufgehoben und diese Entscheidung auch im Änderungsgesetz vom 21. August 1995 beibehalten. An einer bestehenden Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs zur Einführung einer Zulassung, wie sie im 15. Strafrechtsänderungsgesetz geregelt war, sind Bedenken nicht geäußert worden (vgl. BVerwGE 75, 330 <332>). Auch die Nichtregelung würde, wenn in ihr der Verzicht auf ein Zulassungsverfahren als für das Regelungskonzept unerlässlich zum Ausdruck gebracht worden wäre, für den Landesgesetzgeber Sperrwirkung entfalten. 175

Die Gesetzgebungsmaterialien können aber auch so verstanden werden, daß nur von einer positiven Bundesregelung mit gesetzlichen Vorgaben für die Zulassung der Einrichtung abgesehen wird (vgl. den nicht Gesetz gewordenen Entwurf in BTDrucks 12/841, S. 11), den Ländern aber insoweit Gestaltungsraum bleiben sollte. Ein ausdrückliches Verbot für jedwedes Zulassungsverfahren erwähnen sie nicht. Die Gesetzesmaterialien verwenden sogar den Begriff der Zulassung, indem klarstellend angemerkt wird, daß die Zulassung ambulanter Einrichtungen in keinem Land generell verweigert werden könne (BTDrucks 13/1850, S. 22, die den Begriff aus BTDrucks 12/2605 <neu>, S. 23 aufgreift). 176

Da sich somit eine Regelung mit Sperrwirkung nicht hinreichend deutlich erkennen läßt, bleiben die Länder nach dem Verteilungsgrundsatz des Art. 70 GG insoweit regelungsbefugt. Förmliche Zulassungsverfahren kraft Landesrechts sind danach nicht ausgeschlossen. Die bundesrechtliche Sperre greift nur so weit, wie das Zulassungsverfahren die vom Bundesgesetzgeber normierten Voraussetzungen und Rahmenbedingungen zu respektieren hat. 177

b) Die Länder haben auch die Gesetzgebungskompetenz, Qualifikationsanforderungen für bestimmte ärztliche Verrichtungen einzuführen. Hierzu gehört der Facharztvorbehalt des Art. 5 Abs. 1 BaySchwHEG. Auch insoweit läßt sich der bundesrechtlichen Regelung nicht entnehmen, daß mit ihr abschließend festgelegt werden sollte, daß jeder Arzt zum Schwangerschaftsabbruch befugt sei. Den Ländern ist die Kompetenz zu eigener Regelung verblieben. 178

Zwar war dieser Punkt ebenfalls Gegenstand der Beratungen in den Gesetzgebungsverfahren der 12. und 13. Wahlperiode, nachdem schon zuvor kein einheitliches Landesrecht in Deutschland gegolten hatte. In der 12. Wahlperiode war teilweise der Facharztvorbehalt in die Gesetzentwürfe aufgenommen worden (bejahend BTDrucks 12/1178 <neu>, S. 14 und 12/1179, S. 15 - verneinend BTDrucks 12/6715, S. 3). Hingegen ging der Gruppenantrag davon aus, daß Abbrüche auch durch einen qualifizierten Arzt ohne Facharztabschluß zulässig sein sollten (vgl. BTDrucks 12/2605 <neu>, S. 23). 179

Eine Sperrwirkung für abweichendes Landesrecht ist dem Gesetz indessen nicht zu 180

entnehmen. Hierzu genügte ein Regelungsverzicht nicht. Vielmehr hätte es einer ausdrücklichen Vorschrift bedurft, da dem Bundesgesetzgeber bei seiner Novellierung die uneinheitliche Rechtslage in den Ländern bekannt war. Auf diese hat er Rücksicht genommen, indem er für alle Ärzte in der Approbationsordnung vorschrieb, daß ihnen besondere Kenntnisse hinsichtlich der Beratung in einer Konfliktlage zu vermitteln seien. Damit ist gewährleistet, daß auch in den Ländern, in denen kein Facharztvorbehalt besteht, in Zukunft alle Ärzte die im Interesse des ungeborenen Lebens notwendigen Kenntnisse erwerben. Die bundesrechtliche Regelung ist somit für eine unterschiedliche Rechtsentwicklung in den einzelnen Bundesländern offen. Hätte sie einen Gynäkologenvorbehalt abschließend verhindern wollen, hätte dies schon um der Rechtsklarheit willen deutlich ausgesprochen werden müssen, weil dann älteres Landesrecht außer Kraft gesetzt worden wäre.

Auf die in der Stellungnahme des Bundessozialgerichts geäußerten Bedenken, ob das bundesweit geltende Vertragsarztrecht durch landesgesetzliche Norm geändert werden könne, braucht nicht eingegangen zu werden. Auch der Beschwerdeführer zu 2) stützt seine Verfassungsbeschwerde nicht darauf, daß seine Berufsausübungsfreiheit als Vertragsarzt eingeschränkt werde. Die Vertragsarztzulassung ist für seine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung, weil die Vornahme des Abbruchs und die Nachbehandlung bei komplikationslosem Verlauf nach § 24 b Abs. 3 SGB V in der Fassung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes nicht zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung gehören.

4. Die gesetzliche Ausgestaltung der Berufsausübungsregelungen in Gestalt des Zulassungsverfahrens ist auch in materiellrechtlicher Hinsicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar (a). Dem Facharztvorbehalt fehlt hingegen die verfassungsrechtlich gebotene Übergangsregelung (b). Beschränkungen der freien Berufsausübung müssen durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

a) Die als präventives Verbot mit gesetzlich gebundenem Erlaubnisvorbehalt ausgestalteten Normen (Art. 2 Satz 1 1. Alternative, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 2 BaySchwHEG) verdeutlichen das bundesgesetzliche Schutzkonzept, indem sie die personellen, apparativen und räumlichen Voraussetzungen für die Durchführung beratener Schwangerschaftsabbrüche näher umschreiben. Sie verfolgen damit dieselben Gemeinwohlziele wie das Bundesrecht.

Die Regelungen genügen auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie dienen dadurch dem Schutz von Mutter und Kind, daß nur solche Ärzte Abbrüche vornehmen dürfen, die die Gewähr dafür bieten, daß die Rechtspflichten bei der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen eingehalten werden. Die Einschätzung des bayerischen Gesetzgebers, daß durch die Einführung eines vorgeschalteten behördlichen Kontrollverfahrens in Gestalt eines Erlaubnisvorbehalts die gesetzlichen Schutzziele effektiver erreicht werden als bei lediglich nachträglicher Kontrolle, selbst wenn diese durch eine Anzeigepflicht erleichtert wird, ist vertretbar. Die landesgesetzliche Rege-

lung genügt damit den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit.

Sie ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne, weil einerseits hohe Rechtsgüter auf dem Spiel stehen und andererseits die präventive Kontrolle als solche die Ärzte nicht schwerwiegend belastet. Das ergibt sich daraus, daß in Art. 3 Abs. 1 Satz 3 BaySchwHEG ein Anspruch auf Zulassung eröffnet ist. Soweit dieser Anspruch an bestimmte Voraussetzungen anknüpft, die Gegenstand gesonderter verfassungsrechtlicher Prüfung sind (vgl. hierzu C III 2), kann das Ergebnis dieser Prüfung nicht in Frage stellen, daß der Freistaat Bayern dem Grunde nach berechtigt ist, den Schwangerschaftsabbruch in ambulanten Einrichtungen einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu unterstellen. 185

b) Zu Recht rügt der Beschwerdeführer zu 2), daß die Einführung des Facharztvorbehalts in Bayern gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Halbsatz 1, Art. 5 Abs. 1 Halbsatz 2 und Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BaySchwHEG nicht durch eine schonende Übergangsregelung ergänzt worden ist. Seinen Angriff gegen das Erfordernis selbst hat er nicht aufrechterhalten. 186

Das Facharztefordernis soll nach der Zielsetzung des bayerischen Gesetzgebers der Qualitätssicherung im Interesse des Gesundheitsschutzes der Frau dienen; zugleich soll es dem Schutz des ungeborenen Lebens zugute kommen (LTDrucks 13/4961, S. 8). Die Wahl dieses Mittels und die ihr zugrunde liegende Einschätzung des Gesetzgebers sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. 187

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, daß Regelungen, die die Berufsfreiheit in statthafter Weise beschränken, insofern gegen Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Gebot des Vertrauensschutzes verstoßen können, als sie keine Übergangsregelung für diejenigen vorsehen, welche eine künftig unzulässige Tätigkeit in der Vergangenheit in erlaubter Weise ausgeübt haben (vgl. die umfangreichen Nachweise in BVerfGE 75, 246 <279>). Regelmäßig liegt es nicht im Ermessen des Gesetzgebers, ob er sich zu Übergangsregelungen entschließt; sofern das Gesetz nicht akute Mißstände in der Berufswelt unterbinden soll, steht dem Gesetzgeber lediglich die Ausgestaltung der Übergangsregelung frei (vgl. BVerfGE 32, 1 <34>; 68, 272 <287>). 188

Der Vertrauensschutz gebietet es allerdings nicht, die berufliche Betätigung auch solchen Personen in bisherigem Umfang zu erhalten, denen die Qualifikation fehlt, die im Interesse des vom Gesetzgeber definierten Rechtsgüterschutzes für die Zukunft eingeführt worden ist. Von einer Übergangsregelung darf aber nicht allein deshalb abgesehen werden, weil den betroffenen Personen andere Berufsfelder offenstehen oder weil sie die volle Qualifikation nachholen könnten (vgl. BVerfGE 68, 272 <286 f.>), wenn sie bislang in dem nunmehr versperrten Teilbereich zulässigerweise tätig sein konnten, sich hierauf weiterhin beschränken und die geringere Ausbildung durch berufspraktische Erfahrung ausgleichen. Dies gilt nicht, wenn der Gesetzgeber mit seiner Neuregelung Mißständen begegnen will, die ein ausnahmsloses Handeln 189

erfordern.

Danach ist vorliegend eine Übergangsregelung zugunsten derjenigen niedergelassenen Allgemeinärzte geboten, die Schwangerschaftsabbrüche bisher in zulässiger Weise durchgeführt haben. Ihnen muß die Möglichkeit eingeräumt werden, den Nachweis der dafür erforderlichen Qualifikation durch bisherige umfangreiche und beanstandungsfreie Tätigkeit zu erbringen. 190

Diese Gruppe von Ärzten wird durch das Facharztefordernis des Art. 5 Abs. 1 Bay-SchwHEG besonders schwer in ihrer Berufsfreiheit betroffen. Es beschneidet sie in einem Betätigungsfeld, für das ihnen mit ihrer Approbation und dem ärztlichen Berufsrecht die Qualifikation zugesprochen war, das sie im Rahmen ihrer Berufsausübung zur Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz genutzt und für das sie auch die erforderlichen Investitionen vorgenommen haben. 191

Der Schutz von Mutter und Leibesfrucht, dem das Facharztefordernis dient, erfordert seine übergangslose Einführung nicht. Die Einschätzung des Gesetzgebers, daß Gynäkologen generell besser für die Beratung der Schwangeren und die Durchführung des Abbruchs qualifiziert sind, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Seine darauf gegründete Absicht, den Schutz von Leben und Gesundheit durch das Facharztefordernis zu verbessern, ist legitim und hat erhebliches Gewicht. Jedoch ist dieses Anliegen mit Blick auf Allgemeinärzte, die bisher in zulässiger Weise Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt haben, weniger dringlich als gegenüber Berufsanfängern. Daß Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen durch Allgemeinärzte in der Vergangenheit schlechter behandelt oder weniger verantwortlich beraten worden wären, ist im Verfahren nicht hervorgetreten. 192

Dafür gibt es auch keine besonderen Anhaltspunkte: Bis zur Änderung der Approbationsordnung durch Art. 2 SFHÄndG war die Vermittlung besonderer Kenntnisse hinsichtlich der Beratung in einer Konfliktlage auch für Fachärzte der Frauenheilkunde nicht sichergestellt. Insofern bietet die nach früherem Recht erworbene Facharztqualifikation für sich genommen keine Gewähr für eine Konfliktberatung, die dem Schutz des ungeborenen Lebens besser dient als die Beratung durch einen Allgemeinarzt. Folgerichtig verpflichtet der bayerische Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 5 Bay-SchwHEG alle zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen bereiten und verantwortlichen Frauenärzte zur Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen über die bei diesen Eingriffen zu beachtenden besonderen ärztlichen Berufspflichten. Durch eine Erstreckung dieser Pflicht auf Allgemeinärzte, denen im Wege einer Übergangsregelung die Durchführung von Schwangerschaftsunterbrechungen weiterhin gestattet würde, kann bei ihnen dasselbe Niveau sichergestellt werden. 193

Wägt man die besondere Schwere des Eingriffs gegenüber den einschlägig praktizierenden Allgemeinärzten mit der hier verminderten Gefährdung der Schutzgüter ab, denen der Facharztvorbehalt dienen soll, so erweist sich der Eingriff als unzumutbar. Diese Einschätzung entspricht der bundeseinheitlichen berufsrechtlichen Handhabung im Vertragsarztrecht. Die Spitzenverbände der Krankenkassen und der Kas- 194

senärztlichen Vereinigung haben vereinbart, daß Schwangerschaftsabbrüche nur noch von Gynäkologen abgerechnet werden können, verleihen diese Berechtigung aber übergangsweise auch Allgemeinärzten, wenn diese den Nachweis einer gleichwertigen Qualifikation durch eine vorherige umfangreiche und beanstandungsfreie Tätigkeit erbracht haben (vgl. die Vereinbarungen über Qualitätssicherungsmaßnahmen beim ambulanten Operieren gemäß § 14 des Vertrages nach § 115 b Abs. 1 SGB V, Deutsches Ärzteblatt 1994, A-2124; 1995, A-3648).

### III.

Für die Strafvorschriften in Art. 9 Abs. 1 und 2 BaySchwHEG (1.), für die Einnahmequotierung (2.) und für die angegriffene Ergänzung des Heilberufe-Kammergesetzes (3.) fehlt dem bayerischen Gesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz. 195

1. Art. 9 Abs. 1 BaySchwHEG bedroht mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen, sofern hierfür eine Erlaubnis nicht erteilt (Art. 2 Satz 1 BaySchwHEG) oder widerrufen (Art. 8 Abs. 1 BaySchwHEG) oder wenn die Tätigkeit untersagt worden ist (Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BaySchwHEG). Absatz 2 erstreckt die Strafdrohung auf die Verletzung von Überwachungspflichten im Zusammenhang mit Schwangerschaftsabbrüchen. 196

Strafvorschriften als Sanktionen ärztlicher Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Schwangerschaftsabbrüchen dürfen durch Landesrecht nicht eingeführt werden, weil der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG abschließend Gebrauch gemacht hat. Der Bundesgesetzgeber kann im Bereich der im Strafgesetzbuch herkömmlich geregelten Materien Straftatbestände auch dort schaffen, wo ihm sonst durch den Zuständigkeitskatalog des Grundgesetzes Grenzen gezogen sind (vgl. BVerfGE 23, 113). Soweit diese Regelungen abschließend sind, verhindern sie ergänzendes oder abweichendes Landesrecht, das auf den Schutz desselben Rechtsguts gerichtet ist. Dies wird in Art. 4 Abs. 2 EGStGB einfachgesetzlich bestätigt. 197

Strafrechtliche Sanktionen für ärztliche Handlungen im Zusammenhang mit Schwangerschaftsabbrüchen sind herkömmlich im Strafgesetzbuch abschließend geregelt. Im geltenden Recht ist dies in den §§ 218, 218 b und 218 c StGB geschehen. Da der Bundesgesetzgeber in § 219 StGB ergänzend auf das Schwangerschaftskonfliktgesetz verwiesen und dort die Verstöße gegen materielle Anforderungen an die Einrichtungen, in denen Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden dürfen, als Ordnungswidrigkeiten bußgeldbewehrt hat (§§ 13, 14 SchKG), hat er seine Regelungskompetenz wahrgenommen. Dadurch hat er gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Landeskompetenz verdrängt. Dies gilt auch, soweit der Landesgesetzgeber die strafrechtliche Sanktion an bloßes Verwaltungsunrecht angeknüpft haben sollte. Für die landesrechtliche Strafvorschrift des Art. 9 Abs. 1 und 2 BaySchwHEG bleibt danach kein Raum. 198

2. Der Freistaat Bayern durfte den Fortbestand oder das Entstehen von auf Abbrü- 199

che spezialisierten Einrichtungen nicht mittels einer Einnahmequotierung verhindern. Art. 5 Abs. 2 BaySchwHEG ist nichtig.

a) Die bayerische Vorschrift, wonach die Einnahmen aus den in der Einrichtung je Kalenderjahr vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüchen ein Viertel der aus der gesamten Tätigkeit der Einrichtung erzielten Einnahmen nicht übersteigen dürfen, soll der Abwehr von Gefahren dienen, die aus spezialisierten Einrichtungen drohen könnten (LTDrucks 13/4961, S. 1 unter B und S. 8 f.). Regelungsbedarf hat Bayern gesehen, weil der Bundesgesetzgeber einem entsprechenden Regelungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts nicht nachgekommen sei. 200

b) Das Gesetzgebungsmotiv, eine als unvollständig angesehene Bundesregelung verfassungsnäher auszugestalten, verleiht einem Land jedoch keine Gesetzgebungskompetenz, sofern die Bundesregelung abschließend und damit sperrend ist (vgl. oben C II 1). 201

aa) Insgesamt schützen die den Schwangerschaftsabbruch betreffenden Vorschriften des Bundes das ungeborene Leben sowie Gesundheit und Leben der Frau durch gewissenhafte Beratung, ausreichende Versorgung, qualifizierte ärztliche Berufsausübung sowie durch sonstige Hilfen (vgl. BVerfGE 88, 203 <257, 289, 331>). Alle unmittelbar im Schutzkonzept wurzelnden und für seine Wirksamkeit erforderlichen Regelungen fallen damit, soweit nicht andere Kompetenzvorschriften wie Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge) oder Nr. 11 (ärztliches Gebührenrecht; vgl. BVerfGE 68, 319 <330 ff.>) einschlägig sind, unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und die ergänzend in Anspruch genommene Kompetenz kraft Sachzusammenhangs. Das gilt einerseits etwa für die Strafvorschriften, die sich auf die am Abbruch beteiligten Personen beziehen, und die Regelung über den Sicherstellungsauftrag im Umfang des § 13 Abs. 2 SchKG sowie andererseits für die unerläßlichen gesetzlichen Bestimmungen, die das vom Bundesgesetzgeber gewählte Schutzkonzept mit Zurücknahme der Strafdrohung im übrigen näher ausgestalten. Soweit in dieses Konzept die Ärzte eingebunden sind, hat der Bundesgesetzgeber deshalb die unerläßlichen Rahmenbedingungen selbst geregelt; hierzu war er befugt. 202

bb) Dementsprechend hat auch das Bundesverfassungsgericht - sinngemäß - den Auftrag, die spezifischen Risiken spezialisierter Praxen bei seiner Regelung zu bedenken, an den Bundesgesetzgeber gerichtet. Dieser Prüf- und Regelungsauftrag findet sich im Anschluß an die Forderung nach Strafnormen zur Bekräftigung von Berufspflichten und nach der Konkretisierung einer verfassungskonformen Handhabung bundesrechtlicher Regelungen im Zivil- und Arbeitsrecht. In diesen bundesrechtlichen Zusammenhang eingebettet äußert das Bundesverfassungsgericht die Vermutung, daß sich spezialisierte Einrichtungen bilden werden, und sieht hierdurch Gefahren für die Erfüllung der dem Arzt im Rahmen einer Beratungsregelung zufallenden Aufgabe beim Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens als auf der Hand liegend an. Die verfassungsrechtliche Schutzpflicht gebiete es daher dem Gesetzgeber zu prüfen, in welcher Weise solchen Gefahren wirksam entgegengetreten werden 203



könne, und geeignete Regelungen zu treffen (BVerfGE 88, 203 <294 f.>).

c) Da es um die Eindämmung vermuteter Schutzdefizite in bezug auf das ungeborene menschliche Leben geht, ist, sofern auf die Strafdrohung verzichtet wird, die entsprechende Gefahrenabwehr unabweisbare Aufgabe des Bundesgesetzgebers, wenn er eine verfassungswidrige Schutzlücke vermeiden will. Der Prüfaufgabe hat sich der Bundesgesetzgeber auch unterzogen. 204

aa) Schon in älteren Gesetzgebungsvorhaben war das Problem spezialisierter Einrichtungen Gegenstand von Überlegungen (vgl. BTDrucks 7/1983, S. 18, 28 f.; BT-Drucks 7/1984 <neu>, S. 14, 24). Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1993 (BVerfGE 88, 203) griff der in der 12. Wahlperiode eingerichtete Sonderausschuß des Deutschen Bundestages "Schutz des ungeborenen Lebens" das Thema quotierter Einnahmebeschränkungen erneut auf (Anhörung der Sachverständigen am 14. April 1994 - Protokoll der 21. Sitzung, S. 91 f.) und sandte im April 1994 eine Delegation nach Frankreich, um Aufschluß darüber zu erhalten, wie sich die vom Bundesverfassungsgericht beispielhaft genannte französische Regelung auswirkte (vgl. Protokoll der 21. Sitzung des Sonderausschusses vom 14. April 1994, S. 95 und den Bericht über die Informationsreise in der Ausschußdrucksache 145). Weiteren Beratungsbedarf sahen die Mitglieder des Ausschusses anschließend nicht; sie beschlossen deshalb, den Ländern den Bericht der Delegation zur Information zur Verfügung zu stellen (Protokoll der 24. Sitzung vom 19. Mai 1994, S. 6). Die Ermittlungen des Ausschusses zu dieser Fragestellung machen aber deutlich, daß er die Abwehr etwaiger Gefahren, die von spezialisierten Einrichtungen ausgehen, trotz ursprünglich gehegter Zweifel an einer Kompetenz des Bundesgesetzgebers (vgl. Protokoll der 21. Sitzung des Sonderausschusses vom 14. April 1994, S. 95) als eine eigene Aufgabe begriffen hat (vgl. Ausschußdrucksache 145, S. 3). Er hat erkennbar nicht nur vorsorglich für die Länder Vorarbeiten leisten und es deren Einschätzung überlassen wollen, ob und in welcher Weise gehandelt werden sollte. Mit der Weiterleitung des Berichts an die Länder sollten vielmehr diese nur frühzeitig unterrichtet und damit auch die Beratungen im Bundesrat vorbereitet werden. 205

bb) Aus den Erkenntnissen des Sonderausschusses hat der Bundesgesetzgeber auf der Grundlage der Gesetzentwürfe, die in der 13. Legislaturperiode zur gemeinsamen Ausschußfassung zusammengeführt worden sind, Folgerungen gezogen: Er hat den Sicherstellungsauftrag in § 13 Abs. 2 SchKG gesetzlich geregelt und die Arzteinnahmen aus Abbrüchen durch feste Gebühren begrenzt (Art. 3 SFHÄndG). Eine etwaige Gefahr durch Spezialeinrichtungen ist im Gesetzgebungsverfahren nicht mehr erörtert worden, obwohl der Gesetzgebungsverlauf von dem Bemühen getragen ist, allen Anregungen des Bundesverfassungsgerichts nachzugehen, auch wenn dessen Einschätzung schließlich nicht in allen Punkten geteilt wird. In dieser Hinsicht beruht die Arbeit des 13. Deutschen Bundestages auf den in der 12. Legislaturperiode gewonnenen Erkenntnissen. In der Debatte am 29. Juni 1995 ist deutlich geworden, daß die Parlamentarier den Beratungsgang seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als zusammenhängenden Erkenntnisprozeß angesehen 206

haben, obwohl er zwei Legislaturperioden umfaßt (vgl. Deutscher Bundestag, 13. WP, 47. Sitzung, S. 3755 C, S. 3757 B, S. 3760 B und C, S. 3768 C, S. 3772 A, S. 3773 D).

d) Schon dieser Ablauf belegt, daß der Bundesgesetzgeber - unbeschadet seiner Kompetenz zur Regelung der Frage von Spezialisierungsbeschränkungen allgemein - es jedenfalls abgelehnt hat, Spezialeinrichtungen mit dem Mittel der Einnahmequotierung zu verhindern. Denkbaren Gefährdungen für den Lebensschutz ist er durch eine gebührenrechtliche Einbindung der Ärzte entgegengetreten und hat deshalb die Vertragsfreiheit eingeengt. Er hat die Höhe der Vergütung für den Schwangerschaftsabbruch selbst festgelegt und Gebührenvereinbarungen hierüber abgeschlossen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 und § 5 a GOÄ: für mittellose Frauen etwa 175 DM, je nach Punktwert in der Sozialversicherung; für sonstige Schwangere etwa das Doppelte). Vergütungsregelungen sind allgemein als Mittel der Verhaltenssteuerung anerkannt. Niedrige Entgelte sind geeignet, eine Ausweitung bestimmter ärztlicher Tätigkeiten zu verhindern. Zwar ist nach der Stellungnahme des Bundessozialgerichts nicht auszuschließen, daß die vom Bundesgesetzgeber gewählte Ausgestaltung nicht hinlänglich wirksam und daher verbesserungsbedürftig ist. Diese Beobachtung weckt jedoch keine Zweifel daran, daß der Bundesgesetzgeber den Weg einer gebührenrechtlichen Regelung und nicht den einer Quotierung eingeschlagen hat. Vorkehrungen, eine Spezialisierung zu verhindern, hat er nicht getroffen.

207

Diese gesetzgeberische Entscheidung kann darauf beruhen, daß die vom Bundesverfassungsgericht geäußerte Einschätzung hinsichtlich des Gefahrenpotentials nicht geteilt worden ist. Möglich ist auch, daß nach Kenntnis der französischen Erfahrungen, wo es Abbrüche nur in Krankenhäusern und dort zum Teil in hochspezialisierten, abgegrenzten Abteilungen von Großkliniken gibt, das Mittel der quotierten Einnahmebegrenzung generell für wenig geeignet angesehen worden ist, um spezialisierte Einrichtungen zu verhindern, zumal es erhebliche Unterschiede zwischen dem deutschen und dem französischen System gibt, die auch in den Materialien zum bayerischen Gesetz nochmals dargestellt worden sind (LTDrucks 13/4961, S. 9). Es kann auch sein, daß der Gesetzgeber von seiner Kompetenz, spezialisierte Einrichtungen zu unterbinden, nur deshalb keinen Gebrauch gemacht hat, weil er der Auffassung war, daß Spezialisierung zwar einerseits die Qualität der Beratung beeinträchtigen, andererseits aber dem Gesundheitsschutz zugute kommen kann. Auch in der Sachverständigenanhörung vor dem Sonderausschuß waren von seiten der Ärzteschaft Bedenken geäußert worden, ob eine entsprechende Regelung praktikabel sei (Protokoll der 21. Sitzung vom 14. April 1994, S. 91 f.). In den öffentlichen Verlautbarungen der Ärzteschaft zum bayerischen Gesetzgebungsverfahren, die von den Beschwerdeführern überreicht worden sind, ist ebenfalls die Befürchtung geäußert worden, daß hiervon negative Auswirkungen ausgehen könnten; es sei zweifelhaft, ob sich noch genügend Ärzte bereit finden würden, Abbrüche vorzunehmen.

208

Insgesamt werden die für die Mehrheit des Bundestages tragenden Gründe aus den Materialien nicht vollständig deutlich, weil das Ringen um einen tragfähigen Kompro-

209

miß, dem Abgeordnete aus allen Parteien und auch der Bundesrat zustimmen konnten, es nicht erlaubt hat, die jeweils unterschiedlichen Motive vollständig offenzulegen (vgl. das Protokoll der gemeinsamen Sitzung der Ausschüsse für Familien und Senioren und für Frauen und Jugend am 5. Juli 1995, S. 7, 8, 9, 11, 12, 13 und Deutscher Bundestag, 13. WP, 47. Sitzung vom 29. Juni 1995, S. 3755 D, S. 3756 D, S. 3759 A, S. 3760 A, S. 3762 B, S. 3771 D, S. 3785 A). Erkennbar ist aber, daß dem Mittel der Einnahmeregulierung, dem durch einen grenzüberschreitenden Vergleich nachgegangen worden ist, kein Raum gegeben werden sollte. Das ist durch das Absehen von einer bundesgesetzlichen Regelung unter gleichzeitiger Übersendung des Berichts des Sonderausschusses über seine Reise nach Frankreich an die Länder hinreichend deutlich geworden. Dementsprechend hat der Bundestag durch die Entschlüsse vom 13. Juni 1996 bekräftigt, den Willen zu einer abschließenden Regelung gehabt zu haben (vgl. oben A III).

e) Die danach gegebene Sperrwirkung des Bundesgesetzes kann nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der Freistaat Bayern und die im Bund unterlegenen Abgeordneten, die einen Minderheitenentwurf eingebracht hatten (vgl. BTDrucks 13/395 und 13/1850, S. 14), Zweifel daran geäußert haben, ob das Bundesrecht nach Erlass des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes die aus Art. 2 Abs. 2 GG abgeleiteten Vorgaben erfüllt. Das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gegen ein Landesgesetz eröffnet auch im Rahmen der Überprüfung der Gesetzgebungskompetenz nicht die volle verfassungsgerichtliche Kontrolle über ein Bundesgesetz, durch das der Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung von seiner den Landesgesetzgeber ausschließenden Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

210

aa) Aus den Vorschriften über die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts und über die Wirkung seiner Entscheidungen ist abzuleiten, daß Gesetzesnormen zu befolgen sind, solange das Bundesverfassungsgericht sie nicht für verfassungswidrig erklärt hat (vgl. §§ 31, 78, 79, 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG). Das im Rahmen der Kompetenzordnung erlassene Bundesrecht beansprucht Geltung gegenüber jedermann, auch gegenüber den Ländern. Das gilt unabhängig davon, ob man der entsprechenden Feststellung des Bundesverfassungsgerichts deklaratorische oder konstitutive Bedeutung beimißt. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit kann nur im Rahmen der dafür vorgesehenen Verfahren getroffen werden; die Länder können sie durch einen Antrag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG herbeiführen. Daran fehlt es hier. Die Beschwerdeführer werden durch die bundesrechtliche Regelung, um deren Sperrwirkung es geht, nicht beschwert. Die Bayerische Staatsregierung hat einen Normenkontrollantrag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG nicht gestellt.

211

bb) Dieses immer noch mögliche Normenkontrollverfahren kann nicht durch eine Inzidentprüfung im Rahmen der Beurteilung der Gesetzgebungskompetenz der Länder ersetzt werden. Die Länder könnten sich einer Bundesregelung entziehen, indem sie diese mit der Behauptung, sie sei verfassungswidrig, durch eine eigene Regelung ersetzen. Damit würden sowohl die notwendige Abgrenzung und Balance zwischen

212

den einzelnen Verfahrensarten als auch die Rechtssicherheit gefährdet, die darauf gründet, daß verkündete Gesetze beachtet werden. Ob diese Gesetze auf einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs oder auf konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeit beruhen, ist hierfür unerheblich.

Dieser Rechtsunsicherheit würde auch nicht ohne weiteres abgeholfen, wenn die Normen Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten würden. Hielten die angerufenen Gerichte die jeweils anwendbare Norm für verfassungsgemäß, könnten sie selbst entscheiden. Sie könnten hierbei je nach Fallgestaltung das Bundesrecht oder das Landesrecht als gültig anwenden; auch brauchten die Gründe, die das jeweils zur Entscheidung berufene Gericht zur Bejahung der Verfassungsmäßigkeit heranzieht, durchaus nicht einheitlich zu sein. Mit der Vorlagepflicht nach Art. 100 GG ist damit nicht sichergestellt, daß die zwischen Bund und Land streitige Frage durch das hierfür allein zuständige Bundesverfassungsgericht geklärt wird. Kompetenzfragen sind daher nicht nach Maßgabe einer vollen verfassungsrechtlichen Überprüfung des sperrenden Gesetzes zu entscheiden. Die Prüfung nach Art. 72 GG beschränkt sich darauf, ob der Bund durch ein faktisches Gebrauchmachen von seiner Kompetenz die Sperre ausgelöst hat.

213

cc) Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht auch bisher die Sperrwirkung eines Gesetzes nur dann im Rahmen einer Inzidentprüfung verneint, wenn das Gesetz bereits in einem früheren Verfahren auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft worden war (vgl. BVerfGE 7, 377 <387>). Nur wenn es dabei für verfassungswidrig erklärt worden ist, entfällt die Sperrwirkung. Im übrigen hat das Bundesverfassungsgericht schon im Beschluß vom 28. November 1973 (BVerfGE 36, 193 <211 f.>) entschieden, daß die Länder nicht berechtigt seien, Gesetzgebungsbefugnisse dort in Anspruch zu nehmen, wo sie im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung eine abschließende Bundesregelung für unzulänglich und darum reformbedürftig erachten. Das Grundgesetz weise ihnen nicht die Aufgabe zu, kompetenzgemäß getroffene Entscheidungen des Bundes "nachzubessern". Erweise sich eine vollständige bundesrechtliche Regelung im Hinblick auf eine höherrangige Grundrechtsverbürgung oder institutionelle Garantie der Verfassung als unzureichend, so sei es Sache des Bundesgesetzgebers, aufgrund seiner Zuständigkeit eine Änderung vorzunehmen, die Abhilfe schaffe. Kompetenzrechtlich bleibe aber die Materie mit Sperrwirkung für die Länder ausgeschöpft, solange die bundesrechtliche Norm Bestand habe (vgl. auch BVerfGE 36, 314 <320>; 85, 134 <147>).

214

dd) Hiervon abzugehen bestünde auch dann keine Veranlassung, wenn der Landesgesetzgeber die Verfassungswidrigkeit der Bundesregelung für offensichtlich gehalten hätte. Die dargelegte Rechtsunsicherheit ist auch in einem solchen Fall zu beseitigen. Im übrigen gibt das Sondervotum des Vizepräsidenten Papier und der Richterinnen Graßhof und Haas Anlaß zu der - ohne die nach Abschluß der Beratungen aus dem Amt geschiedene Richterin Seibert getroffenen - Bemerkung, daß eine offensichtliche Verfassungswidrigkeit der Bundesregelung nicht vorliegt.

215

Eine solche ist weder in den Gesetzesberatungen des Bayerischen Landtags geltend gemacht worden (vgl. LTDrucks 13/4961) noch hat sich die Bayerische Staatsregierung im vorliegenden Verfahren darauf berufen. Auch in der Sitzung des Deutschen Bundestages vom 13. Juni 1996, die das bayerische Gesetzgebungsvorhaben betraf, hat der Freistaat Bayern seinen Gesetzentwurf nicht damit gerechtfertigt, daß eine offensichtlich verfassungswidrige Lage korrigiert werden müsse. Er hat es lediglich als seine Aufgabe angesehen, den im Bundestag erzielten Kompromiß für Bayern zu verbessern (vgl. 13. WP, 110. Sitzung, S. 9755 ff.).

Eine offensichtliche Verfassungswidrigkeit würde zudem voraussetzen, daß vernünftigerweise keine Zweifel möglich sind. Davon kann indes keine Rede sein. Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bundesregelung ergeben sich aus Unterschieden zu dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 88, 203 <294 f.>). Der Bundesgesetzgeber ist Vorkehrungen gegen das Entstehen von Spezialeinrichtungen, wie sie das Bundesverfassungsgericht erwartet hatte, nach Erwägung der in dem Urteil beispielhaft angeführten Möglichkeit nicht nähergetreten. Darin liegt aber kein offensichtlicher Verfassungsverstoß. Denn weder hat die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ein absolutes Normwiederholungsverbot zur Folge (vgl. BVerfGE 77, 84 <103 f.>; 96, 260 <263>) noch befindet sich der Regelungsverzicht in demselben normativen Kontext, der Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Prüfung war. Der Bundesgesetzgeber hat vielmehr ein novelliertes Schutzkonzept für das ungeborene Leben anhand von Hinweisen des Bundesverfassungsgerichts in Kraft gesetzt. Dabei kann die Einschätzung von Gefahren und die Beurteilung wirksamer Mittel zu ihrer Abwehr dem Gesetzgeber grundsätzlich vom Bundesverfassungsgericht nicht vorgegeben werden. Dasselbe gilt für die Einschätzung der Wirksamkeit einzelner Bestandteile des Schutzkonzepts im Rahmen der Gesamtregelung.

3. Das Bundesrecht hat auch abschließend die Anforderungen festgelegt, die für die Beratung der Frau durch den Arzt gelten. Ihr ist nach § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB Gelegenheit zu geben, die Gründe für ihr Verlangen nach Abbruch der Schwangerschaft darzulegen. Ihre Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft darf danach nicht erzwungen werden.

Der Bundesgesetzgeber hat sich bei dieser Regelung zum Ziel gesetzt, übereinstimmendes Recht für die Konfliktberatung (§ 219 StGB in Verbindung mit § 5 SchKG) und für die nachfolgende Beratung beim Arzt (§ 218 c StGB) zu schaffen; davon hat er sich angesichts der gegenläufigen - durch Druck und Offenheit bewirkten - Kräfte ein Maximum an Lebensschutz erhofft, indem Verständnis, Ermutigung und offenes Gespräch die Verantwortungsbereitschaft der Frau stärken. Für ergänzendes Landesrecht ist insoweit kein Raum. Die bundesrechtlichen Vorschriften umreißen in diesem Punkt zugleich die Grenzen des ärztlichen Berufsrechts. Dem Freistaat Bayern fehlt die Kompetenz zum Erlaß der angegriffenen Vorschriften in Art. 18 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 HKaG.

- a) Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB sprechen dafür, daß die Verpflichtung des Arztes, der Frau im Gespräch Gelegenheit zur Darlegung ihrer Gründe zu geben, inhaltlich dem entsprechen soll, was in § 5 Abs. 2 SchKG ausführlicher normiert ist: Von der schwangeren Frau wird erwartet, daß sie die Gründe mitteilt, derentwegen sie einen Abbruch erwägt; der Beratungscharakter schließt aber aus, daß die Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft erzwungen wird. 220
- aa) Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sah der in der 12. Wahlperiode im Bundestag verabschiedete und im Bundesrat gescheiterte Koalitionsementwurf noch vor, daß der Arzt sich strafbar machte, wenn er einen Abbruch vornahm, ohne sich zuvor die Gründe der Frau darlegen zu lassen (vgl. BTDrucks 12/6643, S. 8). Hinsichtlich dieser Fassung war umstritten, ob der Tatbestand verwirklicht war, wenn der Arzt versuchte, die Gründe zu ermitteln, die Frau jedoch schwieg und der Arzt den Abbruch vornahm (vgl. Deutscher Bundestag, 12. WP, 230. Sitzung vom 26. Mai 1994, S. 19963 D, S. 19967 D bis 19968 B, S. 19969 D bis 19970 A, S. 19980 A, B). 221
- bb) In der 13. Wahlperiode entsprachen die Gesetzentwürfe der Fraktionen von SPD (BTDrucks 13/27, S. 3, 10) und F.D.P. (BTDrucks 13/268, S. 9, 22) der jetzt gültigen Fassung, wobei in der Begründung des F.D.P.-Entwurfs klargestellt wurde, daß keine Darlegungspflicht der Frau bestehe. Demgegenüber hielt der Entwurf der CDU/CSU-Fraktion an der in der 12. Wahlperiode verabschiedeten Fassung fest (BTDrucks 13/285, S. 8, 19). Bei der parlamentarischen Beratung der Beschlussempfehlung des federführenden Bundestagsausschusses, der die Entwürfe der CDU/CSU, SPD und F.D.P. zu einer gemeinsamen Ausschlußfassung zusammengefügt und insoweit die Formulierungen aus den F.D.P.- und SPD-Entwürfen übernommen hatte, bestand Einigkeit, daß damit keine Verpflichtung der Frau statuiert werde, mit dem Arzt über ihre Gründe zu sprechen (vgl. Deutscher Bundestag, 13. WP, 47. Sitzung vom 29. Juni 1995, S. 3758 B, S. 3759 D, S. 3760 A und D, S. 3776 A, S. 3777 C). 222
- cc) Der Gesetzgeber hat danach mehrheitlich die Erwägungen, die für die Konfliktberatung gelten, auch für das Gespräch beim Arzt für durchschlagend erachtet. 223
- (1) Die Art und Weise der ärztlichen Beratung ist bei einem Schutzkonzept zentraler Bestandteil des Gesetzesvorhabens, wenn hierdurch das ungeborene Leben durch die Mutter selbst und nicht gegen sie geschützt werden soll. Die Beratung erfüllt eine Schlüsselfunktion. Das Bundesverfassungsgericht spricht deshalb auch von "Beratungskonzept". Der Bundesgesetzgeber hat dieses Konzept, das das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 28. Mai 1993 gebilligt hat, aus den dort genannten Gründen weiterverfolgt. 224
- Er hat allerdings die dort für verschiedene Gesprächssituationen (Rechtfertigung, Konfliktberatung, ärztliche Beratung) unterschiedlich beurteilte Problematik nicht in derselben Weise differenziert wie das Bundesverfassungsgericht, sondern eine weitgehend gleichartige Lösung gewählt. Die Frau, auf deren Sicht der Gesetzgeber maßgeblich abgestellt hat, soll sich anderen Personen öffnen, ihnen ihre Gründe dar-

legen und für deren Rat offen sein. Dazu muß sie nicht nur äußere Umstände, sondern auch innere Vorgänge darstellen. Selbst wenn die Rechtsordnung der Frau die Letztverantwortung für ihre Entscheidung nach ausreichender Beratung überläßt, ist unvermeidlich, daß sie tatsächlich der Beurteilung durch den Gesprächspartner ausgesetzt ist. Dies kann für die Schwangere wohltuend sein, weil Verständnis durch andere entlastend wirkt. Die Beratungssituation kann aber auch als belastend empfunden werden, wenn die Konfliktsituation als höchstpersönlich und schamvoll erlebt wird.

Insoweit gilt, was das Bundesverfassungsgericht zur Indikationenregelung gesagt hat: Die Umstände, die einer Frau das Austragen eines Kindes bis zur Unzumutbarkeit erschweren können, bestimmen sich nicht nur nach objektiven Komponenten, sondern auch nach ihren physischen und psychischen Befindlichkeiten und Eigenschaften. Je mehr Dritte in den innersten Abwägungsprozeß der Frau eindringen, um so größer wird die Gefahr, daß die Frau sich dem durch Vorschieben von anderen Gründen oder Ausweichen in die Illegalität entzieht (BVerfGE 88, 203 <265 f.>). Deshalb kann der Gesetzgeber davon ausgehen, daß die Entscheidung für die Mutterschaft eher behindert als gefördert wird, wenn ein Dritter die Gründe, aus denen eine Frau das Austragen ihres Kindes als unzumutbar ansieht, überprüfen und bewerten müßte (BVerfGE 88, 203 <267>).

226

Im Rahmen der Konfliktberatung, wo Prüfung und Bewertung der Gründe dem Gesprächspartner nach geltendem Recht nicht abverlangt werden, ist die erfolgreiche Beratung davon abhängig, daß dies der Frau auch deutlich wird, damit sie für eine richtige Entscheidung gewonnen werden kann. Dies rechtfertigt es nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts davon abzusehen, die erwartete Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft der Frau zu erzwingen oder sie zu verpflichten, sich im Beratungsgespräch als Person zu identifizieren (BVerfGE 88, 203 <282>).

227

(2) Aus der Sicht der Frau ist aber der Zwang zur Offenbarung in der Beratungsstelle und beim Arzt in gleicher Weise belastend. Beim Arzt kann nicht einmal die Anonymität gewahrt werden, die auch das Bundesverfassungsgericht als hilfreich für eine offene Beratung eingeschätzt hat (BVerfGE 88, 203 <282>). Enthält das Gesetz eine Verpflichtung der Frau, dem Arzt die Gründe für ihren Abbruchwunsch dennoch mitzuteilen, wird sich ihr kaum erschließen, daß der Arzt die Gründe nicht überprüfen und bewerten wird. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, die Feststellung und Beurteilung einer Indikation werde vom Arzt gerade nicht verlangt, wenn er sich ein Bild darüber machen solle, ob er nach seinem ärztlichen Selbstverständnis eine Mitwirkung bei dem von der Frau gewünschten Abbruch verantworten könne (BVerfGE 88, 203 <291 f.>). Zugleich ist aber das ärztlich verantwortbare Handeln davon abhängig gemacht worden, daß der Arzt sich selbst ein Bild davon macht, ob der Abbruchwunsch auf einem verantwortlichen Entschluß und achtenswerten Gründen beruhe (BVerfGE 88, 203 <292>). Die Ärzteschaft selbst hat insoweit eine schwere Belastung des Vertrauensverhältnisses zur Patientin befürchtet (vgl. Deutsches Ärzteblatt 92, Heft 23 vom 9. Juni 1995, S. B-1218). Deshalb hat der Gesetz-

228

geber in den - auch nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung - äußerst seltenen Fällen, in denen die Frau zu den Gründen schweigt, von mittelbarem Druck abgesehen, um ein Ausweichen in die Illegalität zu verhindern, zumal es dem Arzt unbenommen bleibt, den Schwangerschaftsabbruch abzulehnen. Das Bestreben, in der Konfliktberatung und beim Arzt gleichermaßen keinen Zwang zur Offenlegung einzuführen, damit der Arzt nicht insgeheim wieder zum Richter werde, ist im Parlament ausführlich und mit dem Ergebnis debattiert worden, daß durchgehend auf Freiwilligkeit gesetzt werde (BTDrucks 12/8609, S. 11; BTDrucks 13/27, S. 10; 13/268, S. 22; Deutscher Bundestag, 12. WP, 230. Sitzung vom 26. Mai 1994, S. 19963 C/D, S. 19968 A, S. 19969 D, S. 19980 A; 13. WP, 47. Sitzung vom 29. Juni 1995, S. 3759 D/3760 A). Das ist in der Debatte zu den Entschließungsanträgen zum bayerischen Gesetzgebungsverfahren nochmals verdeutlicht worden (Deutscher Bundestag, 13. WP, 110. Sitzung vom 13. Juni 1996, S. 9758 B und C). Schon im Bericht des Sonderausschusses "Schutz des ungeborenen Lebens" (BTDrucks 12/8609, S. 8, 11) und in der 12. Wahlperiode im Parlament (230. Sitzung vom 26. Mai 1994, S. 19963 D, S. 19980 A) war auf die durch Unschärfen eröffneten gesetzgeberischen Freiräume hingewiesen worden.

b) Die für das Schutzkonzept grundlegende Strafnorm des § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB markiert damit zugleich die Grenze, bis zu der durch eine gesetzliche Regelung das Berufsrecht verhaltenssteuernd in das Verhältnis zwischen Arzt und Patientin eingreifen darf. Sie entfaltet insoweit Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber. 229

Regelmäßig kann eine solche Sperrwirkung aus einer Strafnorm nicht abgeleitet werden (vgl. oben C II 2 b). Regelmäßig steuern aber berufsrechtliche Normen auch nur das ärztliche Verhalten und nicht das der Patienten, auf die das ärztliche Berufsrecht allenfalls mittelbar zurückwirkt. Abweichendes gilt indessen für Art. 18 Abs. 2 Satz 2 HKaG, der sich in Verbindung mit der Dokumentationspflicht nach Satz 3 Nr. 2 mindestens gleichrangig an Schwangere und Arzt wendet. Die Schwangere soll wissen, daß sie nach Bundesrecht die Beratungsbescheinigung nach § 7 SchKG erhalten kann, obwohl sie die Gründe, die sie zum Schwangerschaftsabbruch bewegen, nicht genannt hat. Einen Abbruch nach § 218 a Abs. 1 StGB wird sie in Bayern jedoch ohne Offenlegung der Gründe beim Arzt nicht vornehmen lassen können. Das soll Art. 18 Abs. 2 Satz 1 HKaG sicherstellen. Kein Mitglied der Bayerischen Ärztekammer kann in einem derartigen Fall einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen, ohne sich berufsrechtlichen Sanktionen auszusetzen. Für die Schwangere setzt damit die Norm die Mindestvoraussetzungen, die sie selbst erfüllen muß, um die Schwangerschaft abbrechen zu lassen, obwohl sie sich an den Arzt richtet und lediglich umschreibt, was ärztlich verantwortbares Handeln ist und - nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 88, 203 <292>) - ohnedies gilt. 230

Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht insoweit eine berufsrechtliche Normierung nicht für ausreichend gehalten und verlangt, daß den ärztlichen Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit dem Schwangerschaftsabbruch mit einer Strafdrohung der nötige Nachdruck verliehen wird. Dies hat der Bundesgesetzgeber 231



vollzogen, dabei aber zugleich sichergestellt, daß die Frau einheitliche Offenbarungspflichten in der Konfliktberatung und beim Arzt treffen. Deshalb hat er die gesetzlichen Vorgaben in § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB und die in § 219 StGB in Verbindung mit § 5 SchKG aufeinander abgestimmt. Nach seiner Auffassung konnte nur auf diese Weise die Gesamtregelung wirkungsvoll und widerspruchsfrei bleiben.

Um dieses Regelungszieles willen war es auch unerläßlich, den Regelungsgegenstand, das Gespräch zwischen dem Arzt und der Schwangeren in der Konfliktsituation vor dem Schwangerschaftsabbruch, im Strafrecht zu regeln. Die punktuell beanspruchte Kompetenz kraft Sachzusammenhangs unter Verdrängung des den Ländern überantworteten Berufsrechts war angesichts der geschilderten Sondersituation auch geboten, wenn der Bundesgesetzgeber sein Konzept stringent verwirklichen wollte. 232

c) Für die Sperrwirkung der bundesrechtlichen Regelung kommt es nicht darauf an, ob der Bundesgesetzgeber in allen Punkten den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gerecht geworden ist. Er hat ersichtlich nicht nur das Urteil vom 28. Mai 1993 umsetzen oder die Anordnung nach § 35 BVerfGG in Gesetzesform gießen wollen. Vielmehr hat er aufgrund eigener Prüfung und Einschätzung in einigen Punkten die vom Bundesverfassungsgericht vorgezeichneten Wege verlassen, was besonders deutlich wird hinsichtlich des Verbots, das Geschlecht des Kindes mitzuteilen, und hinsichtlich der Strafbarkeit des familiären Umfeldes (vgl. 4. Sitzung des Unterausschusses Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 1. Juni 1995 und die Beiträge hierzu in der 47. Plenardebatte des Bundestages am 29. Juni 1995). Entscheidend ist, daß sich der eindeutige Wille des Bundesgesetzgebers feststellen läßt, die Anforderungen an das ärztliche Beratungsgespräch abschließend zu regeln. An diesem Willen läßt der Verlauf der Gesetzgebung keinen Zweifel. 233

Die langen parlamentarischen Beratungen verdeutlichen, daß gerade solche Teile des Gesetzentwurfes, die sich von den Vorgaben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 lösten oder sie doch zu einem einheitlichen Konzept zusammenzuführen trachteten, als zentrale Fragen inhaltlich eingehend erörtert worden sind. Hinsichtlich der Ausgestaltung des Beratungsgesprächs beim Arzt waren die Standpunkte auch im Rechtsausschuß geteilt (Protokoll der 21. Sitzung vom 28. Juni 1995, S. 34 ff.). Die Abgeordneten waren sich darin einig, daß ein Kompromiß gefunden werde müsse, der für die Zukunft Rechtssicherheit gerade auch für die Ärzte schaffe (Deutscher Bundestag, 13. WP, 47. Sitzung vom 29. Juni 1995, S. 3758 A, S. 3769 A, S. 3780 A und D, S. 3781 D); im Bundesrat bestand der Wunsch, im Rahmen der Vereinheitlichung des Rechts im wiedervereinigten Deutschland eine allgemeine grundlegende Lösung des Problems zu treffen (vgl. Protokoll der gemeinsamen Sondersitzung der Ausschüsse für Familien und Senioren und für Frauen und Jugend am 5. Juli 1995, S. 8). 234

Die Absicht des Gesetzgebers, eine im Hinblick auf die Vorgaben des Einigungsvertrages einheitliche Regelung zu finden, die für Rechtssicherheit im vereinten 235

Deutschland sorgt, läßt sich auch noch den Bundestagsdebatten entnehmen, die stattgefunden haben, nachdem bekannt geworden war, daß Bayern ergänzende Regelungen zum Schwangerschaftsrecht erlassen wollte (vgl. das Protokoll der 110. Sitzung des Deutschen Bundestages am 13. Juni 1996 zu Drucks 13/4858 und Drucks 13/4879); die parlamentarische Aussprache war darauf gerichtet, das bundeseinheitliche Recht zu erhalten. Überwiegend wurde die Auffassung vertreten, daß in verfassungskonformer Weise durch einen Kompromiß die Rechtsfragen abschließend entschieden sind und die Rechtseinheit in Deutschland hergestellt sowie Rechtsfriede beabsichtigt ist, der durch abweichende Landesregelungen in Frage gestellt wird. Diese Auffassung war nach namentlicher Abstimmung mehrheitsfähig.

d) Die verfassungsrechtliche Beanstandung der bayerischen Regelung bedeutet indes nicht, daß Ärzte, die einen Schwangerschaftsabbruch deshalb nicht für verantwortlich halten, weil die Frau ihnen keine Gründe mitgeteilt hat, zur Abtreibung verpflichtet wären. Insoweit zeigt sich, daß die berufsrechtlichen Regelungen in unterschiedlicher Intensität auf den Arzt einerseits und die Schwangere andererseits einwirken. Jeder Arzt kann und muß einen von ihm nicht für verantwortlich gehaltenen Abbruch ohnedies verweigern (§ 12 SchKG). Weder wird die individuell begründete Haltung des einzelnen Arztes behindert noch die Entwicklung berufsethischer Standards gehemmt, wenn weitere - landesrechtliche - Normierungen aufgrund der sperrenden Bundesregelung in § 218 c StGB unterbleiben.

236

#### D.

Da Art. 18 Abs. 2 Satz 1 zweiter Halbsatz HKaG nichtig ist, wird Satz 3 Nr. 2 dieser Norm gegenstandslos.

237

Gegenstandslos sind ferner Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 und Satz 2 sowie Art. 5 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 BaySchwHEG, die sämtlich der Überwachung der Einnahmequotierung in Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BaySchwHEG dienen.

238

#### E.

Soweit unter C. ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG nicht festgestellt worden ist, haben die Verfassungsbeschwerden auch nach den Maßstäben der ergänzend als verletzt gerügten Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 GG keinen Erfolg. Art. 2 Abs. 1 GG tritt hinter der Prüfung des Art. 12 GG als speziellerem Grundrecht zurück. Der Eigentumsschutz des Art. 14 GG wird durch das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nicht berührt. Länderspezifische Unterschiede des Berufsrechts sind Folge der bundesstaatlichen Organisation der Bundesrepublik Deutschland und der Länderkompetenz für diese Materie; sie sind daher nicht am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu prüfen.

239

**F.**

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 34 a Abs. 2 und 3 BVerfGG.

240

Papier	Graßhof	Grimm
Kühling	Frau BVRin Seibert ist aus dem Amt ausgeschieden. Papier	Jaeger
Haas		Hömig

## Abweichende Meinung

### des Vizepräsidenten Papier sowie der Richterinnen Graßhof und Haas

#### zum Urteil des Ersten Senats vom 27. Oktober 1998

- 1 BvR 2306/96 -

- 1 BvR 2314/96 -

- 1 BvR 1108/97 -

- 1 BvR 1109/97 -

- 1 BvR 1110/97 -

Den Ergebnissen zu C III 2 (Einnahmequotierung), C III 3 (kompetenzrechtliche Sperre des Landes für die Regelung ärztlichen Berufsrechts) und zu C II 4 b (Fehlen einer Übergangsregelung beim Facharztvorbehalt) können wir nicht zustimmen. Wir halten auch die kompetenzrechtlichen Maßstäbe der Senatsmehrheit zu C II 1 und 2 für zu weitgehend, soweit sie die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs betreffen. 241-242

Die Senatsmehrheit wendet ihre kompetenzrechtlichen Maßstäbe schon nicht konsequent an (I). Selbst auf der Grundlage ihrer eigenen Maßstäbe hätte die Senatsmehrheit nicht zu den Ergebnissen kommen können: 243

- der Bundesgesetzgeber habe es den Ländern mit § 13 Abs. 2 SchKG stillschweigend untersagt, Spezialkliniken durch eine Quotenregelung entgegenzuwirken; hierfür habe er auch eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs in Anspruch nehmen dürfen (I 2); 244

- § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB lege - kompetenzgemäß - zugleich die berufsrechtlichen Anforderungen abschließend fest, die nach ärztlichem Berufsrecht für die Beratung der abbruchwilligen Frau durch den Arzt gelten (I 3). 245

Überdies mißachtet die Senatsmehrheit die strikten Grenzziehungen des Grundgesetzes bei der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern (II). 246

Darüber hinaus verkennt die Senatsmehrheit, daß ein Bundesgesetz, das im Wege der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs in einen ausschließlichen Gesetzgebungsbereich des Landes übergreift, die Landeszuständigkeit nur verdrängen kann, wenn es auch materiell verfassungsgemäß ist (III). 247

Schließlich bedurfte es keiner Übergangsregelung für die Einführung des Facharztvorbehalts (IV). 248

#### I.

1. Die Senatsmehrheit erkennt, daß der bayerische Gesetzgeber mit den Regelungen zur Verhinderung von Arztpraxen, die vorwiegend Schwangerschaftsabbrüche 249

vornehmen, und mit der Normierung des bei Schwangerschaftsabbrüchen geltenden ärztlichen Berufsrechts Sachverhalte geregelt hat, die zur Materie des ärztlichen Berufsrechts gehören, für die der Landesgesetzgeber ausschließlich zuständig ist. Gleichwohl habe der bayerische Gesetzgeber die beiden hier in Rede stehenden berufsrechtlichen Regelungen nach der Kompetenzordnung nicht treffen dürfen, weil der Bundesgesetzgeber diesen Sachbereich mit § 13 Abs. 2 SchKG und mit § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB als unerläßliche Voraussetzung für die Ausgestaltung des Abtreibungsstrafrechts auf der Grundlage des Schutzkonzepts der Beratungsregelung selbst habe regeln dürfen. Ohne diese Regelungen habe der Bund seine zugewiesene Strafrechtskompetenz nicht sinnvoll nutzen können. Dabei habe der Bundesgesetzgeber von seiner Zuständigkeit auch "durch absichtsvolles Unterlassen einer Regelung" Gebrauch machen können. Ob der Gebrauch, den der Bund von einer Kompetenz gemacht habe, erschöpfend sei, müsse aufgrund einer Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes festgestellt werden. In jedem Fall setze die Sperrwirkung für die Länder voraus, daß der Gebrauch der Kompetenz durch den Bund hinreichend erkennbar sei.

Diese Maßstäbe wendet die Senatsmehrheit nur dort konsequent an, wo sie dem Landesgesetzgeber zugesteht, noch eine Kompetenz zur Regelung eines Erlaubnisvorbehalts und einer Facharztqualifikation zu haben. Insoweit werde nicht erkennbar, ob das Schwangeren- und Familienhilfeergänzungsgesetz des Bundes den Ländern solche Regelungen als für das bundesrechtliche Regelungskonzept unerläßlich stillschweigend untersagt habe. Bei den beiden Sachbereichen (Spezialkliniken, ärztliches Berufsrecht), die den Schwerpunkt auch der rechtspolitischen Auseinandersetzung um den bayerischen "Sonderweg" bilden, kommt die Senatsmehrheit zu entgegengesetzten Ergebnissen, obwohl Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Normzweck der Regelungen des Schwangeren- und Familienhilfeergänzungsgesetzes auch keine genaueren Anhaltspunkte für die Erkennbarkeit einer Mitregelung dieser Bereiche des ärztlichen Berufsrechts durch den Bundesgesetzgeber geben.

250

2. Die Senatsmehrheit kommt zu dem Ergebnis, das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz des Bundes enthalte einen "absichtsvollen Regelungsverzicht" hinsichtlich der Verhinderung einer Spezialisierung von Arztpraxen auf Schwangerschaftsabbrüche durch eine Quotenregelung und normiere diesen Sachbereich mit Sperrwirkung für die Länder erschöpfend. Dazu kann sie nach ihren Maßstäben nur gelangen, wenn sie feststellt, es sei für den Landesgesetzgeber hinreichend erkennbar gewesen, daß der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz in dieser Weise Gebrauch gemacht hat. Diese Feststellung hat die Senatsmehrheit nicht in nachvollziehbarer Weise getroffen.

251

Sie kann aus dem Gesetzgebungsverfahren nur heranziehen, daß sich der Bundesgesetzgeber "der Prüfaufgabe" des Bundesverfassungsgerichts zur Begegnung der von Spezialeinrichtungen für den Lebensschutz ausgehenden Gefahren "unterzogen" hat, indem er eine Delegation nach Frankreich geschickt hat, um die dortige Regelung zu begutachten. Danach habe der Bundesgesetzgeber keinen weiteren Bera-

252

tungsbedarf gesehen. Diese Frage sei dann im Gesetzgebungsverfahren "nicht mehr erörtert" worden. Statt einer Quotenregelung habe der Bundesgesetzgeber den sog. Sicherstellungsauftrag in § 13 Abs. 2 SchKG vorgesehen und die "Arzteinnahmen aus Abbrüchen durch feste Gebühren begrenzt".

Über die Motive des Bundesgesetzgebers zur Untersagung einer Quotenregelung als unerlässlich für das Schutzkonzept kann die Senatsmehrheit nur spekulieren (C III 2 d), um dann schließlich die fehlende Erkennbarkeit solcher Motive damit zu erklären, daß das Ringen um einen Kompromiß es nicht zugelassen habe, die Motive offenzulegen. Es sei aber immerhin erkennbar, daß dem Mittel der Einnahmebegrenzung "kein Raum gegeben werden sollte". Auch habe der Bundestag rund ein Jahr nach der Verkündung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes in der Plenardebatte zu dem bayerischen Gesetzesvorhaben "bekräftigt", seinerzeit "den Willen zu einer erschöpfenden Regelung gehabt zu haben". 253

a) Hätte die Senatsmehrheit die Entstehungsgeschichte vollständig herangezogen sowie Sinn und Zweck einer Verhinderung von Spezialkliniken einerseits und des sog. Sicherstellungsauftrags (§ 13 Abs. 2 SchKG) andererseits berücksichtigt, so wäre die Spekulation um die Motive der von ihr angenommenen Regelung des Bundesgesetzgebers überflüssig gewesen. 254

Die Entstehungsgeschichte zeigt eindeutig, daß der Bundesgesetzgeber bewußt auf jegliche Normierung zur Thematik von Spezialkliniken verzichtet hat. Er hat solchen Kliniken weder durch eine ausdrückliche Regelung selbst entgegengewirkt, noch hat er den eigentlich zuständigen Ländern entsprechende Regelungen stillschweigend untersagt. Nur in diesem Sinn hat der Bundesgesetzgeber "dem Mittel der Einnahmebegrenzung keinen Raum gegeben". 255

aa) Die Senatsmehrheit meint, es sei den Ländern erkennbar gewesen, daß der Bundesgesetzgeber ihnen die Einschätzung dazu, ob Spezialkliniken durch eine Quotenregelung entgegengewirkt werden soll, nicht überlassen habe; der Sonderausschuß "Schutz des ungeborenen Lebens" des Bundestages habe jedenfalls die Abwehr etwaiger Gefahren "als eine eigene Aufgabe begriffen". Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich hierzu das Gegenteil: 256

Der Sonderausschuß hat den Ländern einen Bericht über die Praktizierung der Quotenregelung in Frankreich "zur Information" zugesandt (vgl. Protokoll der 24. Sitzung des Sonderausschusses "Schutz des ungeborenen Lebens", 12. WP vom 19. Mai 1994, S. 6 Tagesordnungspunkt 1). Wenn der federführende Ausschuß des Bundestages Ländern zur Information einen Bericht übersendet, der eine Materie ihres Zuständigkeitsbereichs betrifft, so liegt hierin der eindeutige Erklärungswert, daß die Länder zuständigkeitshalber damit befaßt werden. Informationen bedarf derjenige, der auf ihrer Grundlage noch tätig werden kann. Das ist bei den Ländern der Fall, wenn sie noch gesetzgeberische Konsequenzen ziehen können - nicht aber, wenn die "Information" sie von weiterer Gesetzgebung ausschließen soll. 257

Die Senatsmehrheit meint, die frühzeitige Unterrichtung der Länder habe diese auf die Beratungen im Bundesrat vorbereiten sollen. Dies ist wiederum eine bloße Spekulation. Wenn auf Bundesebene schon der Bundestag zum Thema der Spezialkliniken keinen Beratungs- und Erörterungsbedarf mehr sah, liegt die Annahme fern, daß dieser Bedarf beim Bundesrat bestand. Tatsächlich kann die Senatsmehrheit auch zu einer Behandlung dieses Themas im Bundesrat nichts anführen. 258

bb) Im Gesetzgebungsverfahren wird es auch nicht erkennbar, daß der Bundesgesetzgeber - gewissermaßen als Ersatz für eine den Ländern untersagte Quotenregelung - Spezialeinrichtungen durch die Festschreibung der ärztlichen Gebühren verhindern wollte. Die Diskussionen im Sonderausschuß "Schutz des ungeborenen Lebens" und im Bundestag zeigen keinerlei Verbindung zwischen beiden Regelungen auf. Diese drängt sich - entgegen der Auffassung der Senatsmehrheit - auch nicht auf. Erhalten Ärzte für beratene Schwangerschaftsabbrüche, die überwiegend nicht über die Krankenkassen abgerechnet werden, Gebühren zwischen 300 und 400 DM, so kann die einheitliche Festlegung derartiger Gebühren nicht dazu bestimmt sein, Spezialkliniken entgegenzuwirken. Ärzten, die auf die Vornahme von Abtreibungen spezialisiert sind und bis zu 20 solcher Eingriffe am Tag vornehmen, kann hierdurch keinerlei Anreiz gegeben werden, ihre berufliche Tätigkeit auf andere ärztliche Leistungen umzustellen. 259

cc) Im Gesetzgebungsverfahren tritt die Unhaltbarkeit der Auffassung der Senatsmehrheit am deutlichsten aus der Antwort hervor, die die Vorsitzende des federführenden Sonderausschusses "Schutz des ungeborenen Lebens" auf die Frage eines Sachverständigen gegeben hat, warum der Bund keine Regelungen zur Untersagung von Einrichtungen getroffen habe, die sich auf die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen spezialisiert haben: 260

"Zunächst einmal ist die Frage umstritten, ob insoweit eine Kompetenz des Bundesgesetzgebers besteht. Das ist das Problem. Und dies konnte nicht abschließend geklärt werden. Nachdem die Kompetenz von wichtigen Bundesministerien bestritten wird, hat man auf eine Regelung verzichtet" (BTProt. 21. Sitzung vom 14. April 1994, S. 95). 261

Eine gegenteilige Erklärung ist im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht erfolgt. Entgegen dem Eindruck, den die Senatsmehrheit mit ihren Ausführungen zu C III 2 c aa erweckt, folgt auch nicht aus der zitierten Ausschußdrucksache 145 Seite 3 (Deutscher Bundestag, Sonderausschuß "Schutz des ungeborenen Lebens", Ausschuß-Drucks 145), daß die Zweifel an der Kompetenz des Bundesgesetzgebers später aufgegeben wurden. Die Drucksache enthält einen Bericht über die - bereits von der Ausschußvorsitzenden in der oben erwähnten 21. Sitzung angekündigte - Reise einer Delegation des Sonderausschusses nach Paris am 24. und 25. April 1994. Auf Seite 3 heißt es nach Darstellung des Hinweises des Bundesverfassungsgerichts auf die von Spezialeinrichtungen ausgehenden Gefahren (BVerfGE 262

88, 203 <294>):

"Diesem Hinweis folgend war es Zweck der Reise, durch Gespräche Informationen über die rechtlichen Bestimmungen, die Erfahrungen der beratenden und abbrechenden Ärzte sowie der Einrichtungen, in denen Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, zu erhalten." 263

Die Auskunft der Ausschußvorsitzenden wird durch die Tatsache bestätigt, daß das Bundesministerium der Justiz, das im Verfahren der Gesetzgebung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes um fachliche Beratung ersucht worden war, die schriftliche Auskunft gegeben hatte, dem Bund fehle für die Anordnung einer Quotenregelung die Kompetenz (vgl. hierzu den ehemaligen Parlamentarischen Staatssekretär im Bundesministerium der Justiz Göhner in der Plenardebatte vom 13. Juni 1996, 13. WP, 110. Sitzung, S. 9761 C). 264-265

dd) Aus allem folgt eindeutig, daß der Bundesgesetzgeber davon ausging, er habe für eine Quotenregelung keine Kompetenz. Nur darum "gab er ihr keinen Raum". Hier hätte die Senatsmehrheit klar erkennbare Motive für das Schweigen des Bundesgesetzgebers zu dieser Frage finden können. Ihre Spekulationen nach den Motiven des Gesetzgebers gehen damit ins Leere. 266

ee) Die Senatsmehrheit kann sich als Beleg für die Gesetzgebungsgeschichte keinesfalls auf die Plenardebatte des Bundestages vom 13. Juni 1996 berufen. Hier ging es - rund ein Jahr nach der Verkündung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes - um höchst Streitige politische Meinungsäußerungen von Abgeordneten des Bundestages, der selbst mit keinem Gesetzgebungsverfahren zu dieser Materie mehr befaßt war, zu dem bayerischen Gesetzesvorhaben (vgl. dazu Deutscher Bundestag, 13. WP, 110. Sitzung, S. 9747-9764). In der Debatte wurde teils die Auffassung vertreten, der Bundesgesetzgeber habe mit dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz dem bayerischen Gesetzgeber die Kompetenz für seine beiden Gesetzgebungsvorhaben (Bayerisches Schwangerenberatungsgesetz und Bayerisches Schwangerenhilfe- und Ergänzungsgesetz) genommen (so von den Abgeordneten der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der PDS). Teils wurde dem insgesamt widersprochen (durch Abgeordnete der CDU/CSU). Teils wurde ausdrücklich nur die Kompetenz des bayerischen Gesetzgebers für das Schwangerenberatungsgesetz als durch das Schwangeren- und Familienhilfeergänzungsgesetz des Bundes verdrängt angesehen (so insbesondere durch Abgeordnete der F.D.P.). 267

Die Antwort, die der Abgeordnete Schmidt-Jortzig in dieser Debatte auf die Fragen des Abgeordneten Göhner gegeben hat, stellt die Senatsmehrheit zu A III 2 ungenau dar. Während der gesamten Debatte hat der Abgeordnete Schmidt-Jortzig lediglich davon geredet, daß eines der geplanten bayerischen Gesetze gegen das Bundesgesetz verstößt (vgl. etwa a.a.O., S. 9759 C und D). Hierauf hat der Abgeordnete Göhner in seiner Frage an den Abgeordneten Schmidt-Jortzig hingewiesen und gefragt, welche Einwendungen er gegen den zweiten bayerischen Gesetzentwurf (den des 268



hier angegriffenen Gesetzes) habe. Hierauf hat der Abgeordnete Schmidt-Jortzig dem Wortlaut nach mehrdeutig, dem Sinnzusammenhang nach aber seine früheren Äußerungen bestätigend, geantwortet:

"Herr Kollege Göhner, es geht mir in der Tat nur um die rechtliche Frage... Es geht mir darum, ob es dem bayerischen Gesetzgeber an diesem Punkt erlaubt ist, mit einem eigenen Entwurf, mit einer eigenen Regelung gegenüber der des Bundesgesetzgebers aktiv zu werden. Ich glaube nicht, daß das geht; denn in Art. 72 des Grundgesetzes..." 269

Diesen Sinnzusammenhang vernachlässigt die Senatsmehrheit. 270

Diese Plenardebatte ist ausschließlich als eine *politische* Auseinandersetzung des Deutschen Bundestages mit dem bayerischen "Sonderweg" zu verstehen. Hieraus Erkenntnisse über die Vorstellungen des Gesetzgebers des längst verabschiedeten Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes zu ziehen, wird juristischer Argumentationsweise nicht gerecht; schon gar nicht ist diese politische Debatte Teil der Gesetzgebungsgeschichte des Bundesgesetzes. 271

b) Mit ihrer Auffassung, der Bundesgesetzgeber habe es als "unabweisbare Aufgabe" "zur Eindämmung vermuteter Schutzdefizite für das ungeborene menschliche Leben" ansehen dürfen, den Ländern zu untersagen, Spezialkliniken durch eine Quotenregelung entgegenzuwirken, stellt die Senatsmehrheit das Schutzkonzept der Beratungsregelung, das das Bundesverfassungsgericht gebilligt hatte und das der Bundesgesetzgeber umsetzen wollte (vgl. Begründung zur Beschlußempfehlung BT-Drucks 13/1850, S. 18), geradezu auf den Kopf. 272

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 28. Mai 1993 (vgl. BVerfGE 88, 203 <294>) konnten es dem Bundesgesetzgeber *nur* nahelegen, spezialisierten Abbruchkliniken *entgegenzuwirken*, um so Beratungsdefizite zu verhindern. Die Senatsmehrheit geht demgegenüber davon aus, der Gesetzgeber habe es zum Schutz des ungeborenen Lebens durch das Beratungskonzept als unabweisbar ansehen können, daß Spezialkliniken *zugelassen bleiben*. 273

Diese von ihr vermutete Einschätzung des Gesetzgebers begründet die Senatsmehrheit durch Spekulationen über entsprechende Motive des Gesetzgebers, die allerdings, wie schon ausgeführt ist, ins Leere gehen. Überdies ermangelt es jeglicher Anhaltspunkte dafür, daß dem Gesetzgebungsverfahren entsprechende Tatsachenfeststellungen und Einschätzungen zugrunde lagen. Diese lagen der Mehrheit in der gesetzgebenden Körperschaft auch fern. Die Mehrheit sah in dem Schwangeren- und Familienhilfeergänzungsgesetz die "Umsetzung des Urteils" und nicht eine "Ersetzung durch eigene Wertentscheidung" (vgl. Abgeordneter Scheu unter Bestätigung des Fraktionsvorsitzenden der CDU/CSU - Deutscher Bundestag, 13. WP, 47. Sitzung, S. 3774 A; dies fand Eingang in die Begründung zur Beschlußempfehlung BTDrucks 13/1850, S. 18). 274-275

Der Wertung des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 28. Mai 1993 entsprechen die Vermutungen der Senatsmehrheit zu den Regelungsabsichten des Gesetzgebers nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat die Erfüllung des sog. Sicherstellungsauftrags nur insoweit zugelassen, als zu seiner Verwirklichung nicht andere dem Lebensschutz abträgliche Maßnahmen gefördert werden (vgl. BVerfGE 88, 203 <333 f.>). Danach kann es nicht in Betracht kommen, Spezialkliniken trotz ihrer Defizite für den Lebensschutz zuzulassen, um ausreichend viele Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen zu haben. 276

Ähnliches gilt für die Mutmaßungen der Senatsmehrheit, der Gesetzgeber habe von seiner Kompetenz, spezialisierte Einrichtungen zu unterbinden, nur deshalb keinen Gebrauch gemacht, weil er der Auffassung war, daß Spezialisierung zwar einerseits die Qualität der Beratung beeinträchtigen, andererseits aber dem Gesundheitsschutz zugute kommen kann. Es gab keine Sachverständigenausführungen dazu, daß etwa die medizinische Betreuung der Frauen bei Abtreibungen durch Fachärzte oder gynäkologische Stationen der Krankenhäuser defizitär sei und durch Spezialkliniken sichergestellt werden müsse. 277

3. Den Straftatbestand des § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB legt die Senatsmehrheit dahin aus, daß er zugleich - stillschweigend - die berufsrechtlichen Anforderungen abschließend festlege, die für die Beratung abbruchwilliger Frauen im gesamten Bundesgebiet einheitlich gelten sollen. Dieses Ergebnis hat nach den Maßstäben der Senatsmehrheit wiederum zur Voraussetzung, daß festgestellt werden kann, es sei für den Landesgesetzgeber erkennbar geworden, daß der Bundesgesetzgeber die nicht ausdrücklich erfolgte berufsrechtliche Regelung als unerläßlich in den Zusammenhang seines Schutzkonzepts einbezieht. Hierzu trifft die Senatsmehrheit teils keine Feststellungen, teils solche, die weder nach Wortlaut, noch nach Sinn und Zweck, noch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB zu überzeugen vermögen. 278

a) Die Senatsmehrheit meint, § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB umschreibe die der Frau obliegenden Pflichten bei ihrem Gespräch mit dem Arzt abschließend und mit demselben Inhalt, wie sie ihr bei der Konfliktberatung gemäß § 219 StGB, § 5 SchKG auferlegt sind. An diesen Ausgangspunkt ihrer Auffassung knüpft die Senatsmehrheit die Folgerung, daß § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB zugleich auch die Grenze markiere, bis zu der das Berufsrecht durch eine gesetzliche Regelung in das Verhältnis zwischen Arzt und Patientin eingreifen dürfe. Mit berufsrechtlichen Anforderungen an die Pflichten eines Arztes beim Gespräch mit abbruchwilligen Patientinnen werde auch deren Verhalten gesteuert. Das dürfe aber nicht weitergehend der Fall sein, als das Beratungskonzept es zur Herstellung eines Maximums an Lebensschutz durch Austarierung von "Druck und Offenheit" regele. Wenn ein Arzt von der Frau verlange, daß sie ihm ihre Gründe für den verlangten Schwangerschaftsabbruch darlege, so setze dies die Frau einem Druck aus, der ihrer Offenheit für ein Beratungsgespräch abträglich sei. Der Frau werde nicht deutlich, daß der Arzt ihre Angaben nicht überprüfen und bewerten müsse. 279

Belege dafür, daß diese Einschätzungen auch die Einschätzungen des Gesetzgebers waren, kann die Senatsmehrheit nicht anführen. Sie beruft sich hierzu nur auf die Äußerungen einzelner Abgeordneter der SPD und F.D.P. oder auf die - nicht Gesetz gewordenen - Gesetzentwürfe der SPD und F.D.P. Die Äußerung, der Arzt dürfe nicht "insgeheim wieder zum Richter" werden, fiel erst ein Jahr später in der besagten Plenardebatte vom Juni 1996 (vgl. a.a.O., S. 9754 C). Auffassungen einzelner Bundestagsabgeordneter zu einem Gesetzesvorhaben sind - auch wenn es sich um einen im Wege des Kompromisses ausgehandelten Entwurf handelt - grundsätzlich nicht die Auffassung "des Gesetzgebers". Dazu müßten solche Meinungsäußerungen in amtliche Begründungen oder Berichte der maßgebenden Ausschüsse Eingang gefunden haben. Gerade in dem rechtspolitisch höchst umstrittenen Gesetzgebungsverfahren, wie es die Regelung des Abtreibungsstrafrechts darstellte, wurden in den Beratungen des Bundestages die unterschiedlichsten rechtlichen und ethischen Auffassungen geäußert (vgl. etwa einerseits Abgeordneter Hüppe <CDU/CSU>, Deutscher Bundestag, 12. WP, 230. Sitzung, S. 19998, andererseits Abgeordnete Bläss <PDS/Linke Liste> a.a.O., S. 19970).

b) Der Wortlaut des § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB gibt schon für den Ausgangspunkt der Erwägungen der Senatsmehrheit nichts her. Er enthält keinerlei Formulierungen, die denen des § 5 SchKG entsprechen. § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB droht dem *Arzt* für ein Unterlassen Strafe an und kann daher gar nicht - wie § 5 SchKG - Erwartungen zum Ausdruck bringen, welche die Rechtsordnung an die *Frau* stellt. Ebenso wenig finden sich in § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB irgendwelche Anhaltspunkte für eine Mitregelung des ärztlichen Berufsrechts.

c) Das Verständnis der Senatsmehrheit vom Regelungsgehalt des § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB wird dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift und ihrer Bedeutung für das Beratungskonzept nicht gerecht.

aa) § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB kann schon vor dem Hintergrund des Regelungsgefüges von Abtreibungsstrafrecht einerseits und Gewissensfreiheit des Arztes (§ 12 Abs. 1 SchKG) andererseits kein "Recht schaffen", das mit dem der Konfliktberatung übereinstimmt. Die Norm, die ein Unterlassen des Arztes mit Strafe bedroht, kann auch nicht die Frau von einer "Pflicht" befreien, dem Arzt ihre Gründe für die verlangte Abtreibung darzulegen. § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB kann weder die Grenzen eigener Darlegungspflicht der Frau vor dem Arzt noch die Grenzen eines Fragerechts des Arztes bestimmen.

§ 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB wird erst in einem Stadium aktuell, in dem der beratene Schwangerschaftsabbruch - bei Beachtung der Fristen - in jedem Fall straffrei wäre und seine Vornahme nur noch von der Entscheidung des Arztes abhängt. Diese hat der Arzt aber allein an seinem ärztlichen Gewissen auszurichten. Gesetzliche Vorgaben - auch solche berufsrechtlicher Art - hat er dabei nur zu beachten, soweit sie Mindestanforderungen stellen. Welche Darlegung ein Arzt von einer Frau fordert, wenn diese von ihm verlangt, einen zwar straffreien, aber nicht als rechtmäßig festgestell-

ten Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen und dabei ungeborenes Leben zu töten, entscheidet - unter Beachtung der Mindestanforderungen des Berufsrechts - allein der Arzt. "Rechte" und "Pflichten" der Frau gibt es dabei nicht. Die Frau hat unter keiner Voraussetzung einen Anspruch auf Vornahme eines beratenen Schwangerschaftsabbruchs gegen den Arzt. Das gilt selbst dann, wenn sie ihm ihre Gründe für den beratenen Abbruch eingehend und nachvollziehbar darlegt. Die Frau erwirbt für sich auch die Straffreiheit der Abtreibung nicht erst durch Erfüllung irgendwelcher Pflichten gegenüber dem Arzt. Ohne Rücksicht darauf, ob und mit welchem Inhalt der Arzt ein Gespräch mit ihr führt, ist sie straffrei, wenn sie dem Arzt fristgerecht die Beratungsbescheinigung vorgelegt hat und der Arzt innerhalb der Zwölfwochenfrist die Abtreibung vornimmt.

Am Ende der Konfliktberatung steht, daß der *Frau* mit Erteilung der Beratungsbescheinigung die *Letztverantwortung* über das Austragen des Kindes zuerkannt wird. Die Wahrnehmung dieser Verantwortung kann durch eine Konfliktberatung optimiert werden, wenn "Druck und Offenheit" gegeneinander austariert werden. Das Gespräch zwischen Arzt und abbruchwilliger Frau muß aber in erster Linie dem Arzt Grundlagen für seine Entscheidung geben, ob er es vor seinem *ärztlichen Selbstverständnis verantworten* kann, entgegen seinem Gelöbnis, ungeborenes Leben grundsätzlich zu schützen, dieses Leben zu töten, ohne daß hierfür Rechtfertigungsgründe festgestellt sind. Dieses nach ärztlichem Berufsrecht ohnehin zu führende Gespräch mit der abbruchwilligen Frau wird in die notwendigen Rahmenbedingungen eines dem Lebensschutz dienenden Beratungskonzepts einbezogen (vgl. BVerfGE 88, 203 <271>). 285

Diese wesentlichen Unterschiede zwischen einer Konfliktberatung und dem Gespräch zwischen Arzt und abbruchwilliger Frau geben keinerlei Grundlage für eine einheitliche rechtliche Ausgestaltung dieser beiden Rahmenbedingungen des Schutzkonzepts der Beratungsregelung. 286

bb) (1) Die Senatsmehrheit bewegt sich wiederum im Bereich von Spekulationen, wenn sie dem Gesetzgeber die Einschätzung unterstellt, die Frage des Arztes nach den Gründen für den verlangten Schwangerschaftsabbruch setze die Frau einem Druck aus, der dem Lebensschutz unzutraglich sei. Diese Einschätzung wird von dem Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 88, 203 <285, 291 f.>) zu Recht nicht geteilt. 287

Der Frau wird ihre ausschließlich eigene Verantwortung für einen Schwangerschaftsabbruch schon bei der Konfliktberatung bewußt gemacht. Es ist ihr daher deutlich, daß der Arzt ihre Angaben nicht zu überprüfen hat. Andererseits weiß sie aber auch, daß sie einen Arzt durch das bloße Verlangen, körperliche Eingriffe bei ihr vorzunehmen, nicht aus seiner ärztlichen Verantwortung entlassen kann. Es wird ihr einleuchten, daß kein Arzt etwa den Blinddarm, die Mandeln oder die Gebärmutter auf bloßen Wunsch hin entfernen würde und dürfte. Die Frau wird es daher auch ohne weiteres verstehen, daß dies bei dem schwerwiegenderen - lebenszerstörenden - 288

Eingriff eines Schwangerschaftsabbruchs ebensowenig in Betracht kommen kann.

Der Frau wird nach allem mit der Frage des Arztes nach den Gründen für ihren Abbruchwunsch nichts Ungewöhnliches zugemutet. Die ärztliche Schweigepflicht macht den Arzt zudem zu einem für die Frau vertrauenswürdigen Geheimnisträger. Soweit die Senatsmehrheit es in diesem Zusammenhang auch schon als einen für den Lebensschutz bedenklichen Druck ansieht, daß die Frau sich der Abtreibung beim Arzt nicht anonym unterziehen könne, zeigt dies, daß sie in dem Arzt den bloßen Vollstrecker des Verlangens der Frau sehen möchte. Hierin liegt eine Mißachtung des ärztlichen Selbstverständnisses. 289

Soweit die Senatsmehrheit unter Hinweis auf eine knappe Meinungsbildung des 98. Deutschen Ärztetages den Eindruck zu erwecken sucht, als lehnten es die Ärzte ab - anders als die Vertreter der ärztlichen Standesorganisationen in der mündlichen Verhandlung vor dem Zweiten Senat -, erst nach Darlegung von Gründen eine Entscheidung über die ärztliche Verantwortbarkeit eines Schwangerschaftsabbruchs zu treffen, so gibt die angeführte Zitatstelle dafür nichts her. Aus ihr wird nur deutlich, daß die knappe Mehrheit des 98. Deutschen Ärztetages sich gegen die *strafrechtliche* Sanktionierung ärztlichen Berufsrechts wendet. 290

(2) Im übrigen übersieht die Senatsmehrheit bei ihrer Auffassung, der Gesetzgeber habe einheitliche Offenbarungspflichten der Frau vor der Beratungsstelle und dem Arzt festgelegt, um "Druck und Offenheit" gegenüber der Frau auszutarieren, daß diese Ausgewogenheit durch ein gesetzlich geregeltes Berufsrecht gar nicht zu verwirklichen wäre. Nach den Erklärungen der Vertreter der ärztlichen Standesorganisationen in der mündlichen Verhandlung vor dem Zweiten Senat (vgl. BVerfGE 88, 203 <292>) ist davon auszugehen, daß die ärztlichen Standesorganisationen und damit jedenfalls die Mehrzahl der Frauenärzte es als unerlässlich für eine ärztlich verantwortbare Entscheidung ansehen, von der Frau Gründe für ihr Verlangen nach Abtreibung zu erfahren. Eine berufsrechtliche Regelung des Bundesgesetzgebers, daß der Arzt einen Schwangerschaftsabbruch ärztlich schon verantworten dürfe, wenn er der Frau nur Gelegenheit zur Darlegung ihrer Gründe gegeben hat, kann daher keinen Arzt davon abhalten, sich an die - strengeren - ungeschriebenen Maßstäbe des Berufsrechts zu halten. Daher wären Frauen dem von der Senatsmehrheit so eingeschätzten Druck in den meisten Fällen selbst dann ausgesetzt, wenn das normierte Berufsrecht die ärztlichen Berufspflichten nivellierte, indem diese den strafrechtlich sanktionierten ärztlichen Pflichten angepaßt würden. 291

cc) Hätte die Senatsmehrheit - wie es den Regeln der juristischen Auslegungsmethodik entspricht - die Entstehungsgeschichte des § 218 c Abs. 1 Satz 1 StGB vollständig herangezogen, so hätte sie erkennen können, daß es dem Gesetzgeber mit § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB nur darum ging, die spezifische Forderung des Bundesverfassungsgerichts umzusetzen, das verlangt hatte, die vorgefundenen - bei den ärztlichen Standesorganisationen nicht umstrittenen - ärztlichen Verhaltenspflichten *strafrechtlich* zu normieren. Die berufsrechtlichen Anforderungen waren nicht 292

Gegenstand eines vom Bundesverfassungsgericht erkannten Regelungsbedarfs, da sie - so wie sie sich im ärztlichen Selbstverständnis entwickelt hatten - dem Untermaßverbot genügten. Die berufsrechtlichen Anforderungen haben daher auch im Gesetzgebungsverfahren keine Rolle gespielt.

(1) Im Gesetzgebungsverfahren war es unstreitig, daß der später Gesetz gewordene Entwurf eines Schwangeren- und Familienhilfeergänzungsgesetzes eine "Umsetzung des Urteils" des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 war und "nicht Ersetzung durch eigene Wertentscheidung" des Gesetzgebers; dies sollte "jede Auslegung" binden (vgl. Abgeordneter Scheu (CSU), Deutscher Bundestag, 13. WP, 47. Sitzung, S. 3774 A; Abgeordnete Niehuis (SPD), Deutscher Bundestag, 13. WP, 110. Sitzung vom 13. Juni 1996, S. 9748 A; vgl. auch die Begründung zur Beschlußempfehlung BTDrucks 13/1850, S. 18). 293-294

Mag zwar vor diesem Hintergrund § 218 c Abs. 1 Satz 1 StGB noch als eine "vorsichtige Korrektur" (vgl. dazu Sachverständiger Prof. Dr. Klaus Bernsmann, Protokoll der 21. Sitzung des Sonderausschusses "Schutz des ungeborenen Lebens", 12. WP vom 14. April 1994, S. 47) des verfassungsgerichtlichen Urteils begriffen werden, so liegt es aber doch nicht nahe, daß der Bundesgesetzgeber darüber hinaus auch noch weitere, schwerwiegendere Korrekturen vornehmen und die gesetzliche Regelung des ärztlichen Berufsrechts, für das die Länder allein zuständig sind, in Angriff nehmen wollte. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß die Anordnung, ein Arzt dürfe einen beratenen Abbruch schon dann verantworten, wenn er der Frau nur Gelegenheit gegeben habe, ihm ihre Gründe mitzuteilen, den tragenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 28. Mai 1993 widerspräche (vgl. BVerfGE 88, 203 <271, 289 bis 293, 308>). 295-297

Die berufsrechtliche Regelung war auch nicht notwendig dadurch veranlaßt, daß der Bundesgesetzgeber das Urteil des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der *strafrechtlichen* Sanktionierung ärztlicher Pflichten "vorsichtig korrigiert" hat. Ärztliche Berufspflichten, sich von der Frau Gründe für den verlangten Abbruch mitteilen zu lassen, bleiben auch dann sinnvoll, wenn der Arzt nur dafür *bestraft* wird, daß er der Frau nicht einmal Gelegenheit zur Darlegung ihrer Gründe gibt. 298

(2) Vor dem Hintergrund des unumstrittenen Zieles des Bundesgesetzgebers, das Urteil des Bundesverfassungsgerichts umzusetzen, keine eigenen Wertentscheidungen an seine Stelle zu setzen, und die durch die Vollstreckungsanordnung geschaffene Rechtslage zu beachten (vgl. BTDrucks 13/1850, S. 18), gibt es auch keinerlei Anlaß für die Annahme der Senatsmehrheit, der Gesetzgeber habe übereinstimmendes Recht für die Konfliktberatung und für die nachfolgende Beratung beim Arzt schaffen wollen. Von solch übereinstimmendem Recht geht das Urteil des Bundesverfassungsgerichts gerade nicht aus. Am deutlichsten tritt dies in der von dem Bundesverfassungsgericht getroffenen Vollstreckungsanordnung hervor (vgl. BVerfGE 88, 203 <209 bis 213>). Hiernach (S. 210 zu 3 (2) a) "umfaßt die Beratung das Eintreten in eine Konfliktberatung; dazu wird erwartet, daß die schwangere Frau der sie beraten-

den Person die Tatsachen mitteilt, derentwegen sie einen Abbruch der Schwangerschaft erwägt". Demgegenüber obliegen dem "Arzt, von dem die Frau den Abbruch der Schwangerschaft verlangt, die sich aus den Urteilsgründen ergebenden Pflichten" (S. 212 zu 5). Danach "hat er sich die Gründe, aus denen die Frau den Schwangerschaftsabbruch verlangt, darlegen zu lassen" (a.a.O., S. 290).

(3) Nach ihren Maßstäben hätte die Senatsmehrheit feststellen müssen, daß es dem Landesgesetzgeber *erkennbar* war, daß der Bundesgesetzgeber die Mitregulierung des ärztlichen Berufsrechts als unerläßlich zur Verwirklichung seines Konzepts selbst vorgenommen hat. Hierzu behauptet die Senatsmehrheit lediglich - unbelegt -, es lasse sich "der eindeutige Wille des Bundesgesetzgebers feststellen, die Anforderungen an das ärztliche Beratungsgespräch abschließend zu regeln". An diesem Willen lasse "der Verlauf der Gesetzgebung keinen Zweifel". Soweit die Senatsmehrheit meint, dies daraus folgern zu können, daß der Gesetzgeber sich nicht nur bei § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht gehalten, sondern auch die Strafbarkeit wegen der Mitteilung des Geschlechts des Kindes und des familiären Umfelds nicht geregelt habe, belegt dies nicht den bundesrechtlichen Übergriff in ärztliches Berufsrecht, für das die Länder zuständig sind. Zum einen hat der Gesetzgeber zur Notwendigkeit einer Sanktionierung der Bekanntgabe des Geschlechts des Kindes eigene Erkenntnisse gewonnen, zum anderen hat er die Strafbarkeit der Nötigung zum Schwangerschaftsabbruch jedenfalls mit § 240 Abs. 4 Nr. 2 StGB erfaßt. Im übrigen kann daraus, daß der Gesetzgeber - nach dokumentierten eingehenden Beratungen - davon absieht, bestimmte Sanktionen im Strafrecht *einzuführen*, noch nicht geschlossen werden, daß er - ohne dies in Beratungen zu problematisieren - auch in das den Ländern vorbehaltene Berufsrecht *regelnd übergreifen* will.

300

Aus dem Gesetzgebungsverfahren folgt im Gegenteil, daß der Bundesgesetzgeber das ärztliche Berufsrecht nicht regeln wollte:

301

In der Begründung zum Entwurf des § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB (BTDrucks 13/1850, S. 26) heißt es in nicht mehr zu überbietender Klarheit:

302

"Diese Regelung setzt die Forderungen des Bundesverfassungsgerichts nach Verhaltensanforderungen an den den Abbruch vornehmenden Arzt um, soweit sie durch Strafrecht und nicht durch Berufsrecht zu regeln sind."

303

Der Bericht des Sonderausschusses "Schutz des ungeborenen Lebens" (BT-Drucks 12/8609) stellt unter 3.5. (S. 12) die vom Sonderausschuß vorgeschlagenen Regelungen des "Arztrechts" dar und führt dabei die beiden Regelungen auf, welche die Kosten für einen Schwangerschaftsabbruch bundeseinheitlich festsetzen und die (bundesrechtliche) Approbationsordnung dahin ändern, daß bei der ärztlichen Ausbildung Kenntnisse auch über die rechtlichen und ethischen Aspekte eines Schwangerschaftsabbruchs zu vermitteln seien. "*Mittelbar*" solle damit auch auf das ärztliche Standesrecht in bezug auf den Schwangerschaftsabbruch eingewirkt werden.

304

Hieraus wird deutlich: Der Gesetzesvorschlag nutzt die dem Bund eingeräumten Kompetenzen aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zum Erlaß gesetzlicher Regelungen im Bereich des Arztrechts und erkennt, daß dem Bund eine *unmittelbare* Regelung des ärztlichen Berufsrechts versagt ist. Er konnte sich daher über die im eigenen Kompetenzbereich getroffenen Regelungen nur *mittelbare* Einwirkungen auf das ärztliche Standesrecht erhoffen. Deutlicher kann nicht hervortreten, daß der Vorschlag des maßgebenden Sonderausschusses gerade nicht vorgesehen hat, das ärztliche Berufsrecht über den Sachzusammenhang mit der Strafrechtskompetenz des Bundes unmittelbar mitzuregeln. 305

dd) Nach allem kann § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB auch unter Zugrundelegung der kompetenzrechtlichen Maßstäbe des Senats nur dahin verstanden werden, daß er ärztliche Beratungspflichten im Zusammenhang mit der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen nicht abschließend für das ärztliche Berufsrecht festlegt. Er sieht die Verletzung von Pflichten, die bei der Vornahme beratener Schwangerschaftsabbrüche gelten, nur dann als strafwürdig an, wenn der Arzt schon seine im Vorfeld liegende Pflicht verletzt, der Frau zunächst einmal Gelegenheit zur Darlegung ihrer Gründe zu geben. Die Verletzung dieser Pflicht erscheint dem Gesetzgeber schwerwiegend, weil der Arzt sich damit von vornherein der Möglichkeit begibt, die Frau lebensschützend zu beraten. 306

## II.

Die Senatsmehrheit zieht die Grenzen der Anerkennung einer Ausnahmekompetenz kraft Sachzusammenhangs weiter als das Bundesverfassungsgericht sie bisher festgelegt hat (1). Sie beachtet auch die grundlegenden Unterschiede einer konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit und einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs nicht hinreichend (2). 307

1. Für die Ausnahmekompetenz kraft Sachzusammenhangs läßt die Senatsmehrheit es zu, daß der Bund aus seiner Zuständigkeit für das Strafrecht heraus ein umfassendes Schutzkonzept entwickeln kann, mit dem er in ausschließliche Gesetzgebungsbereiche der Länder hineinwirkt, soweit er dies zur Durchsetzung seiner konzeptionellen Entscheidung und zur Herstellung bundeseinheitlicher Rechtsverhältnisse als unerläßlich ansieht. Mit diesen großzügigen Maßstäben gesteht die Senatsmehrheit dem Bund faktisch eine Kompetenz-Kompetenz zu. Der Bundesgesetzgeber hat es in der Hand, durch Entwicklung eines sich auf zahlreiche Gebiete der Rechtsordnung erstreckenden Gesamtkonzepts die in ständiger Rechtsprechung errichteten engen Grenzen einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs selbst zu seinen Gunsten zu versetzen. Dies läßt das föderale Prinzip des Grundgesetzes nicht zu (a). Es steht auch im Widerspruch zu den tragenden kompetenzrechtlichen Erwägungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 (b). 308

a) aa) Wenn das Grundgesetz alle staatliche Gewalt und damit auch die Gesetzgebung (Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG) an die Grundrechte bindet, so spricht es Bund und Länder gleichermaßen an. Sie können sich einer grundrechtlichen Schutz-

 309



pflicht nur im Rahmen ihrer eigenen Kompetenzen annehmen. Auch sein Schutzkonzept für ungeborenes Leben kann der Bund daher nur auf dem Boden seiner grundgesetzlichen Kompetenztitel ausgestalten. Eine umfassende Gesamtkompetenz für das Abtreibungsrecht ist dem Bund nicht zugewiesen.

bb) Das schließt freilich nicht aus, daß der Bundesgesetzgeber bei der Regelung des Abtreibungsstrafrechts in fremde Sachbereiche punktuell übergreifen kann. Allerdings beurteilt sich die Unerläßlichkeit einer solchen Mitregelung nicht nach einem Gesamtkonzept, das ohne Beschränkung auf eigene Kompetenztitel entworfen ist und etwa repressives Strafen durch präventive Schutzmaßnahmen in vielerlei Sachbereichen ersetzt. 310

Will der Bundesgesetzgeber auf der Grundlage seiner *Strafrechtskompetenz* ein Konzept entwerfen, mit dem er einen an sich durch das Strafrecht zu gewährenden Schutz teilweise zurücknehmen und durch anderweitige Schutzmaßnahmen ersetzen will, so kann er seine Tatbestände so fassen, daß sie an das Vorliegen der Schutzmaßnahmen anknüpfen. Dabei kann es sich um Tatbestände handeln, welche die Bedingungen der Strafbarkeit oder Straffreiheit regeln. Will der Gesetzgeber etwa einen Teilbereich eines Straftatbestandes straffrei stellen, dies aber an das Vorliegen und die Verwirklichung bestimmter Schutzmaßnahmen knüpfen, durch die eine insoweit erfolgte Zurücknahme des strafrechtlichen Schutzes ausgeglichen werden soll, so wird er diese Voraussetzungen in seine strafrechtlichen Tatbestände aufnehmen. Hieran wäre er gehindert, wenn diese Schutzmaßnahmen zu einer Materie gehören, für die die Länder zuständig sind. *Insoweit* ist die Mitregelung unerläßlich. 311

Anderes gilt, wenn Strafbarkeit oder Straffreiheit tatbestandsmäßig nicht von anderweitigen Schutzmaßnahmen abhängen. Hält der Bundesgesetzgeber es gleichwohl für erforderlich, solche Schutzmaßnahmen als Ersatz für die Zurücknahme von Strafrecht vorzusehen, weil anderenfalls das Untermaßverbot im Hinblick auf ein von Verfassung wegen gebotenes Schutzniveau nicht mehr beachtet wäre, so kann er es nicht ohne weiteres als unerläßlich erachten, insoweit mitregelnd in den Kompetenzbereich der Länder überzugreifen. 312

Dies wird von der Senatsmehrheit anders gesehen. Ihrer Auffassung steht jedoch die Striktheit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung entgegen. Wenn diese keine umfassende Bundeskompetenz für die Herstellung eines angemessenen Schutzes vorsieht, der dem ungeborenen Leben in allen Bereichen der Rechtsordnung geschuldet ist, so kann der Bundesgesetzgeber sich eine solche Kompetenz auch nicht dadurch verschaffen, daß er ein Konzept entwickelt, welches auf Strafe teilweise verzichtet, dafür aber - tatbestandsmäßig nicht miteinander verknüpfte - Schutzmaßnahmen in anderen Rechtsbereichen vorsieht. Will der Bundesgesetzgeber seine konzeptionelle Entscheidung gleichwohl verwirklichen, so bleibt es ihm unbenommen, sich mit den Ländern zu verständigen, soweit diese für die Regelung anderer Schutzmaßnahmen zuständig sind. Hierbei handelt es sich um ein prinzipielles kompetenzrechtliches Problem und nicht - wie die Senatsmehrheit andeuten will - um einen nur 313

im Abtreibungsrecht entstehenden Regelungsbedarf.

Daß die kompetenzrechtliche Sicht der Senatsmehrheit die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern aufweicht, wird auch daraus deutlich, daß die Senatsmehrheit es offenbar der beliebigen Disposition des Bundesgesetzgebers überläßt, wie weit er nach seiner konzeptionellen Entscheidung eine Mitregelung anderer Kompetenzbereiche für "sinnvoll" und unerlässlich hält. Aus der Sicht der Senatsmehrheit gibt es keine objektive Begrenzung dieser Einschätzung des Bundesgesetzgebers. Die Senatsmehrheit zieht nicht einmal in Erwägung, die - von ihr angenommene - Einschätzung des Bundesgesetzgebers, ein Übergriff in den Kompetenzbereich der Länder sei unerlässlich, verfassungsgerichtlich zu überprüfen. 314

cc) Die Annahme der Senatsmehrheit, infolge bundesgesetzlicher Konstituierung eines umfassenden und abschließenden Regelungskonzepts seien die Länder mit ergänzenden Regelungen selbst im eigenen Kompetenzbereich ausgeschlossen, kann sich auch nicht auf die Urteile des Zweiten Senats vom 7. Mai 1998 (NJW 1998, S. 2341 <2342> und S. 2346 <2347>) stützen. Dort ging es um das spezifische Verhältnis von Sachgesetzgebung (Abfallrecht) und Steuergesetzgebung, soweit diese sachorientierte Lenkungsziele verfolgt. Für diese Konstellation hat der Zweite Senat festgestellt, daß die Ausübung der Steuergesetzgebungshoheit zur Lenkung in einem anderweitig geregelten Sachbereich nur zulässig ist, wenn dadurch die Rechtsordnung nicht widersprüchlich wird, etwa dadurch, daß die steuerrechtliche Regelung der abfallrechtlichen Konzeption des Bundesgesetzgebers zuwiderläuft. Eine vergleichbare Konstellation des Aufeinandertreffens von Sachzuständigkeiten und Steuerregelungshoheit unter Inanspruchnahme von sachlichen Lenkungszielen ist hier ersichtlich nicht gegeben. 315

Ferner ist zu berücksichtigen, daß in der vom Zweiten Senat entschiedenen Konstellation unproblematisch von einer umfassenden konzeptionellen Regelung des Bundes deswegen ausgegangen werden konnte, weil der Bund für den von ihm geregelten Sachbereich (Abfallrecht) eine Vollkompetenz hat (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG). Das ist für den hier in Rede stehenden Komplex des Schwangerschaftsabbruches aber - wie dargelegt - gerade nicht der Fall. 316

b) Die hier vertretene enge Begrenzung der Ausnahmekompetenz kraft Sachzusammenhangs liegt auch den kompetenzrechtlichen Beurteilungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 zugrunde: 317

aa) Die Straflosigkeit einer Abtreibung hängt gemäß § 218 a StGB davon ab, daß ein Arzt sie vornimmt und die Frau durch eine Bescheinigung nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff durch eine anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle hat beraten lassen. Diese strafrechtliche Regelung kann nicht angewandt werden, ohne daß die Organisation und die materiellen Vorgaben einer Beratung geregelt sind. Insoweit ist es unerlässlich, daß der *Strafrechts*gesetzgeber Regelungen über Organisation und Durchführung der Beratung trifft. Ohne diese Regelungen wäre das Abtreibungsstrafrecht nicht selbständig denkbar. Inso- 318

weit greift der Gesetzgeber zulässig durch Inanspruchnahme einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs und Annexes in den Kompetenzbereich der Länder über (vgl. BVerfGE 88, 203 <304 f.>).

bb) Anders verhält es sich bei einer bundesrechtlichen Regelung, welche die Länder verpflichtet, ein ausreichendes und flächendeckendes Angebot sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherzustellen. Das Bundesverfassungsgericht hat erwogen und zugleich wieder verworfen, für diese bundesrechtliche Regelung einer den Ländern vorbehaltenen Materie des Gesundheitswesens eine Annexkompetenz zum Strafrecht anzunehmen. Diese könne aber nur ein "im Strafrecht wurzelndes Schutzkonzept" tragen, um dem Bundesgesetzgeber den sonst durch Strafrecht zu gewährleisteten Schutz zu ermöglichen (BVerfGE 88, 203 <331>). 319

cc) Gleiches gilt für die von der Senatsmehrheit in den Sicherstellungsauftrag des § 13 Abs. 2 SchKG hineingelesene bundesrechtliche Regelung, die den Ländern untersagt, durch eine Quotenregelung spezialisierte Abtreibungskliniken in ihrem Gebiet zu verhindern. Daß eine solche Regelung für den Vollzug des bundesrechtlichen Abtreibungsstrafrechts und des - strafrechtsersetzenden - Beratungskonzeptes *notwendig* ist, kann schwerlich behauptet werden. 320

Die Abtreibung ist gemäß §§ 218 a ff. StGB unabhängig davon straffrei oder strafbar, ob der Arzt sie ambulant oder stationär durchführt, ob er eine Spezialklinik betreibt und ob die Frau die Klinik gut und schnell erreichen kann. Das Beratungskonzept kann mithin als Ersatz für einen dem ungeborenen Leben durch das *Strafrecht* geschuldeten Schutz ins Werk gesetzt werden, ohne daß es dieser Regelungen über die Qualität der Abtreibungskliniken bedarf. Der Gesetzgeber setzt in diesem Zusammenhang nur darauf, das ungeborene Leben mit der Mutter zu schützen, indem er sie hierfür durch die Konfliktberatung zu gewinnen sucht. 321

Darüber hinaus sieht der Gesetzgeber strafrechtlichen Schutz des ungeborenen Lebens durch Strafbewehrung der ärztlichen Beratungspflichten vor (§ 218 c StGB). Auch dieser Straftatbestand ist in seinen Voraussetzungen nicht davon abhängig, ob der Arzt im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit überwiegend Schwangerschaftsabbrüche vornimmt oder nicht. Auch dieser Straftatbestand kann daher angewandt werden, ohne daß es einer Regelung zur Zulassung oder Nichtzulassung von Spezialkliniken bedarf. 322

Die Senatsmehrheit erkennt in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 (BVerfGE 88, 203 <331>) an, daß die Kompetenz zur Regelung des *Sicherstellungsauftrags* nicht auf den notwendigen Sachzusammenhang mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützt werden kann (vgl. C III 2 b aa der Entscheidungsgründe). Gleichwohl sieht sie aber in der Untersagung einer *Quotenregelung*, die sie ja in die Regelung des Sicherstellungsauftrags des § 13 Abs. 2 SchKG hineinliest, eine notwendige Folgeregelung der *Straffreiheit* des Schwangerschaftsabbruchs. 323

Näheres zu diesen Widersprüchen führt die Senatsmehrheit nicht aus, statt dessen unternimmt sie es, den Auftrag des Zweiten Senats an den "Gesetzgeber" (BVerfGE 88, 203 <295>), geeignete Regelungen zur Verhinderung von Spezialkliniken zu treffen, als einen Auftrag an den *Bundesgesetzgeber* zu deuten. Zur Unvertretbarkeit dieser Auffassung ist oben zu I 2 a aa schon das Nötige gesagt worden. An der zitierten Stelle befaßt der Zweite Senat sich im übrigen nur mit der materiellen Ausgestaltung des erforderlichen Schutzniveaus, nicht aber mit der Kompetenz für solche Regelungen.

2. Die Ausführungen der Senatsmehrheit dazu, daß der Bundesgesetzgeber auch durch "absichtsvollen Regelungsverzicht" erschöpfende Regelungen eines Sachbereichs treffen könne, werden dem Ausnahmecharakter der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs nicht gerecht.

a) Hat der Bundesgesetzgeber für eine Materie die *konkurrierende Zuständigkeit*, so kann er umfassend regeln und damit den Ländern ihre Kompetenz insoweit nehmen (Art. 72 Abs. 1 GG). Die bundesrechtliche Normierung kann *positive* und *negative* Regelungen enthalten. Letztere liegen dann vor, wenn dem Schweigen des Bundesgesetzes zu einem - nicht ausdrücklich geregelten - Aspekt die Bedeutung zukommt, daß hierzu keinerlei - also auch keine landesrechtliche - Regelung zugelassen sein soll (vgl. BVerfGE 32, 319 <328>; zuletzt Beschluß des Zweiten Senats vom 5. Juni 1998, 2 BvL 2/97, Umdruck S. 24).

b) Die nur ausnahmsweise gegebene *Kompetenz kraft Sachzusammenhangs* kann eine dementsprechende Regelungsbefugnis grundsätzlich nicht verleihen. Von ihr kann regelmäßig nur punktuell durch *positive* Teilregelungen des fremden Sachbereichs Gebrauch gemacht werden. Darf in einen fremden Kompetenzbereich nur hineingewirkt werden, wenn und soweit dies notwendig ist, um eine damit im Zusammenhang stehende Materie des eigenen Zuständigkeitsbereichs regeln zu können, so kann dies nur durch Sachregelungen geschehen, mit denen der zuständige Gesetzgeber das Ausmaß eines Hineinwirkens in den fremden Bereich ausdrücklich offenlegt und damit zum Ausdruck bringt, daß es dieser Regelungen zur Normierung der eigenen Materie bedarf.

Diese Abgrenzung einer Ausnahmekompetenz von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz läßt die Senatsmehrheit außer acht.

Ihre Ausführungen zur bundesgesetzlichen Normierung durch "absichtsvolles Unterlassen" beziehen sich - einschließlich der dafür angeführten Rechtsprechung - ausschließlich auf die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit.

### III.

Der Auffassung der Senatsmehrheit, ein kompetenzgemäßes Bundesgesetz verdränge ein Landesgesetz auch dann, wenn es zwar materiell verfassungswidrig ist, dies aber vom Bundesverfassungsgericht in den dafür gegebenen Verfahren noch nicht festgestellt ist, kann jedenfalls dann nicht gefolgt werden, wenn das Bundesge-

setz nur eine Ausnahmekompetenz kraft Sachzusammenhangs in Anspruch nehmen kann (1). Ungeachtet dessen müßte die Senatsmehrheit aber zumindest einem offensichtlich verfassungswidrigen Bundesgesetz die kompetenzverdrängende Kraft versagen (2). Die Verfassungswidrigkeit der von der Senatsmehrheit in § 13 Abs. 2 SchKG und in § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB hineingelesenen bundesrechtlichen Regelungen drängt sich hier auf, so daß der bayerische Gesetzgeber seine ausschließliche Zuständigkeit auch aus diesem Grund behalten hat (3).

1. Während im Bereich der *konkurrierenden* Gesetzgebung das Verhältnis von Landes- und Bundeszuständigkeit in der Weise ausgestaltet ist, daß die grundsätzliche Doppelkompetenz zugunsten einer Vorranggesetzgebung des Bundes aufgelöst wird, greift der Bund bei der Inanspruchnahme einer Zuständigkeit *kraft Sachzusammenhangs* punktuell in eine ausschließliche Regelungszuständigkeit der Länder über. Abweichend von der geschriebenen Kompetenzordnung des Grundgesetzes regelt er aus Gründen zwingender Konnexität mit ihm übertragenen Kompetenzen Sachbereiche, die an sich der genuinen und ausschließlichen Zuständigkeit der Länder überantwortet sind. Die in diesem Fall eintretende Sperrwirkung zu Lasten der Länder betrifft diese in ihnen ausschließlich zugewiesenen Kompetenzbereichen, so daß verlangt werden kann, daß der Bund für diesen "Übergriff" zum einen zwingende Gründe vorweist und zum anderen jene exzeptionelle Zurückdrängung originärer und ausschließlicher Länderhoheit nur mit einem in jeder Hinsicht verfassungsgemäßen Recht bewirkt.

331

a) Mag es bei der Inanspruchnahme des Rechts zur konkurrierenden Gesetzgebung aus Gründen der Rechtssicherheit angezeigt sein, die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG ungeachtet der materiellen Verfassungskonformität des Bundesrechts eintreten zu lassen, solange die Verfassungswidrigkeit des Bundesrechts nicht formal in den dafür vorgesehenen Verfahren festgestellt ist, so können diese Rechtssicherheitserwägungen bei der Inanspruchnahme einer ungeschriebenen Regelungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nicht zum Tragen kommen. Denn hier ist es gerade die Durchbrechung der geschriebenen Kompetenzordnung, welche die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigt. Das läßt sich nur legitimieren, wenn der bundesgesetzliche Einbruch in die Länderhoheit einerseits unverzichtbar und andererseits in jeder Hinsicht verfassungskonform ist.

332

b) Dies hat das Bundesverfassungsgericht inzident zu prüfen, wenn es darum geht, ob das im ausschließlichen Kompetenzbereich des Landes ergangene Gesetz ausnahmsweise durch ein Bundesgesetz verdrängt wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Kollision zwischen Bundes- und Landesrecht in einem solchen Fall gemäß Art. 72 Abs. 1 GG oder gemäß Art. 31 GG zu lösen ist (bei einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs verweist BVerfGE 61, 149 <204> auf Art. 31 GG).

333

Im Geltungsbereich des Art. 31 GG geht Bundesrecht dem Landesrecht ohnehin nur dann vor, wenn es auch materiell verfassungsgemäß ist (vgl. BVerfGE 96, 345 <365>; Beschluß des Zweiten Senats vom 5. Juni 1998, 2 BvL 2/97, Umdruck S. 23;

334

Pietzker, HStR, Bd. IV, § 99 S. 704).

2. Im übrigen verkennt die Senatsmehrheit auch, daß die von ihr herangezogenen Gesichtspunkte der Rechtssicherheit jedenfalls dann einer Inzidentprüfung durch das Bundesverfassungsgericht nicht im Wege stehen, wenn sich die Verfassungswidrigkeit des Bundesgesetzes aufdrängt. 335

3. Für die Frage, ob die Verfassungswidrigkeit des Bundesgesetzes offen zu Tage tritt, kann es - entgegen der Auffassung der Senatsmehrheit - nicht darauf ankommen, ob der Freistaat Bayern diese Verfassungswidrigkeit gerügt hat. Hier geht es um die Verfassungswidrigkeit der von der Senatsmehrheit in § 13 Abs. 2 SchKG und in § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB hineingelesenen bundesrechtlichen Regelung, die - wie die Senatsmehrheit meint - der bayerische Gesetzgeber als bundesrechtliche Normierung zwar hätte erkennen können, die er aber gleichwohl nicht erkannt *hat*. Letzteres tritt im Gesetzgebungsverfahren und im vorliegenden Verfassungsbeschwerdeverfahren klar hervor. Bei dieser Sachlage konnte der bayerische Gesetzgeber aber die Verfassungswidrigkeit der angeblichen bundesrechtlichen Regelung, die sich ihm gar nicht erschlossen hat, auch nicht rügen. 336

a) Es drängt sich auf, daß die von der Senatsmehrheit in § 13 Abs. 2 SchKG hineingelesene bundesrechtliche Anordnung, die Länder dürften Spezialkliniken nicht durch eine Quotenregelung entgegenwirken, das Untermaßverbot verletzt, das vom Gesetzgeber bei der Erfüllung der Schutzpflicht für ungeborenes Leben zu beachten ist (vgl. BVerfGE 88, 203 <254>). 337

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 28. Mai 1993 ausgeführt, daß die verfassungsrechtliche Schutzpflicht für das ungeborene menschliche Leben dem Gesetzgeber gebiete, geeignete Maßnahmen zur Verhinderung von Spezialkliniken zu treffen, weil die von ihnen ausgehenden Gefahren für die Erfüllung der dem Arzt im Rahmen der Beratungsregelung zufallenden Aufgabe beim Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens auf der Hand lägen (vgl. BVerfGE 88, 203 <294 f.>). 338

Diese Gefahren konkretisierten sich dem Ersten Senat sogar in der mündlichen Verhandlung zum einstweiligen Rechtsschutzverfahren: Ein Vertreter der Ärzteschaft hat ausgeführt, eine den berufsrechtlichen Anforderungen genügende ärztliche Beratung der abbruchwilligen Schwangeren habe etwa eine halbe Stunde zu dauern. Legt man die Aussage der Beschwerdeführer zugrunde, daß sie für einen Eingriff und die darauf folgende Nachsorge ca. 15 Minuten veranschlagen, und rechnet man noch je eine Pause des Arztes von fünf Minuten nach zwei Eingriffen sowie eine Mittagspause von einer Stunde hinzu, so werden für 20 Abtreibungen täglich schon knapp sieben Stunden, für 15 Abtreibungen immer noch ca. vier Stunden benötigt. Es bleibt in jedem Fall nur Zeit übrig, einzelne Patientinnen ordnungsgemäß zu beraten. Der Schutz des ungeborenen Lebens fordert es aber, daß jedem Ungeborenen dieser Schutz durch eine Beratung der Mutter zuteil wird, bevor über seine Tötung entschieden wird. 339

bb) Bei diesem Befund drängt sich die Verfassungswidrigkeit der von der Senatsmehrheit angenommenen Bundesregelung auf, ohne daß es dabei noch darauf ankommt, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber gemäß § 31 BVerfGG an die erwähnten Ausführungen des Zweiten Senats gebunden war. Der Befund führt deutlich vor Augen, daß der Schutz des ungeborenen Lebens bei Abbrucheinrichtungen, in denen Schwangerschaftsabbrüche in dem Umfang vorgenommen werden, wie es in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wurde, erheblich schlechter gewährleistet ist als im Fall einer ambulanten oder stationären Abtreibung im Rahmen allgemeiner fachärztlicher Tätigkeit. Eine gesetzliche Regelung, die es untersagt, derartigen Spezialeinrichtungen entgegenzuwirken, verhindert damit, daß jedem Ungeborenen eine annähernd gleiche Chance des Schutzes gegeben werden kann. 340

cc) Ob unter diesen Umständen das bei Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht zu beachtende Untermaßverbot (vgl. BVerfGE 88, 203 <254>) noch gewahrt ist, wenn ein Gesetzgeber keinerlei gesetzliche Regelungen zu Spezialeinrichtungen vorsieht und diese damit duldet, ist hier nicht zu entscheiden. Dem verfassungsrechtlich gebotenen Mindestmaß eines Schutzes wird der Bundesgesetzgeber aber ersichtlich dann nicht mehr gerecht, wenn er - ohne Feststellung sachgerechter Gründe - andere zuständige Hoheitsträger daran hindert, im Rahmen der auch ihnen auferlegten Schutzpflicht und des auch ihnen zukommenden Einschätzungsraums Schutzmaßnahmen zu ergreifen, welche die ordnungsgemäße ärztliche Beratung der schwangeren Frau sicherer gewährleisten. Das übersieht die Senatsmehrheit, die diese Sachlage gar nicht prüft. Es reicht nicht aus, wenn die Senatsmehrheit keine verfassungsrechtlichen Bedenken darin sieht, daß der Bundesgesetzgeber der vom Bundesverfassungsgericht "beispielhaft angeführten Möglichkeit" einer Quotierungsregelung "nicht nähergetreten ist". 341

4. Deutlich zu Tage tritt auch die Verfassungswidrigkeit der von der Senatsmehrheit in § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB hineingelesenen bundesrechtlichen Nivellierung von ärztlichen Berufspflichten. 342

a) Vor dem Hintergrund der dargestellten tragenden Ausführungen des Zweiten Senats (BVerfGE 88, 203 <271, 289 bis 293, 308>) drängt es sich hier auf, der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der von der Senatsmehrheit angenommenen berufsrechtlichen Regelung des § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB nachzugehen. Dabei kommt es selbstverständlich nicht - wie es im Urteil angedeutet wird - darauf an, ob die Mehrheit, die im Gesetzgebungsverfahren den Kompromiß gefunden hat, ihr Gesetz für verfassungsgemäß hielt und sie die von ihr angeordneten Schutzmaßnahmen so einschätzt, daß sie sich im Rahmen des Untermaßverbots halten. Die verfassungsrechtliche Tragfähigkeit dieser Einschätzung des Gesetzgebers unterliegt verfassungsgerichtlicher Kontrolle (vgl. dazu im einzelnen BVerfGE 88, 203 <262 f.>). 343

b) Diese - hier vorzunehmende - Kontrolle kann es dahinstehen lassen, ob es eine vertretbare Einschätzung des Bundesgesetzgebers ist, daß das *Strafrecht* - entgegen den vom Zweiten Senat für richtig gehaltenen Anforderungen - ungeborenes Le- 344

ben noch angemessen schützt, wenn es nur sanktioniert, daß der Arzt der Frau nicht einmal Gelegenheit gibt, die Gründe für ihr Abbruchverlangen mit ihm zu erörtern. Hier geht es allein um die Verfassungsmäßigkeit der von der Senatsmehrheit in § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB hineingelesenen *berufsrechtlichen* Regelung. Hierzu unterstellt die Senatsmehrheit dem Gesetzgeber die Einschätzung, daß er es für eine ausreichende Schutzmaßnahme angesehen habe, wenn der Arzt der Frau nur Gelegenheit geben muß, ihm ihre Gründe mitzuteilen. Darüber hinaus hält die Senatsmehrheit es sogar zur Bewirkung eines Maximums an Schutz für erforderlich, daß die Frau vor dem Druck geschützt werde, dem Arzt ihre Gründe mitteilen zu müssen. Wären diese beiden Einschätzungen für den Bundesgesetzgeber wirklich maßgebend gewesen, so wären sie eindeutig unvertretbar.

Die in § 218 c Abs. 1 Nr. 1 StGB hineingelesene arztrechtliche Regelung nimmt Anforderungen zurück, die sich in der Ärzteschaft seit langem als Bestandteil des ärztlichen Selbstverständnisses und Berufsethos herausgebildet haben und auch praktiziert werden. Gibt es nunmehr eine berufsrechtliche Normierung, die es den Ärzten gestattet, ihre bisherigen Maßstäbe an ärztlich verantwortbares Handeln zurückzunehmen, so wird hierdurch ihr Verhalten gesteuert. In der Lebenswirklichkeit werden sich Ärzte finden, welche die von Rechts wegen angebotene Erleichterung annehmen. Dies wird sich herumsprechen. Jedenfalls werden bestimmte Beratungsstellen Frauen auf "großzügigere" Ärzte hinweisen. Damit erleidet der bisher durch ärztliches Selbstverständnis dem ungeborenen Leben zuteil gewordene Schutz eine erhebliche Einbuße. Feststellungen oder Einschätzungen des Gesetzgebers, die dies gleichwohl rechtfertigen könnten, hat die Senatsmehrheit nicht aufgezeigt. Die Unvertretbarkeit einer eventuellen Einschätzung des Gesetzgebers, die Frau werde einem Druck ausgesetzt, der dem Lebensschutz unzutraglich sei, wurde bereits oben (I 3 c bb) dargelegt.

345

Nach allem kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Zurücknahme ärztlicher Berufspflichten, die zum Schutz ungeborenen Lebens seit langem anerkannt und angewandt werden, das Untermaßverbot verletzt. Die Verfassungswidrigkeit einer solchen Regelung drängt sich geradezu auf.

346

#### IV.

Schließlich bedarf es keiner unbefristeten Übergangsregelung für die Einführung des Facharztvorbehalts. In der mündlichen Verhandlung hat die Bayerische Staatsregierung darauf hingewiesen, daß es nach ihrer Erkenntnis und der des bayerischen Gesetzgebers in Bayern außer dem Beschwerdeführer zu 2) keine weiteren Allgemeinmediziner mit größerer Abtreibungspraxis gibt. Bei dieser Sachlage durfte der bayerische Gesetzgeber vom Erlaß einer abstrakten Übergangsregelung für Allgemeinmediziner absehen.

347

Es ist von Verfassungs wegen auch nicht zu beanstanden, daß der Gesetzgeber in Würdigung der besonderen Umstände des hier vorliegenden Einzelfalles die Notwendigkeit des Erlasses einer konkreten Übergangsregelung für den Beschwerdeführer

348



zu 2) verneint hat. Hierbei konnte er insbesondere berücksichtigen, daß der Beschwerdeführer zu 2) eine umfangreiche Abtreibungstätigkeit in der Vergangenheit entfaltet hatte und bereits im Jahre 1996 fünfundzwanzig vom Hundert aller Abtreibungen in Bayern von ihm vorgenommen worden waren. Im Blick auf die von ihm mit dem Facharztvorbehalt beabsichtigte Verbesserung des Lebensschutzes des ungeborenen Lebens mußte der Gesetzgeber keine Übergangsregelung schaffen, die seinen Gesetzeszweck auf Jahrzehnte hinaus konterkarierte. Denn nach dem oben Gesagten konnte für den Gesetzgeber kein Zweifel daran bestehen, daß die von ihm beabsichtigte Gewährleistung eines landesweit einheitlichen verbesserten Lebensschutzes durch die Aufrechterhaltung der Tätigkeit des Beschwerdeführers zu 2) eine wesentliche Einschränkung erfahren würde.

War der bayerische Gesetzgeber schon in Anbetracht der Gewährleistung des Gesetzeszwecks nicht zu einer den Beschwerdeführer zu 2) begünstigenden Übergangsregelung verpflichtet, so gilt dies um so mehr auch deshalb, als der Beschwerdeführer zu 2) sich nicht mit Erfolg auf Vertrauensschutz berufen kann, weil ihm bereits im vertragsärztlichen Zulassungsverfahren von den zuständigen Stellen verdeutlicht worden war, daß er für die ausschließliche Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen eine Zulassung nicht erhalten würde und auch nicht erhalten hat. Ungeachtet dessen mußte der Beschwerdeführer zu 2), der seine vertragsärztliche Zulassung in Bayern erst nach Ergehen des Urteils des Zweiten Senats vom 28. Mai 1993 (BVerfGE 88, 203) erhalten hatte, damit rechnen, daß er eine Praxis, in der nahezu ausschließlich Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden, auf Dauer nicht würde betreiben können.

349

Im übrigen kann auch nicht angenommen werden, daß das Fehlen einer Übergangsregelung für den Beschwerdeführer zu 2) etwa unzumutbar wäre. Nach seinen eigenen Angaben, die er in der mündlichen Verhandlung im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung gemacht hat, ist er außerhalb Bayerns Inhaber einer weiteren Einrichtung zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen.

350

Papier

Graßhof

Haas

## Abweichende Meinung

### des Richters Kühling und der Richterin Jaeger zum Urteil des Ersten Senats vom 27. Oktober 1998

- 1 BvR 2306/96 -

- 1 BvR 2314/96 -

- 1 BvR 1108/97 -

- 1 BvR 1109/97 -

- 1 BvR 1110/97 -

Wir stimmen der Senatsentscheidung unter C II 3 a und 4 a nicht zu. Nach unserer Auffassung verletzt Art. 3 Abs. 1 BaySchwHEG Art. 12 Abs. 1 GG aus formellen und materiellen Gründen. In formeller Hinsicht verstößt die Regelung gegen Art. 72 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (I). In materieller Hinsicht erweist sie sich als unverhältnismäßig (II). 351-352

#### I.

Dem Freistaat Bayern fehlt die Kompetenz, irgendeinen Teilbereich der ärztlichen Berufsausübung unter ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu stellen. Verbote in dieser Form dienen nicht dazu, unerwünschte Handlungen zu unterbinden; der Erlaubnisvorbehalt hat vielmehr den Zweck, die für diese Tätigkeit geeigneten und bereiten Personen aufgrund einer Qualifikationsprüfung zu bestimmen. Vorliegend sieht das Landesrecht mit Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BaySchwHEG eine ergänzende spezialisierte Approbation für Abbrüche nach § 218 a Abs. 1 StGB auf der Grundlage einer erneuten Prüfung der Person und ihrer Sachkunde vor. 353

1. Zu einer solchen Regelung fehlt dem Land die Kompetenz, weil der Bund nach Art. 72 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG von der ihm eröffneten konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis, das Recht der Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen zu regeln, abschließend Gebrauch gemacht hat. Aufgrund dieses Kompetenztitels ist der Bund befugt festzulegen, aufgrund welcher persönlichen und fachlichen Qualifikationen der Zugang zu einem Heilberuf eröffnet wird. 354

a) Für jede Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung "Arzt" besteht in Deutschland ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (§ 2 BÄO in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. April 1987 <BGBl I S. 1218>). Die Erlaubnis wird unter den Voraussetzungen des § 3 BÄO durch die Approbation erteilt. Die Approbation umfaßt den Gesamtbereich ärztlicher Tätigkeit; weder die Bundesärzteordnung noch die Approbationsordnung für Ärzte (in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Juli 1987 <BGBl I S. 1593>) enthalten einen Vorbehalt hinsichtlich beratener Schwangerschaftsabbrüche. Diese gehören, wie die Regelungen in § 218 a Abs. 1 Nr. 2 und § 218 c StGB verdeutlichen, zum ärztlichen Tätigkeitsfeld. Hiervon geht auch der Senat aus (C I). 355

b) Wird durch Landesgesetz eine Tätigkeit unter Erlaubnisvorbehalt gestellt, die dem Arzt kraft Approbation nach Bundesrecht eröffnet ist, wird die Approbation teilweise eingeschränkt. Das setzt eine bundesrechtliche Kompetenzzuweisung oder die Zurücknahme der abschließenden Bundesregelung voraus. Dazu kann der Bundesgesetzgeber mittels einer Öffnungsklausel dem Landesrecht Raum geben oder auf andere Weise deutlich machen, daß bestimmte ärztliche Verrichtungen nicht mit der Approbation eröffnet sind. 356

Dies war in Art. 3 des 5. StrRG in der Fassung des Fünfzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes geschehen. Zur Zeit seiner Geltung von 1976 bis 1992 hatte der Bund selbst die Approbation für Ärzte eingeschränkt, indem er approbierten Ärzten die Durchführung eines indizierten Schwangerschaftsabbruchs nur in einem Krankenhaus oder in einer hierfür ausdrücklich zugelassenen Einrichtung, also nach Erteilung einer zusätzlichen Erlaubnis, gestattete. Zu dieser Einschränkung der Approbation war der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG befugt. Die Regelung war zwar Teil des Strafrechts; eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG war hierfür jedoch nicht erforderlich. 357

c) Die im Fünfzehnten Strafrechtsänderungsgesetz den Ländern eröffnete Ausgestaltung des Zulassungsrechts hat der Bundesgesetzgeber wieder zurückgenommen. Das Erfordernis einer behördlichen Zulassung wurde aus Art. 3 Abs. 1 des 5. StrRG durch das Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1992 (BGBl I S. 1398) gestrichen; diese Rechtslage ist im Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21. August 1995 (BGBl I S. 1050) beibehalten worden. Wenn in den Gesetzgebungsmaterialien davon die Rede ist, daß nach dieser Rechtsänderung die Zulassung ambulanter Einrichtungen in keinem Land generell mehr verweigert werden könne (BTDrucks 13/1850, S. 22 im Anschluß an BTDrucks 12/2605 <neu>, S. 23), so ist das richtig, besagt aber nicht, daß für ein landesrechtliches Zulassungsverfahren noch Raum blieb. Angesichts der wieder in Kraft getretenen umfassenden Regelung im Approbationsrecht bedurfte es keines ausdrücklichen Gesetzesbefehls, um Erlaubnisregelungen durch Landesrecht zu verhindern. 358

2. Dem widerstreitet Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BaySchwHEG, der in Bayern niedergelassenen Ärzten die Vornahme von Abbrüchen nach § 218 a Abs. 1 StGB verbietet, obwohl sie ihnen als approbierten Ärzten nach Bundesrecht erlaubt sind, wenn dabei die Regeln der ärztlichen Kunst eingehalten werden. In allen Fachbereichen des Arztberufs gibt es landesrechtlich oder vertragsärztlich eingeführte Regeln der ärztlichen Kunst. Ihre Einhaltung wird auch bei fachärztlicher Spezialisierung nicht durch eine zusätzliche Erlaubnis, sondern vorab dadurch gewährleistet, daß die Approbation nur erteilt wird, wenn der Arzt nach Kenntnissen und Fähigkeiten, aber auch nach seinem Charakter die Gewähr bietet, ein zuverlässiger Arzt zu sein (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 BÄO). 359

Ergänzende Verbote nach Landesrecht, die die Sachkompetenz (Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 6 BaySchwHEG) oder die persönliche Zuverlässigkeit (Art. 3 Abs. 1 360

Satz 3 BaySchwHEG a.E. - "Gewähr dafür bietet, daß die Rechtspflichten ... eingehalten werden"), erneut zur Voraussetzung einer Zulassung zu einer bestimmten ärztlichen Tätigkeit machen, setzen faktisch die umfassende Approbation für diesen Teilbereich außer Kraft.

Demgegenüber kann auch nicht geltend gemacht werden, daß Art. 1 BaySchwHEG von "Einrichtungen" im Sinne des § 13 Abs. 1 SchKG spricht und unter Einrichtungen Krankenhäuser im Sinne der Gewerbeordnung sowie ärztliche Praxen versteht. Der Begriff "ärztliche Praxis" umschreibt hier den niedergelassenen Arzt als Person. Dieser betreibt aber nicht etwa eine gewerbliche Einrichtung, die der Zulassung bedürfte. Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist, soweit es sich an ambulante Einrichtungen richtet, in Wahrheit eine spezialisierte "Nach-Approbation" auf der Grundlage einer vergleichbaren Prüfung der Person und ihrer Sachkunde, für die dem Freistaat Bayern angesichts der erschöpfenden Bundesregelung die Kompetenz fehlt.

361

## II.

Darüber hinaus verletzt Art. 3 Abs. 1 BaySchwHEG in Verbindung mit den ergänzenden Regelungen der Art. 2 und Art. 8 Abs. 2 BaySchwHEG die Beschwerdeführer auch materiell in ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist unverhältnismäßig. Der Eingriff in das Grundrecht wiegt schwer (1). Rechtfertigungsgründe, die ihn aufwiegen könnten, gibt es unserer Meinung nach nicht (2). Jedenfalls belastet er die Betroffenen in unzumutbarer Weise (3).

362

1. Niedergelassene Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen wollen, werden durch die genannte Regelung gezwungen, eine besondere Erlaubnis einzuholen. Unter den Erlaubnisvorbehalt fallen Tätigkeiten, die die betreffenden Ärzte nach langjähriger Ausbildung und zahlreichen Prüfungen freiberuflich ausüben dürfen. Eine durch eigene Leistung erworbene Berechtigung, auf die sich Beruf und Existenz gründen - wie etwa auch die Anwaltszulassung oder die *venia legendi* - ist besonders schutzwürdig. Sie zu verbieten, sei es auch unter Erlaubnisvorbehalt, bedarf es gewichtiger Rechtfertigungsgründe. Die Regelung des Art. 3 Abs. 1 BaySchwHEG bürdet den betroffenen Ärzten zudem eine besondere Last auf: sie werden gezwungen, staatlichen Behörden ihre Bereitschaft zu bekunden, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen. Das ist kein wertneutraler Akt, vergleichbar etwa mit der Einholung einer sicherheitstechnischen Genehmigung für ein bestimmtes Gerät. Schwangerschaftsabbrüche im Sinne von § 218 a Abs. 1 StGB sind grundsätzlich als Unrecht anzusehen. Der Arzt darf an ihnen nur im Rahmen eines gesetzlich verankerten staatlichen Konzepts mitwirken, das auf wirksamen Schutz des Nasciturus angelegt ist. In weiten Teilen der Bevölkerung wird dies jedoch aus ethischen und religiösen Gründen abgelehnt. Eine Kommission der Katholischen Bischofskonferenz überlegt zur Zeit, wie sie sich an der Konfliktberatung beteiligen kann, ohne durch einen Beratungsschein mitursächlich für den Abbruch zu werden. Vor diesem Hintergrund ist es für einen Frauenarzt nicht leicht, einen Antrag nach Art. 3 Abs. 1 BaySchwHEG zu

363

stellen. Er läuft Gefahr, mit der mißbilligten Handlung identifiziert und dem rufschädigenden Vorwurf der Tötung von Ungeborenen ausgesetzt zu werden. Belastend sind schließlich auch die besonderen behördlichen Kontrollen, denen Erlaubnisinhaber unterliegen; die zuständigen Behörden werden dafür mit weitgehenden Befugnissen ausgestattet, das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) wird eingeschränkt (Art. 7 BaySchwHEG). Die ebenfalls belastenden Meldepflichten des Art. 5 Abs. 3 und 4 BaySchwHEG sind allerdings mit der vorliegenden Entscheidung hinfällig.

2. Die Senatsmehrheit weist darauf hin, daß hohe Rechtsgüter auf dem Spiel stehen. Das trifft zu. Die Erlaubnispflicht dient dem Schutz des Nasciturus und der Gesundheit der Frau. Sie soll die fachlich-qualitativen Anforderungen für die kunstgerechte Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherstellen, der Gefahr der Entstehung spezialisierter Einrichtungen vorbeugen und Zweifel an der Einhaltung der besonderen ärztlichen Pflichten bei Schwangerschaftsabbrüchen ausräumen (LTDrucks 13/4961, S. 8).

364

Der Erlaubnisvorbehalt verstärkt den bestehenden Schutz der genannten Rechtsgüter jedoch nicht. Die Regelung ist deshalb nicht erforderlich. Schwangerschaftsabbrüche sind weder schwieriger noch risikoreicher als andere ambulante Operationen, die in einer frauenärztlichen Praxis durchgeführt werden. Insofern besteht kein Anlaß, zum Schutz der Gesundheit der Frau das Vorhandensein der erforderlichen technischen, räumlichen und personellen Vorkehrungen für den Eingriff und die Nachbehandlung einem besonderen Prüfungsverfahren zu unterwerfen. Bei Belegärzten müssen diese Anforderungen ohnehin von den Krankenhäusern erfüllt werden. Dies betrifft die Nummern 1 bis 6 des Artikels 3 Absatz 1 Satz 3 BaySchwHEG. Nichts anderes gilt für die Genehmigungsvoraussetzungen, die dem Schutz des Ungeborenen dienen. Vornehmlich seinetwegen soll bei der Erlaubniserteilung geprüft werden, ob der Träger oder Inhaber der Einrichtung "die Gewähr dafür bietet, daß die Rechtspflichten bei der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen ... eingehalten werden". An die Rechtstreue und Zuverlässigkeit des Arztes werden generell hohe Anforderungen gestellt. Sorgfältige Beratung und Aufklärung vor allen operativen Eingriffen gehören zu seinen Pflichten. Er unterliegt insofern einer wirksamen staatlichen und standesrechtlichen Kontrolle. Daß sie nicht ausreicht, um auch die Einhaltung der Spezialvorschriften für Schwangerschaftsabbrüche zu gewährleisten, ist nicht erkennbar. Der mit dem Erlaubnisvorbehalt verfolgte weitere Zweck, das Entstehen spezialisierter Einrichtungen zu verhindern, ist durch die Senatsentscheidung zu Art. 5 Abs. 2 BaySchwHEG obsolet geworden.

365

3. Selbst wenn man die Erforderlichkeit des Erlaubnisvorbehalts bejaht, bleibt die Regelung unverhältnismäßig. Nach den vorstehenden Ausführungen kann sie für den Schutz der genannten Rechtsgüter allenfalls von geringem Nutzen sein. Die dargelegte schwerwiegende Beeinträchtigung der ärztlichen Berufsfreiheit ist damit nicht zu rechtfertigen. Bestätigt wird diese Einschätzung durch den Umstand, daß sich auch auf eine gezielte Umfrage durch die Behörden, die durch die einstweilige Anord-

366

nung des Bundesverfassungsgerichts in dieser Sache veranlaßt worden ist, im Freistaat Bayern von insgesamt etwa 1.300 Frauenärzten nur etwa 120 bereitgefunden haben, eine Erlaubnis zu beantragen, von denen rund die Hälfte nicht einmal gestattet, daß ihre Bereitschaft zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen den Beratungsstellen oder nachsuchenden Frauen offengelegt wird. Der hohe Anteil von Schwangerschaftsabbrüchen, der in Bayern auf wenige spezialisierte Praxen entfällt, dürfte nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, daß niedergelassene Frauenärzte, die sonstige ambulante Operationen in ihren Praxisräumen oder als Belegärzte im Krankenhaus durchführen, sich scheuen, eine Erlaubnis nach Art. 3 Abs. 1 Bay-SchwHEG einzuholen.

Kühling

Jaeger

**Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 27. Oktober 1998 -  
1 BvR 2306/96, 1 BvR 1110/97, 1 BvR 1109/97, 1 BvR 1108/97, 1 BvR 2314/96**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Oktober 1998 - 1 BvR 2306/  
96, 1 BvR 1110/97, 1 BvR 1109/97, 1 BvR 1108/97, 1 BvR 2314/96 -  
Rn. (1 - 366), [http://www.bverfg.de/e/rs19981027\\_1bvr230696.html](http://www.bverfg.de/e/rs19981027_1bvr230696.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:1998:rs19981027.1bvr230696