

Schwangerschaftskonfliktberatung nach §§ 5, 6 SchKG und allgemeine Schwangerschaftsberatung nach § 2 SchKG in digitalen Beratungsformen: Rechtsgutachten im Auftrag von donum vitae e.V.

Michael Kubiciel

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2020. "Schwangerschaftskonfliktberatung nach §§ 5, 6 SchKG und allgemeine Schwangerschaftsberatung nach § 2 SchKG in digitalen Beratungsformen: Rechtsgutachten im Auftrag von donum vitae e.V." Augsburg: Universität Augsburg. https://www.donumvitae.org/fileadmin/REDAKTION/Bundesverband/Service/Downloads/Kubiciel_Rechtsgutachten_Schwangerschafts_konflikt_beratung_u_digitale_Formaten_Endfassung.pdf.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under the following conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publizieren>



**Schwangerschaftskonfliktberatung nach §§ 5, 6 SchKG und
allgemeine Schwangerschaftsberatung nach § 2 SchKG
in digitalen Beratungsformen**

Rechtsgutachten im Auftrag von donum vitae e.V.

erstellt von

Professor Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel

Oktober 2020

gefördert vom



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

Inhaltsverzeichnis

A. Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse	4
B. Hintergrund und Gegenstand des Rechtsgutachtens	6
C. Der Regelungsrahmen der Schwangerschaftsberatung	7
I. Die beiden Grundformen der Beratung nach dem SchKG	7
II. Der rechtliche Rahmen der Schwangerschaftsberatung	9
1. Das Schwangeren- und Familienhilfegesetz von 1992	9
2. Verfassungsrecht	11
a) Die Entscheidung des BVerfG vom 28. Mai 1993	11
b) Vorgaben für die Durchführung der Schwangerschaftskonfliktberatung	12
c) Status der allgemeinen Schwangerschaftsberatung	13
d) Fazit	14
3. Das Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (SchKG)	15
D. Zugangsbarrieren zu Beratungsstellen	16
I. Frauen mit eingeschränkten Teilhabemöglichkeiten	16
II. Die Sars-CoV-2-Pandemie und vergleichbare Katastrophenereignisse	17
III. Staatlicher Umgang mit solchen Zugangshindernissen	17
1. Gesetzlicher Anspruch und verfassungsrechtlicher Gewährleistungsauftrag	18
2. Beobachtungspflicht und Zugangsermöglichung	19
3. Kein Dispens von Beratungsrechten und -pflichten durch die Sars-CoV-2-Pandemie	20
E. Schwangerschaftskonfliktberatung nach §§ 5, 6 SchKG	22
I. Grundsätzliche Zulässigkeit der Beratung in digitalen Formaten	22
1. Verfassungsrecht und Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG)	22
2. Stellungnahmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur	26
II. Digitale Beratungsformate	27
1. Unzulässige digitale Beratungsformate	28
a) Beratung durch digitale Systeme	28
b) Digitale Bereitstellung von Informationen	28
c) Beratung mittels E-Mails, SMS und Messenger-Diensten	29

2. Grenzfall: Telefonische Beratung	30
3. Zulässige digitale Beratungsformate	30
4. Strafrechtlicher Geheimnisschutz und Datenschutz	31
a) Sicherungspflichten für Privatgeheimnisse nach § 203 StGB	31
b) Datenschutzrecht	34
F. Übermittlung der Beratungsbescheinigung nach § 7 SchKG	37
G. Allgemeine Schwangerschaftsberatung nach § 2 SchKG	38
I. Rechtliche Vorgaben für die Beratung aus dem Verfassungsrecht und SchKG	38
II. Einsatzmöglichkeiten digitaler Formate	39
1. Information durch digitale Systeme bzw. digitale Bereitstellung von Informationen	39
2. Beratung mittels E-Mails und Chat	40
3. Beratung mittels SMS und Messenger-Diensten	41
4. Telefonische Beratung	41
5. Videokonferenzen bzw. Videotelefonie	42
III. Strafrechtlicher Geheimnisschutz und Datenschutzrecht	42
Literaturverzeichnis	43

A. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Das geltende Recht unterscheidet zwischen einer (allgemeinen) Schwangerschaftsberatung nach § 2 SchKG und der Schwangerschaftskonfliktberatung gem. § 5 (Abs. 2 Nr. 1) SchKG. Der Schwangerschaftskonfliktberatung kommt dabei eine besondere verfassungs- und strafrechtliche Bedeutung zu: Sie ist die *conditio sine qua non* für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Beratungsmodells, das einen straffreien Schwangerschaftsabbruch ohne Vorliegen von Indikationen ermöglicht (§§ 218a Abs. 1, 219 StGB). Auch die allgemeine Schwangerschaftsberatung ist verfassungsrechtlich grundiert. BVerfG und BVerwG sehen sie als Ausdruck der staatlichen Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens. Insbesondere im Vorfeld eines möglichen indizierten Schwangerschaftsabbruchs kommt ihr eine – gegenüber der ärztlichen Beratung nach § 2a SchKG – eigenständige Bedeutung zu.

2. Es ist sicherzustellen, dass der (verfassungsrechtlich fundierte) Anspruch auf Schwangerschaftsberatung auch dann erfüllt werden kann, wenn besondere individuelle Umstände oder strukturelle Gründe die Durchführung einer Präsenzberatung erheblich erschweren oder gar ausschließen. Dies gilt insbesondere für die Schwangerschaftskonfliktberatung, zu deren Durchführung die Schwangere innerhalb einer vergleichsweise kurzen Frist im Vorfeld eines Abbruchs strafrechtlich verpflichtet ist. Zugangshindernissen ist innerhalb des geltenden Rechtsrahmens abzuwehren und nicht dadurch, dass geltendes (Verfassungs-)Recht außer Kraft gesetzt wird. Das gilt auch in einer Ausnahmesituation wie der Sars-CoV-2-Pandemie.

3. Bei der Bewältigung von Zugangshindernissen kommt der (digitalen) Distanzberatung eine besondere Bedeutung zu. Das geltende Recht schließt diese nicht grundsätzlich aus, da das Verfassungs-, Beratungs- und Strafrecht *keinen* räumlichen Kontakt zwischen Berater/in und der zu Beratenden verlangen; die in der Literatur vertretene Gegenauffassung ist unbegründet.

4. Nicht alle Formen (digitaler) Distanzberatung sind rechtlich zulässig und tatsächlich (gleich gut) geeignet. Für die Konfliktberatung nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG gelten strenge verfassungs- und beratungsrechtliche Anforderungen. Diesen genügen nur Formate, die einen persönlichen Austausch und die methodengerechte individuelle Erörterung konkreter Konfliktsituati-

onen ermöglichen. Dies schließt den Einsatz von Chatbots oder digitaler Fragen- und Antwortmasken ebenso aus wie einen Austausch per E-Mail, Chat oder Kurznachrichten. Rechtlich zulässig und in tatsächlicher Hinsicht geeignet ist der audio-visuelle Austausch mittels Videotelefonie bzw. Videokonferenzplattformen. Rechtliche Grenzen setzt hier allein das Datenschutzrecht (siehe unten 5.). Weniger gut geeignet ist die Beratung per Telefon; rechtlich zulässig ist sie (als subsidiäres Mittel), wenn die Personenidentität zwischen der Beratenden und der Schwangeren sichergestellt wird.

5. In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist der Umgang mit den durch die Beratung erlangten Informationen von der Datenverarbeitung in Folge der audiovisuellen Kommunikation zu unterscheiden. Auch in die letztgenannte Datenverarbeitung muss die beratene Person vorab einwilligen. Zudem muss die Beratungsstelle sicherstellen, dass für den während der digitalen Beratung erfolgenden Datenaustausch jene technischen und organisatorischen Maßnahmen getroffen werden, die ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau gewährleisten. Angesichts der Sensibilität von Gesundheitsdaten ist ein besonders hohes Schutzniveau zu verlangen. Dieser Pflicht können Beratungsstellen genügen, indem sie für die Telemedizin zertifizierte Angebote nutzen.

6. Eine digitale Übermittlung der Beratungsbescheinigung nach § 7 SchKG ist möglich, soweit den datenschutzrechtlichen (Sicherungs-)Pflichten Genüge getan wird. Insbesondere ist die Beratungsbescheinigung passwortverschlüsselt zu übersenden, wobei das Passwort gesondert und auf einem anderen Kommunikationskanal zu übermitteln ist.

7. Im Rahmen der allgemeinen Schwangerschaftsberatung eignet sich eine ganze Vielzahl digitaler Tools für die Bereitstellung von Informationen. Auch eine Beratung im engeren Sinne kann nicht nur im Wege der (Video-)Telefonie erfolgen, sondern auch per E-Mail oder Chat, die eine gewisse Synchronität und Informationsdichte des Austausches gewährleisten. Bei einer Beratung in Konfliktsituationen, etwa nach einer Indikationenstellung i.S.d. § 218a Abs. 2, 3 StGB, stoßen die zuletzt genannten Formen digitaler Beratung jedoch an ihre Grenzen. Hier ist die Videotelefonie und -konferenz das Mittel der ersten Wahl, subsidiär kommt auch eine Telefonberatung in Betracht.

B. Hintergrund und Gegenstand des Rechtsgutachtens

Im Rahmen des vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend geförderten bundesweiten, dreijährigen Modellprojekts „Helfen. Lotsen. Beraten“ (kurz: HeLB-Projekt) des donum vitae Bundesverbandes werden multiple, digitale Beratungszugänge für schwer erreichbare Zielgruppen der Schwangerschaftsberatung mit besonderem Schwerpunkt im ländlichen Raum erprobt. Zu diesen Zielgruppen gehören Menschen, in der Hauptsache Frauen, mit Fluchthintergrund, mit geringer Literalität (Analphabetinnen), mit psychischen Erkrankungen und mit Lernschwierigkeiten und geistiger Beeinträchtigung. Denkbar sind aber auch andere individuelle Zugangsbarrieren zu Beratungsstellen wie krankheitsbedingte Mobilitätseinschränkungen oder Besonderheiten des häuslichen Umfeldes. Zudem kann die Durchführung der Schwangerschaftsberatung in Präsenzform auf strukturelle Probleme stoßen (etwa: weite Entfernung zur nächsten Beratungsstelle). Schließlich hat die Sars-CoV-2-Pandemie aufgezeigt, dass die Aufrechterhaltung eines Angebots von Präsenzberatung bei unerwartet eintretenden Ereignissen mit katastrophischen Folgen erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann.

Vor diesem Hintergrund soll das Rechtsgutachten die Frage beantworten, ob und inwieweit es rechtlich möglich ist, die Schwangerschaftskonfliktberatung nach §§ 5 ff. SchKG in digitalen Beratungsformen durchzuführen und die Beratungsbescheinigung (§ 7 SchKG) auf elektronischem Wege auszustellen bzw. zu übermitteln. Sodann ist zu erörtern, inwieweit digitale Kommunikationsmedien für die Durchführung der allgemeinen Beratung nach § 2 SchKG rechtlich zulässig und geeignet sind. Zu diesem Zweck sind zunächst die verfassungs-, beratungs- und strafrechtlichen Vorgaben für die beiden Grundformen der Schwangerschaftsberatung herauszuarbeiten. Ist die Durchführung der Beratung in Nichtpräsenzform grundsätzlich möglich, ist zu klären, welche digitalen Formate die rechtlichen Vorgaben – unter Einschluss jener des Datenschutzrechts – erfüllen. Im Zusammenhang mit der Schwangerschaftskonfliktberatung ist überdies zu klären, welche rechtlichen Vorgaben für die Übermittlung der Beratungsbescheinigung i.S.d. § 7 SchKG gelten, insbesondere wie eine Übermittlung (datenschutz-)rechtskonform durchgeführt werden kann.

Bei der Beantwortung der Fragestellung sind zwei Absichtungen vorzunehmen:

- Zunächst ist, wie bereits erwähnt, zwischen der Schwangerschaftskonfliktberatung und der allgemeinen Beratung nach § 2 SchKG zu unterscheiden, da für diese verschiedene rechtliche Vorgaben – von der Verfassung, über das SchKG bis hin zum Strafrecht – gelten und es für die Durchführung der Schwangerschaftskonfliktberatung einen verfassungsrechtlich fundierten Gewährleistungsauftrag geben kann. Die (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben, die für die Schwangerschaftskonfliktberatung gelten, sind deutlich dichter als diejenigen, die die allgemeine Schwangerschaftsberatung betreffen. Zudem werden in Rechtsprechung und Literatur grundlegende Aspekte und Einzelfragen, die beide Formen der Beratung betreffen, vornehmlich anhand der verfassungs- und strafrechtlich besonders bedeutsamen Konfliktberatung thematisiert. Daher nehmen die folgenden Erörterungen ihren Ausgang bei der (besonderen und besonders stark regulierten) Schwangerschaftskonfliktberatung und erstrecken sich sodann auf die allgemeine Beratung nach § 2 SchKG.
- In Bezug auf das „Wie“ der digitalen Beratung sind die verschiedenen digitalen Formen getrennt in den Blick zu nehmen, da das SchKG, vor allem aber auch das Datenschutzrecht Grenzen ziehen, die u.U. einzelne Formen der Beratung ausschließen. Dasselbe gilt für die Übermittlungswege, auf denen der Beratungsschein zugestellt werden kann.

C. Der Regelungsrahmen der Schwangerschaftsberatung

I. Die beiden Grundformen der Beratung nach dem SchKG

Das Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (SchKG) bildet die rechtliche Grundlage für die Durchführung von Schwangerschaftsberatungen auf Bundesebene. Es kennt zwei Arten von Beratungen:

- § 2 SchKG regelt die *allgemeine Beratung*. Nach Abs. 1 hat jede Frau und jeder Mann das Recht, sich zu Fragen der Sexualaufklärung, Verhütung und Familienplanung sowie

in allen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen von einer hierfür vorgesehenen Beratungsstelle auf Wunsch anonym *informieren* und *beraten* zu lassen. Der Anspruch umfasst nach § 2 Abs. 2 SchKG zunächst Informationen zur Sexualaufklärung, Verhütung und Familienplanung, über familienfördernde Leistungen und Hilfen für Kinder und Familien, sowie Informationen zu Vorsorgeuntersuchungen bei Schwangerschaft, die Kosten der Entbindung, über soziale und wirtschaftliche Hilfen für Schwangere sowie Hilfsmöglichkeiten für behinderte Menschen und ihre Familien. Beraten werden kann auf Wunsch aber auch über die Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs, die physischen und psychischen Folgen eines Abbruchs und die damit verbundenen Risiken sowie über Lösungsmöglichkeiten für psychosoziale Konflikte im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft. Diese Beratung kann etwa im Zusammenhang mit einem von der Schwangeren erwogenen Abbruch auf Grundlage einer Indikation i.S.d. § 218a Abs. 2, 3 StGB relevant werden, der nicht Gegenstand der Schwangerschaftskonfliktberatung nach § 5 Abs. 1 SchKG i.V.m. § 219 StGB ist. Ferner können rechtliche und psychologische Gesichtspunkte im Zusammenhang mit einer Adoption erörtert werden. Hinzu tritt – falls gewünscht – die Unterstützung bei der Geltendmachung von Ansprüchen sowie bei der Wohnungssuche. Zum Anspruch auf Beratung gehört schließlich auch die Nachbetreuung nach einem Schwangerschaftsabbruch oder nach der Geburt des Kindes.

- Davon zu trennen ist die *Schwangerschaftskonfliktberatung* nach §§ 5 ff. SchKG, die eine zusätzliche Verankerung in den §§ 218a Abs. 1, 219 StGB hat. Die Beratung dient nach § 219 StGB dem Schutz des ungeborenen Lebens und 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. Die Beratung soll ergebnisoffen geführt werden und durch Rat und Hilfe dazu beitragen, die in Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen und einer Notlage abzuwehren. Sie soll ermutigen und Verständnis wecken, nicht belehren oder bevormunden. Die Beratung umfasst gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG die *eigentliche Konfliktberatung* sowie jede nach Sachlage erforderliche medizinische, soziale und juristische *Information*, die Darlegung der Rechtsansprüche von Mutter und Kind sowie der möglichen praktischen Hilfen, insbesondere solcher, die die Fortsetzung der Schwangerschaft und die Lage

von Mutter und Kind erleichtern (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 SchKG). Ferner soll der Schwangeren angeboten werden, sie bei der Geltendmachung von Ansprüchen, bei der Wohnungssuche, bei der Suche nach einer Betreuungsmöglichkeit für das Kind und bei der Fortsetzung ihrer Ausbildung zu unterstützen (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 SchKG). Schließlich wird ihr das Angebot einer Nachbetreuung nach Geburt des Kindes unterbreitet (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 SchKG).

II. Der rechtliche Rahmen der Schwangerschaftsberatung

1. Das Schwangeren- und Familienhilfegesetz von 1992

Das SchKG gilt seit dem 21.8.1995.¹ Es geht zurück auf das Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27.7.1992, das u.a. das Gesetz zur Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung enthielt.² Anlass für diese Gesetzgebung war die in Art. 31 Abs. 4 des Einigungsvertrages enthaltene Verpflichtung, eine neue Regelung zum Schutz des vorgeburtlichen Lebens und zur verfassungskonformen Bewältigung von Konfliktsituationen schwangerer Frauen zu schaffen. Zum einen sollte das in der „alten“ Bundesrepublik geltende Indikationenmodell sowie die in der DDR geltende Fristenlösung durch eine Neukonzeption ersetzt werden.³ Zum anderen stellte der Gesetzgeber fest, dass die „Beratungsmöglichkeiten für Frauen — und gegebenenfalls auch für ihre Partner und Familien — im Fall eines Schwangerschaftskonfliktes (...) nicht ausreichend entwickelt“ seien. So existiere „kein flächendeckendes pluralistisches Netz an Beratungsstellen“; auch die allgemeinen Beratungsmöglichkeiten über Familienplanung und Verhütung seien „unterentwickelt.“⁴

Aus diesen Gründen sollte ein Rechtsanspruch auf Sexualaufklärung etabliert sowie für eine „qualitativ hochwertige Beratung“ von Frauen in Schwangerschaftskonflikten gesorgt werden.⁵ Zu diesem Zweck schuf der Gesetzgeber in § 2 des Gesetzes zur Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung einen umfassenden Rechtsanspruch auf Beratung zu Fragen

¹ BGBl. I, 1995 S. 1050.

² BGBl. I, 1992 S. 1398. Siehe dazu die relevanten Dokumente: BT-Drs. 12/2606 (Gesetzentwurf); BT-Drs. 12/2875 (Empfehlung und Bericht), ein von den SPD- und FDP-Fraktionen sowie einem Teil von CDU/CSU-Abgeordneten getragener „Gruppenantrag“.

³ BT-Drs. 12/2605 (neu), S. 2 f.

⁴ BT-Drs. 12/2605 (neu), S. 4.

⁵ BT-Drs. 12/2605 (neu), S. 5 f.

der Sexualaufklärung, Verhütung und Familienplanung sowie „allen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen.“ Zu diesen Beratungsleistungen zählte auch ein Gegenstand, den das Gesetz selbst gar nicht erwähnte: die Beratung der Schwangeren in einer Not- und Konfliktlage. Gesetzliche Grundlage dieser sog. Schwangerschaftskonfliktberatung waren die §§ 218a Abs. 1 Nr. 1, 219 StGB a.F. Danach war die Durchführung einer Schwangerschaftskonfliktberatung eine wesentliche Voraussetzung für einen straffreien Schwangerschaftsabbruch. Mit der Beratung soll der Staat nämlich die verfassungsrechtlich zwingende Aufgabe erfüllen, die von Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Würde des ungeborenen Lebens und dessen Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) zu schützen. Dass der Staat zu diesem Schutz verfassungsrechtlich verpflichtet ist, steht seit der ersten Entscheidung des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch nicht mehr in Frage (und ist seither stdg. Rspr.).⁶ Die Entscheidung darüber, wie der Staat diesen Schutz ausübt, obliegt jedoch – in gewissen Grenzen – dem Gesetzgeber.

Nach dem Willen des Gesetzgebers von 1992 soll der Staat seinen Schutzauftrag gegenüber dem ungeborenen Leben mittels einer „qualitativ hochwertigen“ (d.h. fachkundigen und individuellen) Beratung der Schwangeren sowie mit einer wirtschaftlichen und sozialen Förderung und darauf bezogenen qualifizierten Information erfüllen.⁷ Der Ansatz folgt dem Leitprinzip „Hilfe statt Strafe“⁸ und will das ungeborene Leben primär durch die Beratung der Schwangeren schützen, während das Strafrecht die Einhaltung der Beratungspflicht und der anderen von § 218a Abs. 1 StGB genannten Vorgaben absichert. Das Beratungsmodell stellt einen Kompromiss zwischen der (bis 1992 in der „alten“ Bundesrepublik geltenden) Indikationen- und der in der DDR geltenden Fristenlösung dar.⁹ Bis heute stellt die Beratung einen zentralen Baustein eines Konzepts dar, das innerhalb einer Frist von zwölf Wochen nach der Empfängnis

⁶ BVerfGE 39, 1 Leitsatz 1 und 2. – Bestätigt von BVerfGE 88, 203, 338, 348 f.; 98, 265, 302. Ebenso *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Abs. 2 Rn. 24 ff., 44; *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 2 Rn. 145a; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 18, 94. S. aber auch *BK-Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn. 51, 76, der den Schwerpunkt der verfassungsrechtlichen Diskussion bei Art. 2 Abs. 2 GG verorten möchte, ähnlich *Schwarzenegger*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, B. 7, § 3 Rn. 8.

⁷ BT-Drs. 12/2605 (neu), S. 5 f.; näher dazu und zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit BVerfGE 88, 203, 266 f.

⁸ BT-Drs. 12/2605 (neu), S. 5.

⁹ *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 218-219b Rn. 1.

einen straffreien Abbruch ermöglicht, obwohl keine medizinischen, kriminologischen oder andere Indikationen vorliegen.¹⁰ Eine verfassungsrechtlich tragbare und realistische Alternative zum Beratungsmodell ist nicht in Sicht.¹¹

2. Verfassungsrecht

a) Die Entscheidung des BVerfG vom 28. Mai 1993 (Schwangerschaftsabbruch II)

Im Jahr 1993 erklärte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zwar die §§ 218a, 219 StGB und Teile des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes für verfassungswidrig, u.a. weil § 218a Abs. 1 StGB a.F. einen Schwangerschaftsabbruch ohne Indikation als „nicht rechtswidrig“ bezeichnete.¹² Das Beratungsmodell bezeichnete das Gericht hingegen für grundsätzlich verfassungskonform, weil der Schutz des ungeborenen Lebens „nur mit der Mutter, aber nicht gegen sie möglich ist.“¹³ Seither kommt der Schwangerschaftskonfliktberatung zentrale verfassungs- und strafrechtliche Bedeutung zu:

- Der Gesetzgeber darf zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Lebens (Art. 2 Abs. 2 GG) nur dann auf repressiv-strafrechtliche Mittel verzichten, wenn eine Infrastruktur existiert, die sicherstellt, dass Schwangere vor einem nicht-indizierten Abbruch eine am Ziel des Lebensschutzes orientierte Beratung erhalten. Zwischen der Gewährleistung einer Schwangerschaftskonfliktberatung einerseits und der Zurücknahme des Strafrechts andererseits besteht – in den Worten des BVerfG – ein „Junktum“¹⁴. Daher ist sowohl die Existenz einer Infrastruktur von Beratungsstellen als auch die tatsächliche Durchführung der Schwangerschaftskonfliktberatung die verfassungsrechtliche *conditio sine qua non* für den Systemwechsel „Hilfe statt Strafe“.¹⁵

¹⁰ Siehe BVerfGE 88, 203, 281; *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 623.

¹¹ *Fischer*, StGB, Vor §§ 219-219b Rn. 10; s. auch *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil. 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 15: Regelung wird auf absehbare Zeit Bestand haben.

¹² Dies sei mit dem Würdeanspruch des ungeborenen Lebens (Art. 1 Abs. 1 GG) sowie dessen Recht auf Schutz nach Art. 2 Abs. 2 GG unvereinbar, siehe BVerfGE 88, 203 Leitsatz 1 und 2.

¹³ BVerfGE 88, 203, 266.

¹⁴ BVerfGE 98, 265, 302.

¹⁵ *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 623, 628: „Herz- und Kernstück“. In diesem Sinne auch *Gärditz*, ZfL 2018, 18 f.; *MüKo-StGB/Gropp*, § 219 Rn. 4 („tragende Säule einer vom BVerfG gerade noch tolerierten Konstruktion“); *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, § 219 StGB Rn. 16; *Kubiciel*, ZfL 2018, 110, 111. Siehe ferner der Konfliktberatung BT-Drs. 13/1850, S. 20; *Eser/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, § 219 Rn. 1.

- Essentiell ist die Konfliktberatung auch für die einzelnen an einem Schwangerschaftsabbruch beteiligten Personen, insbesondere die den Abbruch vornehmenden Ärztinnen und Ärzte sowie die Schwangere: Straffrei handeln diese nur bei schriftlichem Nachweis einer vorangehenden Beratung.¹⁶

Indes hat das BVerfG klargestellt, dass eine Straffreistellung des nicht-indizierten Schwangerschaftsabbruchs nur in engen verfassungsrechtlichen Grenzen zulässig sein könne. Um „seiner Schutzpflicht für das ungeborene Leben zu genügen“, müsse der Staat „ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, dass ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird.“¹⁷ Die Aufstellung und normative Umsetzung eines solchen Schutzkonzepts sei zwar Sache des Gesetzgebers. Jedoch erfordere der Verzicht auf strafrechtlichen Schutz ein „anderes wirksames Schutzkonzept“.¹⁸ Das Schutzkonzept müsse „so ausgestaltet sein, dass es geeignet ist, den gebotenen Schutz zu entfalten, und nicht in eine – zeitlich begrenzte – rechtliche Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs übergeht oder als solche wirkt.“¹⁹ Daher darf der Staat auf die Bestrafung eines nicht-indizierten Schwangerschaftsabbruchs nur verzichten, wenn und soweit der verfassungsrechtlich zwingend erforderliche Schutz des menschlichen Lebens und seiner Würde durch ein strukturiertes Beratungsmodell gewährleistet wird.²⁰

b) Vorgaben für die Durchführung der Schwangerschaftskonfliktberatung

Mit Blick auf Funktion und Bedeutung traf das BVerfG verschiedene Anordnungen in Bezug auf Organisation und Modalitäten der Schwangerschaftskonfliktberatung und füllte damit die Lücken des Gesetzes zur Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung, das die Schwangerschaftskonfliktberatung nicht explizit regelte.²¹ Diese Anordnungen sind letztlich

¹⁶ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 219 Rn. 1; MüKo-StGB/Gropp, § 219 Rn. 3: notwendige, ja fundamentale Bedeutung für Straffreiheit.

¹⁷ Dazu und zum Folgenden BVerfGE 88, 203, 261.

¹⁸ So deutlich BVerfG, NJW 1999, 841, Leitsatz 3; siehe dazu auch Kubiciel, ZRP 2018, 13, 14.

¹⁹ BVerfGE 88, 203, 261 f. Siehe dazu Kubiciel, ZfL 2018, 110, 111.

²⁰ Kubiciel, jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1; Starck, JZ 1993, 816, 819.

²¹ Siehe BVerfGE 88, 203 Leitsatz 4.

Folge der den Staat treffenden „Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des sich entwickelnden Lebens“²², aus der die Pflicht zur Gewährleistung besonderer Rahmenbedingungen der dem Lebensschutz dienenden Beratung abgeleitet wird.²³ Unter anderem ordnete das BVerfG an, dass Stellen, die eine solche Beratung vornehmen, einer „besonderen staatlichen Anerkennung“ bedürften.²⁴ Anerkennungsfähig seien dabei nur Stellen, die über „in persönlicher und fachlicher Hinsicht“ qualifiziertes und der Zahl nach ausreichendes Personal verfügen und mit allen Stellen zusammenarbeiten, die öffentliche und private Hilfen für Mutter und Kind gewähren. Die Beratungsstellen müssten organisatorisch und wirtschaftlich von Einrichtungen, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, getrennt sein. Zudem seien sie verpflichtet, die ihrer Beratungstätigkeit zugrundeliegenden Maßstäbe und die dabei gesammelten Erfahrungen jährlich schriftlich niederzulegen. Insgesamt soll der „notwendige Inhalt der Beratung (...) auch die Regelung ihrer Durchführung bestimmen.“²⁵

c) Status der allgemeinen Schwangerschaftsberatung

Das BVerfG nahm bei seinen Ausführungen zur Bedeutung der Beratung zwar vor allem die besonders wichtige Schwangerschaftskonfliktberatung als Voraussetzung für die straffreie Durchführung eines nicht-indizierten Abbruchs in den Blick. Das Urteil betont aber auch die Bedeutung der (allgemeinen) Schwangerschaftsberatung, die z.B. bei einer kriminologischen oder medizinischen Indikation eines Schwangerschaftsabbruchs, zu der auch die antizipierte Verschlechterung des psychischen Gesundheitszustands der Mutter aufgrund einer pränatal diagnostizierten Krankheit oder Behinderung des Kindes zählt, relevant ist. Auch in solchen Fällen sei „die Schutzpflicht des Staates, die gegenüber *jedem* ungeborenen menschlichen Leben besteht, nicht aufgehoben.“²⁶ Vielmehr werde sie „den Staat insbesondere veranlassen, durch Rat und Hilfe der Frau beizustehen und sie dadurch womöglich doch für das Austragen des Kindes zu gewinnen (...).“ Das Beratungskonzept des Gesetzes zur Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung gehe „davon aus, dass auch die schwangere Frau, die sich in

²² BVerfGE 39, 1, 44; 88, 203, 251; vgl. auch BVerfGE 98, 265, 301 f.

²³ BVerfGE 88, 203, 270 ff., 281 ff.

²⁴ Dazu und zum Folgenden BVerfGE 88, 203 Leitsatz 4.

²⁵ BVerfGE 88, 203, 286. Dazu *Hermes/Walther*, NJW 1993, 2337, 2345.

²⁶ Dazu und zum Folgenden BVerfGE 88, 203, 257.

einer Not- und Konfliktlage sieht, zu einer verantwortlichen, die Belange des ungeborenen Lebens achtenden Entscheidung in der Lage sei (...)“.²⁷

Dementsprechend hat auch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) ausgeführt, dass die Beratung nach § 2 SchKG dem Ziel dient, durch Informationen über bestehende familienfördernde Leistungen und Hilfen für Kinder und Familien, soziale und wirtschaftliche Hilfen für Schwangere, Hilfen bei der Suche nach einem Arbeits- und Ausbildungsplatz sowie die Nachbetreuung nach der Geburt des Kindes die staatliche Schutzpflicht für das ungeborene Leben umzusetzen. „Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts genügt der Staat seiner Schutzpflicht nur dann, wenn er sowohl Gefahren für das ungeborene Leben bei einem konkreten Schwangerschaftskonflikt entgegentritt als auch diejenigen Gefahren, die in den sozialen Lebensverhältnissen der Frau und ihrer Familien begründet liegen und der Bereitschaft der Frau zum Austragen des Kindes entgegenstehen können (...). Letzterem Ziel dient die Beratung nach § 2 SchKG (...). Diese Beratung ist hiernach im Schutzkonzept des Gesetzgebers von großer Bedeutung.“

d) Fazit

Das BVerfG misst folglich *beiden* Formen der Schwangerschaftsberatung eine – unterschiedlich starke – verfassungsrechtliche Bedeutung zu:

- Für nicht-indizierte Abbrüche ist die Schwangerschaftskonfliktberatung von schlechterdings fundamentaler verfassungsrechtlicher Relevanz.
- Auch die allgemeine Schwangerschaftsberatung ist in der Pflicht zum Schutz der Würde und des Lebens des ungeborenen Kindes verankert. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Schwangere im Vorfeld eines indizierten Abbruchs umfassenden psychosozialen Rat und Hilfe sucht. Der nachträglich eingefügte § 2a SchKG statuiert in solchen Fällen zwar Beratungspflichten für jene Ärztinnen oder Ärzte, die der Schwangeren mitteilen, dass das ungeborene Kind höchstwahrscheinlich an Schädigungen der

²⁷ BVerfGE 88, 203, 283; dazu *Starck*, JZ 1993, 816, 820.

körperlichen oder geistigen Gesundheit leidet.²⁸ Indes ersetzt dieses „zusätzliche“²⁹ ärztlich-medizinische Beratungsangebot nicht die Schwangerschaftsberatung und ist darauf auch gar nicht angelegt: Gem. § 2a Abs. 1 S. 4 SchKG müssen Ärztinnen und Ärzte über das psychosoziale Unterstützungsangebot der Beratungsstellen nach § 2 SchKG informieren. Insoweit dient die Beratung nach § 2 SchKG (weiterhin) dazu, den verfassungsrechtlich gebotenen, staatlichen Schutzauftrag in Bezug auf das ungeborene Leben zu erfüllen.³⁰

3. Das Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (SchKG)

Die umfangreichen Vorgaben des BVerfG setzte der Gesetzgeber im Jahr 1995 in §§ 218a Abs. 1 Nr. 3, 219 n.F. StGB sowie im Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (SchKG) um, das an die Stelle des Gesetzes zur Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung trat.³¹ Damit wurde die Schwangerschaftskonfliktberatung auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt. Seither ist die Durchführung einer Konfliktberatung ausdrücklich in den § 219 StGB sowie §§ 5 ff. SchKG geregelt und legalistisch von der allgemeinen Schwangerschaftsberatung i.S.d. §§ 2 ff. SchKG unterschieden. Zudem wurden die Anforderungen an das Ziel der Schwangerschaftskonfliktberatung zugespitzt sowie Vorgaben für die Durchführung formuliert.³² Ziel und Umfang der Beratung regelt § 5 SchKG näher, während § 6 SchKG Vorgaben für die Durchführung der Schwangerschaftskonfliktberatung enthält und § 7 SchKG die Ausstellung des Beratungsscheins regelt, der als Nachweis für die Durchführung der Beratung und damit als Voraussetzung für einen straffreien Schwangerschaftsabbruch dient (§ 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB).

²⁸ Dazu *Duttge/Bernau*, ZfL 2009, 42 ff.; *Woopen/Rummer*, MedR 27 (2009), 130, 135 ff.

²⁹ So BT-Drs. 16/12970, S. 24.

³⁰ Siehe nur OVG Berlin-Brandenburg v. 5.12.2013, ECLI:DE:OVGBEBB:2013:1205.OVG6B49.12.0A, OVG BE 34, 329 ff.

³¹ Dass das Gericht dem Gesetzgeber auch wenig Ausgestaltungsspielraum belassen hatte, betonen *Hermes/Walther*, NJW 1993, 2337, 2345.

³² *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 218-219b Rn. 8.

D. Zugangsbarrieren zu Beratungsstellen

Nach einer treffenden Feststellung des 1. Senats des BVerfG hat „es der Staat nicht in der Hand, sämtliche Rahmenbedingungen (der Schwangerschaftsberatung) selbst festzulegen oder herzustellen.“³³ Das betrifft auch Fälle, in denen individuelle Gründe oder äußere Umstände der Schwangeren die Durchführung einer Schwangerschaftskonfliktberatung in Präsenzform erheblich erschweren oder gar ausschließen bzw. der Wahrnehmung ihres Rechts auf Beratung nach § 2 SchKG am Ort der Beratungsstelle im Wege stehen. Solche Fälle können vielfältige Ursachen haben. Dabei sind Ursachen, die in der Person der Frau oder ihrem Umfeld begründet liegen (I.) von äußeren Ursachen zu unterscheiden, die – wie die Folgen einer Pandemie – die Durchführung einer Schwangerschaftsberatung in Präsenzform erheblich erschweren (II.). Beide Hindernisse kann der Staat nicht ignorieren (III.).

I. Frauen mit eingeschränkten Teilhabemöglichkeiten

Das Modellprojekt „HeLB – Helfen. Lotsen. Beraten“, das von donum vitae entwickelt und seit April 2019 realisiert wird, hat vor allem Frauen im Blick, bei denen strukturelle oder persönliche Gründe die Teilhabe an den Möglichkeiten der Schwangerschaftsberatung erschweren. Als illustratives Beispiel kann eine Frau in einem ländlichen Gebiet dienen, die drei Kinder im Schul- und Kindergartenalter hat und erneut schwanger wird.³⁴ Da ihr kein eigenes Auto zur Verfügung steht, müsste sie mehrere Stunden mit öffentlichen Verkehrsmitteln zur nächstgelegenen Beratungsstelle fahren – Zeit, die ihr im Alltag wegen der Betreuung ihrer Kinder fehlt. Zugleich muss die Beratung sehr zeitnah erfolgen, da ein Schwangerschaftsabbruch ohne Indikation nur in den ersten zwölf Wochen nach der Empfängnis möglich ist. Probleme stellen sich jedoch nicht nur im ländlichen Raum. Auch Frauen mit körperlichen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen, deren Mobilität eingeschränkt ist, können vor besonderen Barrieren

³³ So BVerfGE 98, 265, 304.

³⁴ Zu diesem Beispiel siehe die Projektseite „HeLB – Helfen. Lotsen. Beraten.“, abrufbar unter: <https://www.donumvitae.org/ueber-uns/modellprojekt-helb> (zuletzt abgerufen: 20.10.2020).

bei der Wahrnehmung des Angebots der Schwangerschafts(konflikt)beratung stehen. Gleiches gilt für Frauen, deren persönliches Umfeld eine Fahrt zu einer Beratungsstelle erheblich erschwert. All diese Frauen werden von herkömmlichen Angeboten nur schwer erreicht.

II. Die Sars-CoV-2-Pandemie und vergleichbare Katastrophenereignisse

Die Sars-CoV-2-Pandemie hat gezeigt, dass unerwartet eintretende Umstände mit katastrophischen Folgen bestehende Zugangshindernisse für bestimmte Gruppen von Frauen erhöhen und neue Hindernisse begründen können.

Ersteres ist der Fall, wenn eine schwangere Frau als Angehörige sog. Risikogruppen Reisen und längere Aufenthalte mit anderen Personen in geschlossenen Räumen vermeiden soll. Neue Hindernisse errichtet die Pandemie etwa dann, wenn sich eine Schwangere auf behördliche Anweisung in Quarantäne begeben oder eine Beratungsstelle in räumlicher Nähe pandemiebedingt schließen muss, weil die Beraterinnen und Berater erkrankt sind, sich in Quarantäne befinden oder Risikogruppen angehören. In derartigen Fällen kann die praktische Durchführung einer Beratung in Präsenzform an tatsächlichen Umständen scheitern, die niemand zu vertreten hat. Drängt dann noch die Zeit, weil der Ablauf der Zwölfwochenfrist für einen Abbruch naht, fragt sich, wie der Anspruch der Schwangeren auf eine Beratung erfüllt werden kann. Aus Sicht der Schwangeren entsteht eine dilemmatische Situation: *Einerseits* muss sie sich beraten lassen, damit sie (und ihr Arzt bzw. ihre Ärztin) einen straffreien Schwangerschaftsabbruch vornehmen kann, *andererseits* wird die (rechtzeitige) Erfüllung der Beratungspflicht erheblich erschwert. Derartige Fragen können sich nicht nur während der gegenwärtigen Pandemie stellen, sondern auch bei anderen unerwarteten Ereignissen mit katastrophischen Folgen, die für einen gewissen Zeitraum die Fortbewegungsmöglichkeiten von Schwangeren und die Arbeit der Beratungsstellen stark einschränken.

III. Staatlicher Umgang mit solchen Zugangshindernissen

Damit stellt sich die Frage, ob und wie der Staat, d.h. Gesetzgeber sowie Behörden des Bundes und der Länder, mit derartigen Zugangsbarrieren umzugehen hat. Diesbezüglich lassen sich drei Aussagen treffen.

1. Gesetzlicher Anspruch und verfassungsrechtlicher Gewährleistungsauftrag

Das SchKG statuiert das Recht, dass sich jede Frau und jeder Mann zu Fragen der Sexualaufklärung, Verhütung und Familienplanung sowie in allen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen beraten lassen kann (§ 2 SchKG). Nach § 3 SchKG haben die Länder ein ausreichendes Angebot wohnortnaher Beratungsstellen für die Beratung sicherzustellen. Zudem verpflichten §§ 218a Abs. 1 Nr. 3, 219 StGB Schwangere, die einen nicht-indizierten Abbruch vornehmen wollen, zu einer vorherigen Beratung nach § 5 SchKG. Damit korreliert ein Anspruch auf Beratung (vgl. § 6 Abs. 1 SchKG: „Eine ratsuchende Schwangere *ist* unverzüglich zu beraten.“). Für die Beratung nach den §§ 5 und 6 haben die Länder ein ausreichendes plurales Angebot wohnortnaher Beratungsstellen sicherzustellen (siehe § 8 SchKG). Das Recht auf Beratung ist folglich einfachgesetzlich garantiert.

Darüber hinaus ist es zu einem Gutteil auch verfassungsrechtlich fundiert. In seiner bereits mehrfach zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1993 hat das BVerfG betont, dass eine Beratungsregelung, die vorwiegend auf präventiven Schutz setzt, verlange, „dass ein Angebot sozialer Hilfen für Mutter und Kind – *auch tatsächlich* – bereitsteht (...).“³⁵ Und weiter: „Will der Staat den von ihm zu gewährenden Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens durch ein Beratungsverfahren verwirklichen, so trägt er *für dessen Durchführung* die *volle* Verantwortung.“³⁶ Daraus lässt sich ableiten, dass der Staat zumindest in Bezug auf die Schwangerschaftskonfliktberatung gem. § 219 StGB, §§ 5 ff. SchKG einen Gewährleistungsauftrag hat: Er muss dafür Sorge tragen, dass ein Angebot *tatsächlich* zur Verfügung steht und *tatsächlich* wahrgenommen werden kann, von dessen Existenz die verfassungsrechtliche Akzeptabilität des Beratungsmodells des §§ 218a Abs. 1, 219 StGB abhängt und das entscheidend für den (Nicht-)Eintritt strafrechtlicher Folgen ist. Zu diesem Befund passt die beiläufig vom BVerfG ausgesprochene Feststellung, dass „die Rechtslage insgesamt so zu gestalten (ist), dass es sich für die Frau nicht nahelegt, die Beratung gar nicht erst anzunehmen (...).“³⁷ Der Schwangeren

³⁵ BVerfGE 88, 203, 272 (Hervorhebung diesseits).

³⁶ BVerfGE 88, 203, 286 (Hervorhebung diesseits).

³⁷ BVerfGE 88, 203, 279.

sollen also keine Hindernisse in den Weg gelegt werden; vielmehr sollen diese tunlichst vermieden bzw. beseitigt werden, um eine Beratung, für deren Durchführung der Staat die volle Verantwortung trägt, faktisch zu ermöglichen.

Auch die allgemeine Schwangerschaftsberatung nach § 2 SchKG ist – wie gesehen – zum Teil in der Verfassungsrechtsprechung verankert: Das BVerfG stellt sie in den Zusammenhang der staatlichen Pflicht zum Schutz der Würde und des Lebens des ungeborenen Kindes. Dies gilt jedenfalls, soweit sie dazu dient, Schwangeren im Vorfeld eines indizierten Abbruchs Rat und Hilfe anzubieten.³⁸ Zwar lässt sich der Entscheidung kein ausdrücklicher Gewährleistungsanspruch entnehmen; zumindest aber zeigt sich, dass das Recht auf Beratung nach § 2 SchKG in einem wichtigen Bestandteil verfassungsrechtlich grundiert ist.

2. Beobachtungspflicht und Zugangsermöglichung

Angesichts der gesetzlichen und in wichtigen Teilen verfassungsrechtlich unterlegten Ansprüche auf Schwangerschaftsberatung kann der Staat die Existenz der unter I. und II. beschriebenen Zugangshindernisse nicht ignorieren. Seine Verpflichtungen, die aus den gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Ansprüchen auf Beratung folgen, erschöpfen sich nicht darin, für ein deutschlandweites Netz von Beratungsstellen zu sorgen. Vielmehr muss er auch tatsächlich existierende Zugangshindernisse zu diesen Beratungsstellen registrieren, auf diese reagieren und so die Beratung tatsächlich ermöglichen.

Auch das BVerfG hat konstatiert, dass der „hohe Rang des geschützten Rechtsgutes, die Art der Gefährdung ungeborenen Lebens und der in diesem Bereich festzustellende Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen“ eine Beobachtungspflicht begründen. Danach müsse der Gesetzgeber im Blick behalten, wie sich sein maßgeblich auf Hilfe und Beratung setzendes Schutzkonzept „in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auswirkt“.³⁹ Zwar bezieht sich diese Beobachtungspflicht im Kontext der Entscheidung auf die tatsächliche Eignung des Beratungsmodells zum Schutz des Lebens.⁴⁰ Dennoch lässt sich aus den einschlägigen

³⁸ BVerfGE 88, 203, 283.

³⁹ BVerfGE 88, 203, 310.

⁴⁰ Vgl. Starck, JZ 1993, 816, 821.

Passagen ableiten, dass der Staat die Wirksamkeit der Beratung zu beobachten hat und daher auf gravierende Zugangshindernisse so reagieren muss, dass das Recht auf Schwangerschaftsberatung tatsächlich wahrgenommen werden kann. So können Landesbehörden bspw. auf strukturelle oder situativ eintretende Zugangshindernisse in – an die Träger von Schwangeren- und Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen gerichteten – Erlassen Anordnungen treffen, wie Hindernissen dauerhaft oder situativ zu begegnen ist. Insbesondere können sie regeln, welche Formen digitaler Beratung wann als Alternative zur Präsenzberatung angeboten werden können.

Nur wenn der Staat sicherstellt, dass Zugangshindernisse zur Schwangerschaftsberatung verringert oder umgangen werden können, kann die Beratung dazu beitragen, dass ihre verfassungsrechtlich fundierten Ziele erreicht werden. Dies gilt jedenfalls für die Schwangerschaftskonfliktberatung nach §§ 5 ff. SchKG und nach hier vertretener Auffassung auch für die allgemeine Schwangerschaftsberatung im Vorfeld eines indizierten Abbruchs, da das BVerfG dieser Beratung ebenfalls eine das ungeborene Leben schützende und damit verfassungsrechtlich erwünschte Wirkung zumisst.

3. Kein Dispens von Beratungsrechten und -pflichten durch die Sars-CoV-2-Pandemie

Auch in einer Ausnahmesituation, wie sie die Sars-CoV-2-Pandemie zweifellos darstellt, werden gesetzliche Rechte und Pflichten nicht einfach außer Geltung gesetzt. Weder kann sich der Staat mit Verweis auf die Pandemie ohne weiteres seiner Verpflichtung entziehen, den Zugang zu Beratungsmöglichkeiten zu gewährleisten. Noch kann in einer Pandemie die von §§ 218a Abs. 1, 219 StGB vorgesehene Beratungspflicht vor einem nicht-indizierten Abbruch schlicht ignoriert werden.

Ohne Zweifel können Rechtsbefolgung und Rechtsanwendung an Grenzen stoßen, wenn eine Pandemie oder andere katastrophale Ereignisse den Normadressaten die faktische Möglich-

keit nehmen, den Vorgaben der Normen in gleicher Weise gerecht zu werden wie unter vergleichsweise normalen äußeren Umständen.⁴¹ Jedoch können unter der Geltung des Grundgesetzes mit Verweis auf eine Ausnahmelage rechtliche Bindungen nicht ohne weiteres aufgehoben werden.⁴² An der generellen Pflicht zur Befolgung und Anwendung des Rechts ändert sich folglich nichts.⁴³

Es ist zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber gesetzliche Änderungen an § 2 SchKG vornimmt. Eine (auch nur vorübergehende) Streichung der Beratungspflicht nach §§ 218a, 219 StGB wäre dem Gesetzgeber aber im Rahmen des geltenden beratungszentrierten Schutzkonzeptes nicht möglich: Die in den § 219 StGB und § 5 SchKG geregelte Konfliktberatung ist die verfassungsrechtliche Grundlage des primär auf Beratung abstellenden Konzepts zum Schutz der Menschenwürde und des Lebensrechts des ungeborenen Lebens (siehe oben C. II. 2). Wird diese Beratungspflicht aufgehoben, verlöre § 218a Abs. 1 StGB, der die Möglichkeit eines straffreien Abbruchs auch ohne Indikation vorsieht, seine verfassungsrechtliche Grundlage. Das dann geltende Recht und die Anwendungspraxis wären verfassungswidrig.

An dieser verfassungsrechtlichen Konsequenz ändert auch die Pandemie nichts. Denn diese dispensiert Gesetzgeber und Behörden nicht von der Beachtung der Grundrechte. Das Grundgesetz gilt uneingeschränkt auch in Ausnahmesituationen, der prinzipielle Ordnungsanspruch der Verfassung wird nicht aufgehoben.⁴⁴ Zwar können – im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – Grundrechte eingeschränkt werden; ein grundrechtsfreier Zustand tritt aber nicht ein.⁴⁵ Auch das BVerfG hat in anderen Zusammenhängen Bestrebungen zurückgewiesen, unter Berufung auf eine Ausnahmelage „rechtsstaatliche Anforderungen“ zu übergehen.⁴⁶ Insbesondere hat das Gericht in seiner Entscheidung zum „Luftsicherheitsgesetz“ hervorge-

⁴¹ Kubiciel, NJW 2020, 1249.

⁴² Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 27 ff., 45 und öfters.

⁴³ Vgl. dazu Barczak, Der nervöse Staat, S. 172 ff.

⁴⁴ Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, JZ 2020, 861, 862; Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S. 85 ff., 126 ff.; Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 27 ff., 45 ff.; Kubiciel, Nomos – Kansai Law Journal 2013, S. 21 ff.

⁴⁵ Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 34, 45 ff.

⁴⁶ Siehe BVerfGE 133, 277, 333 f.

hoben, dass der Staat auch unter den Bedingungen eines überregionalen Katastrophennotstands gehalten sei, „jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren.“⁴⁷

Anpassungen an die durch die Sars-CoV-2-Pandemie veränderten äußeren Gegebenheiten sind daher *innerhalb*, nicht außerhalb der (verfassungs-)rechtlichen Ordnung zu suchen.⁴⁸ Wer hingegen für die Möglichkeit einer vorübergehenden Aufweichung verfassungsrechtlicher Gewährleistungsstandards und einer Außerkraftsetzung gesetzlicher Pflichten plädiert, riskiert damit, dass diese Relativierungen verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Standards nach Überwindung der Krise fort dauern.⁴⁹ Auch in der Pandemie ist daher Zugangshindernissen zu Beratungsstellen *im Rahmen der gesetzlichen Regeln* abzu helfen und nicht durch deren Außerkraftsetzung. Inwieweit das möglich ist, soll im Folgenden gezeigt werden.

E. Schwangerschaftskonfliktberatung nach §§ 5, 6 SchKG

I. Grundsätzliche Zulässigkeit der Beratung in digitalen Formaten

1. Verfassungsrecht und Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG)

Der integralen Bedeutung der Konfliktberatung für das Schutzkonzept entspricht es, dass das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1993 detaillierte Vorgaben zum Charakter und zur Durchführung der Beratung gemacht hat (siehe oben C. II. 2.). Diese sollen dafür sorgen, dass die Beratung der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zum Schutz des ungeborenen Lebens auch in der Praxis gerecht wird.⁵⁰ Aus diesen lassen sich bereits erste Rückschlüsse auf die Zulässigkeit einzelner digitaler Beratungsangebote ableiten.

⁴⁷ BVerfGE 115, 118, 152.

⁴⁸ *Kubiciel*, NJW 2020, 1249.

⁴⁹ Treffend *Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann*, JZ 2020, 861, 862 f.

⁵⁰ Vgl. *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 624.

Grundlegend ist zunächst die (zumeist als selbstverständlich erachtete) Bedingung, dass die beratene Person und die Schwangere, die einen Abbruch vorzunehmen wünscht, identisch sind. Dies setzen nicht nur §§ 218a Abs. 1, 219 StGB und § 5 SchKG explizit voraus; es ist auch schlechterdings essentiell für das vom BVerfG akzeptierte Schutzkonzept. Während dieses Identitätserfordernis in der Präsenzberatung leicht überprüfbar (etwa durch Vorlage eines Lichtbildausweises) und schwierig zu umgehen ist, können einzelne digitale Formate die Personenidentität nicht in demselben Maße garantieren (unten II. 1.).

Die „verständnisvolle, sachkundige Beratung mit der Frau (soll) deren Konflikt (...) ergründen und ihr bei seiner Bewältigung so (...) helfen, dass sie sich nicht gegen das Kind entscheidet.“⁵¹ Das setzt eine „fachkundige und individuelle Beratung“⁵² voraus, die „die Frau als handelnde Person ernst(nimmt)“ und „als Verbündete bei dem Schutz des ungeborenen Lebens zu gewinnen sucht“ sowie „von ihr eine verantwortliche Mitwirkung erwartet.“⁵³ Ferner betont das BVerfG wiederholt, dass die Beratung ein „Vorgang personaler Kommunikation“⁵⁴ bzw. ein Gespräch sei.⁵⁵ Dementsprechend regelt § 7 Abs. 2 SchKG die „Fortsetzung *dieses* Gesprächs“. Diesen Anforderungen wird beispielsweise eine Beratung mittels einer digitalen Fragen-Antworten-Maske oder eines digitalen Dialogsystems, mit dem die Schwangere sprach- oder textgesteuert kommuniziert (Chatbot), nicht gerecht, da es sich dabei nicht um ein „Gespräch“ handelt, schon gar nicht um den vom BVerfG intendierten „kommunikativen Vorgang (...) in der Form eines real durchgeführten Diskurses“⁵⁶ (näher dazu unten II. 1. a).

Darüber hinaus hält das BVerfG fest, dass eine „bloß informierende Beratung, die den konkreten Schwangerschaftskonflikt nicht aufnimmt und zum Thema eines persönlich geführten Gesprächs zu machen sucht, sich auch nicht um konkrete Hilfen im Blick auf diesen Konflikt bemüht,“ unzulässig sei, da sie „ihren Auftrag“ verfehle.⁵⁷ § 5 Abs. 2 unterscheidet demzufolge in Nr. 1 und Nr. 2 SchKG zwischen der Konfliktberatung einerseits und der Bereitstellung von Informationen andererseits (siehe oben C. I.). Damit bringt auch das Gesetz zum Ausdruck,

⁵¹ BVerfGE 88, 203, 266.

⁵² BVerfGE 88, 203, 267.

⁵³ BVerfGE 88, 203, 281.

⁵⁴ BVerfGE 88, 203, 282.

⁵⁵ BVerfGE 88, 203, 283.

⁵⁶ *Schweiger*, Prozeduralisiertes Strafrecht, S. 260.

⁵⁷ BVerfGE 88, 203, 282.

dass die Beratung mehr als eine einseitige Information der Schwangeren durch die Beratungsstelle sein muss. Ausgehend von der Zielsetzung des § 219 Abs. 1 S. 1 StGB muss das Gespräch vielmehr eine auf den Einzelfall bezogene Entscheidungshilfe für die beratene Schwangere in ihrer konkreten Konfliktlage eröffnen (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG).⁵⁸ Digitale Beratungsangebote, die sich in der elektronischen Übersendung von Informationen bzw. deren digitaler Verfügbarmachung als Download erschöpfen, erfüllen diese Anforderungen nicht (näher dazu unten II. 1. b).

Über die bereits erwähnten Regelungen hinaus trifft das SchKG weitere, teils recht konkrete Regelungen zur Durchführung der Konfliktberatung. So soll die Beratung ergebnisoffen geführt werden, ermutigen und Verständnis wecken, nicht belehren oder bevormunden (siehe § 5 Abs. 1 SchKG). In der Konfliktberatung wird zwar erwartet, dass die schwangere Frau der sie beratenden Person die Gründe mitteilt, derentwegen sie einen Abbruch der Schwangerschaft erwägt; die Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft der schwangeren Frau soll aber nicht erzwungen werden (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG). Vielmehr ist die Schwangere über Hilfen aufzuklären, die eine Fortsetzung der Schwangerschaft und die Lage von Mutter und Kind erleichtern. Außerdem sind Informationen über alle medizinischen, sozialen und rechtlichen Aspekte des Schwangerschaftskonflikts bereitzustellen, ggfs. bestehende Rechtsansprüche von Mutter und Kind darzulegen (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 SchKG). Ferner ist Unterstützung bei der Verwirklichung von Ansprüchen, bei der Suche nach Betreuungsmöglichkeiten sowie bei der Nachbetreuung anzubieten (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 SchKG). Soweit erforderlich, sollen zur Beratung im Einvernehmen mit der Schwangeren andere Fachkräfte⁵⁹ und der Erzeuger oder nahe Angehörige hinzugezogen werden (§ 6 Abs. 3 SchKG).

Im Kontrast zu diesen – teils detailreichen – Vorgaben steht, dass weder § 219 StGB noch das SchKG Vorgaben zum Ort und zum Gesprächsformat der Konfliktberatung machen.⁶⁰ § 8

⁵⁸ Treffend *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 219 Rn. 6; BVerfGE 88, 203, 307 f.

⁵⁹ Gemeint sind Fachkräfte, die ärztlich, fachärztlich, psychologisch, sozialpädagogisch, sozialarbeiterisch oder juristisch ausgebildet sind oder Personen, die über besondere Erfahrung in der Frühförderung behinderter Kinder verfügen.

⁶⁰ *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 219 Rn. 15, *Lackner/Kühl*, StGB§ 219 Rn. 9; NK-StGB/Merkel, § 219 Rn. 10.

SchKG sieht zwar vor, dass die Länder ein ausreichendes Angebot „wohnortnaher Beratungsstellen“ sicherzustellen haben. Dabei handelt es sich aber lediglich um eine Regelung, die einen Gewährleistungsauftrag an die Bundesländer adressiert. Sie betrifft nicht das Verhältnis zwischen der schwangeren Frau und der Beratungsstelle und regelt auch nicht die Form der Beratung. Zwar lässt sich aus der Vorschrift implizit ableiten, dass die Beratung *auch* in Präsenzform stattfinden kann, so dass Schwangeren ein flächendeckendes Netz von Anlaufstellen zur Verfügung gestellt werden soll. Dass aber die Präsenzberatung der gesetzliche Regelfall ist oder die Beratung ausschließlich in dieser Form geleistet werden soll, kann der Vorschrift im Wege einer grammatikalischen, systematischen oder teleologischen Auslegung *nicht* entnommen werden. Ebenso wenig enthalten die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1993 und die Gesetzesbegründung diesbezügliche Aussagen.⁶¹ Ihnen lässt sich nicht entnehmen, dass eine Beratung, die den (verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen) Zielen und Qualitätsstandards entspricht, ausschließlich in Präsenzform, d.h. bei einer räumlichen Nähe zwischen Berater/in und Schwangeren durchgeführt werden könne.

Erst recht finden sich in der Verfassungsrechtsprechung oder im Gesetz bzw. der Gesetzesbegründung keine Hinweise darauf, dass die Durchführung der Beratung in Präsenzform (auch) eine Hürde für die Schwangere darstellen soll, um ihr den Weg zum Abbruch zu erschweren oder ihre Entschlossenheit zum Abbruch zu testen. Das Gegenteil ist der Fall: Zum einen bringt das BVerfG mit seiner Feststellung, dass „die Rechtslage insgesamt so zu gestalten (ist), dass es sich für die Frau nicht nahelegt, die Beratung gar nicht erst anzunehmen“⁶², zum Ausdruck, dass ein niedrighschwelliger Zugang zur Beratung verfassungsrechtlich erwünscht ist, weil nur so die Beratung ihre lebensschützende Funktion erfüllen kann. Zum anderen zeigen die einschlägigen (oben referierten) Passagen deutlich, dass das BVerfG die lebensschützende Wirkung der Beratung aus deren Qualität und den verwendeten „Methoden einer Konfliktberatung“⁶³ ableitet und nicht aus einer – von der Pflicht zur *Präsenzberatung* errichteten – faktischen oder psychologischen Hürde für die Schwangere. Die Gesetzeslage bestätigt den Befund:

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 13/1850, S. 19 f.

⁶² BVerfGE 88, 203, 279.

⁶³ BVerfGE 88, 203, 283.

Der Gefahr „überstürzter Entscheidungen“ soll allein die von § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB angeordnete „Karenzzeit“ von drei Tagen zwischen Beratung und Abbruch vorbeugen.⁶⁴

2. Stellungnahmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur

Obleich weder das BVerfG noch die §§ 218a, 219 StGB oder die §§ 5 ff. SchKG sich zur Form der Beratung (Präsenz oder Distanz, analog oder digital) verhalten, finden sich in der Literatur Stimmen, die von einer Beratung in Form eines „unmittelbaren räumlichen Kontakts“ ausgehen.⁶⁵ So wird aus der Wendung „Eintreten in eine Konfliktberatung“ des § 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG geschlossen, dass die konkrete Konfliktlage in einem „unmittelbaren *räumlichen* Kontakt“ der Schwangeren mit dem Berater oder der Beraterin zu besprechen sei.⁶⁶ Daher, heißt es weiter, werde „die Schwangere i.d.R. die Beratungsstelle bzw. den beratenden Arzt aufzusuchen haben, ohne dass jedoch damit ein Beratungsgespräch im Krankenhaus oder in der Wohnung der Schwangeren ausgeschlossen wäre“.⁶⁷ Indes ist die Formulierung „Eintreten in eine Konfliktberatung“ im Gesamtzusammenhang des § 5 SchKG nicht als *physisches* Eintreten in eine Beratungsstelle zu verstehen, sondern als Aufnahme des Beratungsgesprächs. Die Deutung der von § 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG verwendeten Formulierung, es bedürfe des Eintretens in einen *räumlichen* Kontakt, ist hingegen grammatikalisch und systematisch ausgesprochen fernliegend.

Von einigen wird das Erfordernis eines räumlichen Kontakts argumentativ mit einem Verweis auf (angebliche) „Vorgaben des BVerfG“ zu begründen versucht.⁶⁸ Allerdings verhält sich die zitierte Stelle ebenso wenig zu Ort und Form wie die übrigen einschlägigen Passagen des Urteils. Auch der Umstand, dass das BVerfG strengere *inhaltliche* Anforderungen an die Beratung stellt als § 219 in der Fassung von 1992,⁶⁹ lässt keinen Rückschluss auf die *Form* der Beratung

⁶⁴ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 8, unter Verweis auf BT-Drs. 12/2605 (neu), S. 22.

⁶⁵ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 219 Rn. 15, NK-StGB/Merkel, § 219 Rn. 10; SK-StGB/Rogall, § 219 Rn. 16.

⁶⁶ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 219 Rn. 15, NK-StGB/Merkel, § 219 Rn. 10; Schwarzenegger, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, B. 7, § 3 Rn. 48; SK-StGB/Rogall, § 219 Rn. 16.

⁶⁷ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 219 Rn. 15.

⁶⁸ So, unter Verweis auf BVerfGE 88, 282, 306; NK-StGB/Merkel, § 219 Rn. 10; SK-StGB/Rogall, 9. Aufl. 2017, § 219 Rn. 16.

⁶⁹ Darauf abhebend NK-StGB/Merkel, § 219 Rn. 10.

zu; schon gar nicht darauf, dass die Schwangere die Beratungsstelle (körperlich) aufsuchen müsse oder dass eine gemeinsame physische Anwesenheit in einem Raum erforderlich ist.

Schließlich können auch die Protokolle der Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform von 1975 nicht als (historisches) Argument angeführt werden, wie dies *Eser* tut.⁷⁰ Denn ganz abgesehen davon, dass sich die dortigen Ausführungen nicht auf die geltende Rechtslage beziehen, ist *Eser*'s Hinweis auf *eine* in den Protokollen zitierte Äußerung (des Ministerialbeamten *Wilkitzkis*) selbstreferentiell, da diese lediglich die gleichlautende Kommentierung *Eser*'s im Schönke/Schröder referiert. Zudem ist die Quelle uneindeutig, da einige der dort protokollierten Stimmen von Abgeordneten davon ausgehen, dass auch eine telefonische Beratung möglich sei.

Kurzum: Für die Auffassung, dass das Recht eine Konfliktberatung in *Form eines unmittelbaren räumlichen Kontakts* verlange, gibt es keine stichhaltigen Belege und Argumente. Andere Stimmen formulieren daher zurückhaltender: *Gropp* schreibt, „dass sich Schwangere und Berater treffen müssen, ohne dass das Gesetz einen bestimmten Treffpunkt vorschreiben würde“.⁷¹ Andere sprechen von einem (unmittelbaren) persönlichen Kontakt bzw. Gespräch.⁷² Ein solches „Treffen“ bzw. ein unmittelbares persönliches Gespräch kann jedoch auch in anderer Form stattfinden als in einer Präsenzberatung mit einer räumlich-physischen Nähe zwischen Berater/in und Schwangeren. Eine (digitale) Distanzberatung ist daher auch auf Grundlage dieser Deutung des Gesetzes nicht ausgeschlossen.

II. Digitale Beratungsformate

Das geltende Recht lässt mithin eine (digitale) Distanzberatung grundsätzlich, d.h. in den oben I. 1. gezeigten Grenzen zu. Im Folgenden soll zunächst gezeigt werden, welche digitalen Angebote für eine Konfliktberatung nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 SchKG die verfassungs- und beratungsrechtlichen Anforderungen von vornherein nicht (1.) oder nur eingeschränkt (2.) erfüllen und

⁷⁰ Siehe aber *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 219 Rn. 15, unter Verweis auf Deutscher Bundestag, Stenographischer Dienst, 7. Wahlperiode, 71. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, S. 2406.

⁷¹ MüKo-StGB/*Gropp*, 3. Aufl. 2017, § 219 Rn. 22.

⁷² Vgl. LK/*Kröger*, StGB, § 219 Rn. 12; *Lackner/Kühl*, StGB, § 219 Rn. 9, beide mit dem – nicht stichhaltigen (s.o.) – Verweis auf die Wendung „Eintreten in eine Konfliktberatung“. Ähnlich *Duttge*, in: Prütting (Hrsg.), Medizinrecht Kommentar, § 219 StGB Rn. 7.

welche Optionen unproblematisch sind (3.). Sodann ist zu zeigen, welche – zusätzlichen – datenschutzrechtlichen Anforderungen die verfassungs- und beratungsrechtlich zulässigen Formate erfüllen müssen (4.).

1. Unzulässige digitale Beratungsformate

a) Beratung durch digitale Systeme

Digitale Fragen-Antworten-Maske oder ein digitales Dialogsystem, mit dem die Schwangere sprach- oder textgesteuert kommuniziert (Chatbot), werden den Anforderungen des BVerfG und des SchKG nicht gerecht. Sie stellen schon keinen „Vorgang personaler Kommunikation“⁷³ bzw. kein Gespräch⁷⁴ (vgl. § 7 Abs. 2 SchKG) dar, weil digitale Systeme Gesprächsinformationen und den Inhalt von Normen nur binär strukturiert verarbeiten, aber nicht reflektierend verstehen können.⁷⁵ Solche Systeme geben standardisierte Antworten auf in Fragen erkannte Muster, sie sind daher auch nicht geeignet, auf die einzelne Schwangere in ihrer individuellen Konfliktsituation einzugehen. Es kommt hinzu, dass bei diesen Austauschformaten nicht sicher gewährleistet werden kann, dass das Dialogsystem oder der Chatbot tatsächlich mit der zu beratenden Schwangeren kommuniziert und nicht mit einer anderen Person, die beispielsweise von der schwangeren Frau die (elektronischen) Zugangsdaten zu diesem Austauschangebot erhalten hat. Die Identität zwischen beratener Person und Schwangeren, die einen Abbruch vorzunehmen wünscht, ist aber essentiell für das Schutzkonzept. Folglich können solche Systeme zwar Informationen bereitstellen, nicht aber eine Konfliktberatung i.S.d. § 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG leisten.

b) Digitale Bereitstellung von Informationen

Auch Beratungsangebote, die sich in der elektronischen Übersendung von Informationen bzw. deren digitaler Verfügbarmachung als Download oder dergleichen erschöpfen, werden den

⁷³ BVerfGE 88, 203, 282.

⁷⁴ BVerfGE 88, 203, 283.

⁷⁵ Siehe auch *Seher*, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 45, 49 f. Vgl. auch *Rostalski*, *Rethinking Law* 2019, 4, 13, die ebenfalls davon ausgeht, dass die Kommunikation mit digitalen Systemen keine personale Kommunikation ersetzt.

Anforderungen des BVerfG⁷⁶ an eine Konfliktberatung nicht gerecht. Auch mit dem SchKG sind sie nicht vereinbar: Indem § 5 Abs. 2 zwischen der Konfliktberatung (Nr. 1) und der Bereitstellung von Informationen (Nr. 2) unterscheidet, bringt es zum Ausdruck, dass die Konfliktberatung mehr als eine einseitige Information der Schwangeren sein muss (siehe dazu oben I. 1.).

c) Beratung mittels E-Mails, Chat, SMS und Messenger-Diensten

Der Austausch von E-Mails, SMS, Chat-Nachrichten oder Audioaufzeichnungen mittels der Chat-Funktion sozialer Netzwerke oder Messenger-Diensten ist zwar inzwischen weit verbreitet. Ein solcher Austausch einzelner Sätze bzw. Sprachnachrichten ist aber kein „Gespräch“ im Sinne des BVerfG bzw. des SchKG, das die oben beschriebenen Qualitätsanforderungen an eine Beratung erfüllt: Eine den Methoden der Konfliktberatung⁷⁷ entsprechende, verständnisvolle, sachkundige Beratung⁷⁸ durch einen „Vorgang personaler Kommunikation“⁷⁹ lässt sich durch einen asynchronen⁸⁰ Austausch von E-Mails, Kurznachrichten in Textform oder aufgezeichneten Sprachnachrichten nicht gewährleisten. Bei der Nutzung von Chats und Kurznachrichten *kann* (nicht muss!) die Kommunikation zwar „quasi-synchron“ verlaufen.⁸¹ Wie bei allen hier genannten digitalen Austauschformen lässt sich aber nur ein „Bruchteil der Informationsmenge einer Face-to-Face-Kommunikation transportieren“⁸². Dazu kommt, dass bei dieser Form der Distanzberatung kaum sichergestellt werden kann, dass die Person, mit der die Berater/in per E-Mail, SMS oder Messenger-Diensten kommuniziert, tatsächlich die schwangere Frau ist, für welche die Beratung gesetzlich vorgesehen ist.

Schließlich stellen sich bei nicht wenigen dieser Beratungsformate schwerwiegende rechtliche Datenschutzprobleme. So ist die Beratung per nicht-verschlüsselten E-Mails von vornherein unzulässig, da diese auf dem „Transportwege“ oder bei den Service Providern ohne weiteres mitgelesen werden können. Sie können daher die von Art. 32 Datenschutz-Grundverordnung

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 88, 203, 282.

⁷⁷ BVerfGE 88, 203, 283.

⁷⁸ BVerfGE 88, 203, 266.

⁷⁹ BVerfGE 88, 203, 282.

⁸⁰ Siehe dazu *Knatz*, Handbuch Internetseelsorge, S. 127 f.

⁸¹ So *Hintenberger*, in: Kühne (Hrsg.), Handbuch Online-Beratung, S. 69.

⁸² *Hintenberger*, in: Kühne (Hrsg.), Handbuch Online-Beratung, S. 69.

(DSGVO) geforderte Sicherheit in Bezug auf besonders schutzwürdige personenbezogene Daten (vgl. Art. 9 Abs. 1 DSGVO) nicht gewährleisten (näher dazu unten 4.). Mit einer Beratung durch Austausch unverschlüsselter E-Mails verletzen Beratungsstellen mithin ihre Pflicht aus Art. 32 Abs. 1 DSGVO. Nicht geringer sind die datenschutzrechtlichen Probleme bei einem Einsatz von Messenger-Diensten, deren Diensteanbieter nicht innerhalb der Europäischen Union ansässig sind und nicht den Schutzstandard der DSGVO gewährleisten (vgl. dazu unten 2.).

2. Grenzfall: Telefonische Beratung

Die Durchführung der Konfliktberatung im Wege des Telefonats wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur durchweg abgelehnt. Indes wird dabei üblicherweise das – nicht stichhaltige und oben zurückgewiesene – Argument des fehlenden räumlichen Kontaktes bemüht.⁸³ Im Gegensatz zu den bislang erörterten Formen (digitaler) Distanzberatung schließt das Führen eines längeren Telefonats nicht von vornherein aus, dass die mit der Konfliktberatung verfolgten Ziele methodengerecht erreicht werden. Zwar fehlt bei einem Telefonat die optische Wahrnehmbarkeit der Mimik, die dem Berater oder der Beraterin Rückschlüsse auf die Situation der Frau, die Intensität des Konflikts und andere mit der Beratung im Zusammenhang stehende Aspekte erlaubt. Jedoch muss die visuelle Wahrnehmbarkeit kein zwingendes Hindernis für eine methodengerechte Konfliktberatung sein (wie auch die Existenz diverser Angebote der Telefonseelsorge zeigen). Ferner mag das Fehlen der visuellen Wahrnehmung in manchen Fällen den Aufbau einer vertrauensvollen Gesprächssituation erschweren; jedoch ist es umgekehrt auch denkbar, dass Schwangere hinter dem visuellen „Schutzschirm“ eines Telefonats eher bereit sind, über Höchstpersönliches zu sprechen als in anderen Formaten.

So gesehen erweist sich die Telefonberatung als ambivalentes Mittel: Sie *kann* als funktionales Äquivalent der Präsenzberatung eine methodengerechte Konfliktberatung ermöglichen, birgt aber die oben gezeigten besonderen beratungsfachlichen Herausforderungen. Hinzu kommt, dass die Telefonberatung nicht unerhebliche Probleme bei der Identitätsfeststellung bereiten kann. Wenn aber sichergestellt ist, dass die Person, mit der das Beratungsgespräch geführt wird, die zu beratende Schwangere ist, kann die telefonische Beratung zumindest ein Mittel

⁸³ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 219 Rn. 15, Lackner/Kühl, StGB, § 219 Rn. 9; NK-StGB/Merkel, § 219 Rn. 10; SK-StGB/Rogall, § 219 Rn. 16.

der „letzten Wahl“ (*last resort option*) sein, wenn andere Formate, die besser geeignet sind, nicht zur Verfügung stehen.

3. Zulässige digitale Beratungsformate

Deutlich besser geeignet und auch verfassungs- wie schwangerschaftsberatungsrechtlich zulässig sind alle digitalen Formate, die eine (analoge) Präsenzberatung mit technischen Mitteln gleichsam „spiegeln“. Gemeint sind damit sämtliche Möglichkeiten einer audiovisuellen Life-Interaktion mittels Video-Telefonie oder digitaler Videokonferenztechnik, die auf handelsüblichen Smartphones, Tablet-Computern oder Personal-Computern genutzt werden können.

Die Personenidentität zwischen der beratenen und schwangeren Frau lässt sich dadurch prüfen, dass die Frau ihren Lichtbildausweis (Personalausweis, Schwerbehindertenausweis, Reisepass, Führerschein oder ein bereits abgelaufener Ausweis) in die Bildschirmkamera hält oder vorab eine Kopie des Lichtbildausweises per Brief oder in einem passwortgeschützten E-Mail-Anhang zusendet. In beiden Fällen ist für die Identitätsfeststellung jedoch eine (datenschutzrechtliche) Einwilligung der Schwangeren notwendig, die aber auch durch schlüssiges Verhalten (Eingehen auf den Wunsch, den Lichtbildausweis in die Kamera zu halten) erteilt werden kann. Soll eine Fotografie oder eine Kopie des Personalausweises versandt werden, hat die Schwangere überdies § 20 Abs. 2, 3 PAuswG zu beachten: Danach darf der Ausweis nur in der Weise abgelichtet werden, dass die Ablichtung eindeutig und dauerhaft als Kopie erkennbar ist. Dies lässt sich etwa durch eine Schwarz-Weiß-Kopie bzw. -aufnahme oder durch die Aufschrift „Kopie“ sicherstellen. Zudem sollten nicht benötigte Angaben auf der Kopie, namentlich die Seriennummer, geschwärzt oder gar nicht erst mit abgelichtet werden. Ähnliches gilt gem. § 18 Abs. 3 PaßG bei der Ablichtung von Reisepässen.

Schon dies zeigt, dass dieser Variante der digitalen Beratung weder das Verfassungs- oder Strafrecht noch das Schwangerschaftskonfliktgesetz Grenzen setzt, sondern vor allem das Datenschutzrecht.

4. Strafrechtlicher Geheimnisschutz und Datenschutzrecht

a) Sicherungspflichten für Privatgeheimnisse nach § 203 StGB

Bei der digitalen Durchführung der Schwangerschaftskonfliktberatung haben Mitglieder und Beauftragte einer anerkannten Beratungsstelle i.S.d. §§ 3, 8 SchKG zunächst die Pflicht zum Schutz der ihnen anvertrauten Geheimnisse des persönlichen Lebensbereiches zu beachten. § 203 Abs. 1 Nr. 5 StGB sieht Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor, wenn sie ein ihnen anvertrautes fremdes Geheimnis des persönlichen Lebensbereiches unbefugt offenbaren.

Geheimnisse sind Tatsachen, die nur einem Einzelnen oder einem beschränkten Kreis von Personen bekannt oder zugänglich sind und an deren Geheimhaltung der Betroffene ein – aus seiner Sicht zu beurteilendes – berechtigtes Interesse hat und die nach seinem Willen auch tatsächlich geheim gehalten werden sollen.⁸⁴ Das Bestehen einer Schwangerschaft, die im Beratungsgespräch thematisierten Konflikte sowie eine ggfs. bestehende Bereitschaft, die Schwangerschaft abubrechen, stellen Geheimnisse des persönlichen Lebensbereiches dar, die nicht unerlaubt offenbart werden dürfen. Da die Verwendung digitaler Kommunikationswege weder die Normadressateneigenschaft noch die grundsätzlich bestehende Geheimhaltungspflicht aufhebt, haben die Beraterinnen und Berater ihr Verhalten an die mit der Nutzung digitaler Formate einhergehenden besonderen Risiken anzupassen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass das Recht an das „Offenbaren“ im Sinne des § 203 Abs. 1 StGB keine strengen Anforderungen stellt. Die Tathandlung liegt bereits vor, wenn einem Empfänger einer Erklärung (auf irgendeine Weise) Wissen mitgeteilt wird, über das dieser noch keine (sichere) Kenntnis hatte.⁸⁵ Infolgedessen muss der Berater bzw. die Beraterin sicherstellen, dass auf ihrer Seite der Kommunikation keine unbefugten Personen das Beratungsgespräch mithören bzw. mit ansehen. Unbefugte Personen sind grundsätzlich alle, die keine „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ oder „zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen“ i.S.d. § 203 Abs. 3 sind.

⁸⁴ MüKo-StGB/Cierniak/Niehaus, § 203 Rn. 12.

⁸⁵ MüKo-StGB/Cierniak/Niehaus, § 203 Rn. 51.

Ein Geheimnis wird daher auch auf strafbare Weise offenbart, wenn es an Dritte – unter Einschluss von Familienangehörige der beratenden Person bzw. ihr nahestehende Personen – weitergegeben wird⁸⁶ oder sich diese selbst Kenntnis verschaffen können, weil ihnen der bzw. die Verschwiegenheitsverpflichtete dazu zurechenbar-pflichtwidrig die Gelegenheit verschafft.⁸⁷ Daraus folgt zweierlei: Zum einen ist dafür Sorge zu tragen, dass bei einer digitalen Beratung (z.B. aus dem sog. Home-Office heraus) keine Unbefugten (etwa Familienangehörige des Beraters bzw. der Beraterin) das Beratungsgespräch mitverfolgen können, weil sie sich z.B. in demselben Raum befinden. Zum zweiten darf die verschwiegenheitsverpflichtete Person Unbefugten nicht dadurch Zugang zu dem digitalen Kommunikationskanal verschaffen, dass sie diesen den Zugangslink bzw. -code zur Videokonferenz überlässt oder ihnen die Gelegenheit eröffnet, sich diese Zugangsdaten selbst zu verschaffen.⁸⁸ Strafbar ist diese Offenbarung durch digitale Zugangsverschaffung indes nur, wenn die verschwiegenheitsverpflichtete Person vorsätzlich handelt. Dies liegt vor, wenn sie die Offenbarungshandlung beabsichtigt oder von ihr sicheres Wissen hat (direkter Vorsatz). Vorsätzlich handelt aber auch, wer die konkrete Möglichkeit sieht, dass Unbefugte von dem Geheimnis Kenntnis erlangen, und die Verwirklichung dieses konkret erkannten Risikos hinnimmt (sog. bedingter Vorsatz bzw. Eventualvorsatz). Ein fahrlässiges Handeln begründet hingegen keine Straftat nach § 203 StGB. Ein solches Verhalten kann aber datenschutzrechtliche Konsequenzen haben, wenn die datenschutzrechtlichen Sorgfaltsanforderungen missachtet werden.

Strafbarkeitsrisiken können auch durch die Verwendung von Videokonferenztechnik bzw. Videotelefonie-Applikationen bestimmter Anbieter entstehen. Werden Plattformen oder Applikationen genutzt, die die Daten der audiovisuellen Beratung so speichern, dass sie rekonstruiert und einer identifizierbaren Person zugeordnet werden können, dann kann bereits die Ermöglichung der Speicherung ein tatbestandsmäßiges Offenbaren darstellen.⁸⁹ Weiß der Nutzer bzw. die Nutzerin der Plattform bzw. Applikation von dieser Speicherung, dann handelt er bzw. sie auch vorsätzlich. Eine diesbezügliche Straffreistellung kommt dann gem. § 203 Abs. 2 S. 3 StGB nur in Betracht, wenn die Mitarbeiter der Plattform- oder Applikationsbetreiber als

⁸⁶ MüKo-StGB/Cierniak/Niehaus, § 203 Rn. 51.

⁸⁷ *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, § 203 Rn. 24.

⁸⁸ *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, § 203 Rn. 26.

⁸⁹ Vgl. LK-Schünemann, § 203 Rn. 41; MüKo-StGB/Cierniak/Niehaus, § 203 Rn. 55.

„sonstige Personen“ zu betrachten sind, die an der Beratungstätigkeit mitwirken, und die Offenbarung „für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich ist“. Es lässt sich aber bezweifeln, dass die Speicherung der audiovisuellen Daten durch die Plattform- bzw. Applikationsbetreiber „erforderlich“ ist, um die digitale Beratung per Videokonferenz/-telefonie durchzuführen, schließlich gibt es auch technische Angebote, die die Daten streamen, ohne sie über den Kommunikationsvorgang hinaus zu speichern.

Sollen derartige Strafbarkeitsrisiken vermieden werden, sollten die Beraterinnen und Berater nur Angebote von Plattformen bzw. Applikationen nutzen, die die Daten nicht speichern. Ist dies nicht möglich und die Inanspruchnahme solcher Angebote notwendig, ist es unerlässlich, dafür Sorge zu tragen, dass eine sonstige mitwirkende Person zur Geheimhaltung verpflichtet wurde (§ 203 Abs. 4 Nr. 1 StGB). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass in außereuropäischen Staaten deutsche Verschwiegenheitsverpflichtungen keine (rechtliche und faktische) Wirkung entfalten können, wenn etwa Behörden dieser Staaten Zugriff auf die gespeicherten Daten nehmen wollen. Schon aus diesem Grund empfiehlt es sich, Angebote deutscher oder europäischer Anbieter zu nutzen. Hinzukommt, dass für diese die datenschutzrechtlichen Anforderungen der DSGVO gelten, deren datenschutzrechtlichen Standards auch die Beratungsstellen zu beachten haben.

b) Datenschutzrecht

In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist der Umgang mit den – in und durch die Beratung – erlangten Daten von jener Datenverarbeitung zu unterscheiden, die Folge der digitalen Übertragung ist. Was die Verarbeitung der in und durch die Beratung erlangten Daten betrifft, so ergeben sich aus der Digitalisierung des Beratungsvorganges keine Abweichungen von den für Präsenzberatungen geltenden Vorgaben. Zu diesen bei jeder Konfliktberatung entstehenden datenschutzrechtlichen Pflichten treten beim Einsatz von Videotelefonie oder Videokonferenztechnik in der Konfliktberatung aber zwei weitere Pflichten hinzu: Zum einen bedarf es einer Einwilligung der Schwangeren in die mit der Übertragung von Bild- und Audiodaten verbundene Datenverarbeitung (aa), zum anderen hat die Beratungsstelle bzw. ihre Trägerin sicherzustellen, dass der Transportprovider, der die Daten überträgt, die der Sensibilität der

Daten entsprechenden Rechtsstandards einhält und entsprechende Sicherheitsvorkehrungen trifft (bb).

aa) Einwilligung

Nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben hervorgehen, untersagt. Gesundheitsdaten sind gem. Art. 4 Nr. 15 DSGVO personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person beziehen.⁹⁰ Auch Angaben, die mit einer Schwangerschaft in Verbindung stehen, fallen unter den Begriff der Gesundheitsdaten.⁹¹ Auch wenn die Verarbeitung solcher Daten, etwa durch die digitale Übertragung von Bild-Ton-Aufnahmen danach grundsätzlich untersagt ist, sieht Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO eine Ausnahme für den Fall vor, dass die „betroffene Person (...) in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich eingewilligt“ hat. „Ausdrücklich“ ist in diesem Kontext nicht im Sinne von schriftlich zu verstehen, daher ist auch eine mündliche Einwilligung vor Beginn der Videokonferenz/-telefonie möglich.⁹² Dabei muss das Vorliegen einer Einwilligung dokumentiert werden (vgl. Art. 7 Abs. 1 DSGVO). Die Voraussetzungen für eine wirksame und freiwillige Einwilligung ergeben sich aus Art. 7 Abs. 2, 4 DSGVO.

bb) Technische und organisatorische Maßnahmen

Die rechtlichen Anforderungen an die Sicherheit der Verarbeitung und den Schutz von personenbezogenen Daten beschreibt Art. 32 DSGVO. Zusammenfassend formuliert, müssen jene technischen und organisatorischen Maßnahmen (sog. TOM) getroffen werden, die ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau gewährleisten. Angesichts der Sensibilität von Gesundheitsdaten ist ein entsprechend hohes Schutzniveau zu verlangen. Diese Pflicht trifft nicht nur

⁹⁰ Näher dazu *Gola*, in: ders. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO Art. 4 Rn. 97.

⁹¹ BAG, NZA 2019, 1055, 1058 (Rn. 37); *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Nomos Kommentar Datenschutzrecht, DSGVO Art. 4 Nr. 15 Rn. 3.

⁹² *Schulz*, in: ders. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO Art. 9 Rn. 17.

die Anbieter von Videokonferenztechnik, sondern auch die Beratungsstellen, die diese Technik nutzen.⁹³ Sie haben sicherzustellen, dass die digitale Technik, die sie zur Durchführung ihrer gesetzlichen Beratungsaufgaben einsetzen, den Schutzstandards des Art. 32 DSGVO genügt.

Inzwischen verfügt eine Reihe von (inländischen) Videodienste-Anbietern über eine Zertifizierung für die Telemedizin; sie können also die Einhaltung der erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen gerade mit Blick auf Gesundheitsdaten garantieren.⁹⁴ Die Verwendung solcher Angebote ist daher datenschutzrechtlich unproblematisch möglich.

Besondere Probleme können jedoch entstehen, wenn für die Videotelefonie und Videokonferenz Systeme genutzt werden, die Daten in Staaten außerhalb der EU und des Geltungsbereichs der DSGVO transportieren. Zulässig ist dies nur, wenn diese ein der DSGVO „angemessenes Schutzniveau“ gewährleisten. Im Juli 2020 hat der EuGH den sog. EU-US-Privacy Shield (eine informelle Absprache zwischen den USA und der EU) bzw. den Angemessenheitsbeschluss der Europäischen Kommission für unwirksam erklärt und damit zum Ausdruck gebracht, dass in den USA kein angemessenes Schutzniveau existiert.⁹⁵ In der Praxis ist nicht selten zu vernehmen, es sei grundsätzlich möglich, die Nutzer (hier: die schwangere Frau) um ihre Einwilligung in die Nutzung eines Systems zu bitten, das kein der DSGVO entsprechendes Schutzniveau garantiert (Opt-in-Einwilligung). Dem begegnen jedoch zwei Bedenken: Zum einen führt dieser Weg dazu, dass die Datenschutzstandards, die auch und gerade im Interesse der Nutzer (hier: der Schwangeren) gewährleistet werden, de facto außer Kraft gesetzt werden – und dies bei einer Übertragung besonders sensibler Daten. Zum anderen kann – jedenfalls in einzelnen Situationen – an der Freiwilligkeit der Einwilligung i.S.d. Art. 7 DSGVO gezweifelt werden. Steht keine (realistische) Alternative zur Beratung unter Nutzung eines solchen datenschutzrechtlich ungeeigneten Tools zur Verfügung und droht gleichzeitig die Dreitages-Frist für die gesetzlich zwingend vorgeschriebene Konfliktberatung vor dem Abbruch abzulaufen, lässt sich kaum von einer freiwilligen Einwilligung sprechen.

⁹³ Vgl. *Dochow*, MedR 2019, 636, 641 f.

⁹⁴ Für eine Übersicht vgl. die Auswertung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, abrufbar unter: https://www.kbv.de/media/sp/Liste_zertifizierte-Videodienstanbieter.pdf.

⁹⁵ EuGH, Urteil v. 16.7.2020, Rechtssache C-311/18, Data Protection Commissioner/Maximilian Schrems und Facebook Ireland, ECLI:EU:C:2020:559.

Aus diesen Gründen ist bei der Verwendung von Videokonferenz/-telefonie-Systemen, die Daten in die USA oder andere Nicht-EU-Länder exportieren, darauf zu achten, dass diese mit der Beratungsstelle bzw. deren Trägerin sog. Standardschutzklauseln i.S.d. Art. 46 Abs. 2 lit. c DSGVO verwenden, die im sog. Kohärenzverfahren abgestimmt und anschließend von der Europäischen Kommission förmlich genehmigt worden sind.⁹⁶

F. Übermittlung der Beratungsbescheinigung nach § 7 SchKG

Die Beratungsstelle hat nach Abschluss der Beratung der Schwangeren eine mit Namen und Datum versehene Bescheinigung darüber auszustellen, dass eine Beratung nach den §§ 5 und 6 SchKG stattgefunden hat (§ 7 SchKG). Ein „Ausstellen“ verlangt nicht notwendigerweise eine physische Übergabe vor Ort, vielmehr kann die Ausstellung auch auf postalischem oder digitalem Wege geschehen.⁹⁷

Wird der Beratungsnachweis per Post versandt, ist durch die Wahl der Versandart sicherzustellen, dass der Brief nur der Beratenen ausgehändigt wird. § 202 StGB verbietet Unbefugten zwar, Briefe zu öffnen, die nicht an sie adressiert sind; jedoch lassen sich auch aus dem Absender bereits Rückschlüsse auf den (geschützten) Inhalt ziehen, so dass der Brief zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der Schwangeren nur an diese ausgehändigt werden sollte.

Bei der digitalen Übermittlung stellen sich vergleichbare Probleme zwar nicht. Stattdessen sind aber datenschutzrechtliche Anforderungen zu beachten. Nach Art. 32 Abs. 1 DSGVO muss der Verantwortliche technische und organisatorische Maßnahmen treffen, um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau bei der Übermittlung zu gewährleisten. Bei Beratungsbescheinigungen, aus denen hervorgeht, dass die Frau schwanger ist und sich mit Blick auf einen Schwangerschaftsabbruch beraten lassen, bestehen Risiken für besonders sensible Daten, weshalb dementsprechend ein erhöhtes Schutzniveau einzuhalten ist. Ein digitaler Versand

⁹⁶ Vgl. Beschluss der Kommission vom 5. Februar 2010 über Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten an Auftragsverarbeiter in Drittländern nach der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2010) 593), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32010D0087>.

⁹⁷ Dafür spricht zum einen der Wortlaut, der nicht von „Aushändigen“ oder „Übergeben“ spricht, zum anderen der Umstand, dass ein digitales Ausstellen in rechtlichen Kontexten geläufig ist, wie etwa das digitale Ausstellen einer Rechnung i.S.d. §§ 14, 14a UStG.

per E-Mail bzw. Anhang an eine E-Mail muss daher transportverschlüsselt erfolgen. Überdies sollte das Passwort, mit dem die E-Mail oder der Anhang geschützt ist, ausreichend komplex sein (mehrstelliges Passwort). Die Übermittlung des Passworts muss auf einem sicheren Kommunikationsweg erfolgen. Kein sicherer Weg ist der Versand per E-Mail, da diese selbst abgefangen und von Unbefugten gelesen werden könnte. Vorzugswürdig ist die persönliche oder telefonische Übermittlung oder eine solche per SMS. Zu beachten ist auch, dass dasselbe Passwort nicht an verschiedene Frauen vergeben wird.

Wird nicht der Beratungsnachweis selbst digital versandt, sondern ein Link, mittels dessen der Schein heruntergeladen werden kann, ist ebenfalls für eine Passwortsicherung des Links zu sorgen. Auch hier darf das Passwort nicht mit (derselben) E-Mail übermittelt werden.

G. Allgemeine Schwangerschaftsberatung nach § 2 SchKG

I. Rechtliche Vorgaben für die Beratung aus dem Verfassungsrecht und SchKG

Nach § 2 Abs. 1 SchKG hat jede Frau und jeder Mann das Recht, sich zu Fragen der Sexualaufklärung, Verhütung und Familienplanung sowie in allen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen auf Wunsch anonym *informieren* und *beraten* zu lassen. Ähnlich wie § 5 Abs. 2 SchKG führt § 2 Abs. 2 SchKG mithin unter dem Rubrum „Beratung“ zwei zu unterscheidende Aspekte zusammen: eine Einzelfallberatung (ggfs. aus Anlass eines Konflikts in Folge einer Indikation i.S.d. § 218a Abs. 2 StGB) sowie die Information.

Dass die Beratung auf Wunsch anonym erfolgen kann, ist die einzige Detailregelung für eine (mögliche) Ausgestaltung der Beratung. Nähere Vorgaben zur Durchführung oder Form der Information bzw. Beratung – Präsenz oder Distanz, analog oder digital – enthält das Gesetz nicht. Dem Umstand, dass nach § 3 SchKG die Länder ein ausreichendes Angebot wohnortnaher Beratungsstellen für die Beratung sicherstellen sollen, lässt sich nicht entnehmen, dass die Präsenzberatung die ausschließliche Form der Beratung sein soll. Die Vorschrift beinhaltet einen Auftrag des Bundes an die Länder, betrifft aber nicht das Verhältnis zwischen Beratungsklienten und Beratenden bzw. die Ausgestaltung der Beratung. Der Gesetzgeber wollte mit § 3

SchKG lediglich sicherstellen, dass „unnötige Belastungen durch lange Wege“ vermieden werden.⁹⁸ Eine verbindliche Stellungnahme zu den (im Jahr 1992 noch unzureichend vorhandenen) Möglichkeiten der (digitalen) Distanzberatung lässt sich daraus nicht ableiten. Die Gesetzesmotive verhalten sich zu der Frage der Form nicht, sondern richten ihre Aufmerksamkeit auf den Inhalt: Ziel sei es, „qualitativ hochwertige Beratung und praktische Hilfe“⁹⁹ zur Verfügung zu stellen.

Im Unterschied zur Schwangerschaftskonfliktberatung nach § 219 StGB, §§ 5 ff. SchKG finden sich in der Literatur keine Stimmen, die sich dezidiert für die eine oder gegen eine andere Form der Beratung aussprechen. Auch der Entscheidung des BVerfG aus dem Mai 1993 lassen sich keine Aussagen entnehmen, die über die bereits erwähnten, die Konfliktberatung betreffenden Stellungnahmen hinausgehen (dazu E. I.). Zu berücksichtigen ist dabei, dass nicht alle Beratungsgegenstände des § 2 Abs. 2 SchKG konkrete Konfliktsituationen (bspw. in Folge einer Indikation i.S.d. § 218a Abs. 2 StGB) betreffen. Die Beratung kann sich auch in der Bereitstellung von Informationen zur Sexualaufklärung und Fragen der Verhütung bzw. Familienplanung erschöpfen. Demzufolge werden bei einer Beratung nach § 2 Abs. 2 SchKG nicht nur individuelle Fragen verhandelt, die nur mit Blick auf einen konkreten Fall beantwortet werden können. Die Beratung kann vielmehr auch allgemeine, regelmäßig wiederkehrende Fragen betreffen, die standardisiert – d.h. als Information – beantwortet werden können. Das erweitert den rechtlichen Rahmen für die digitale Beratungsoptionen deutlich.

II. Einsatzmöglichkeiten digitaler Formate

1. Information durch digitale Systeme bzw. digitale Bereitstellung von Informationen

Digitale Fragen-Antworten-Masken oder ein digitales Dialogsystem, mit dem die Schwangere sprach- oder textgesteuert kommuniziert (Chatbot) können Informationen auf standardisierte Fragen bereitstellen. Auch die Anbahnung eines Beratungskontaktes über diesen Weg ist vorstellbar. Eine Beratung individueller Fälle und konkreter Einzelfallprobleme ist indes nicht

⁹⁸ BT-Drs. 12/2605 (neu), S. 20.

⁹⁹ So (unter Betonung von Schwangerschaftskonflikten) BT-Drs. 12/2605 (neu), S. 6.

möglich. Gleiches gilt für Informationsangebote in Form der elektronischen Übersendung oder digitaler Verfügbarmachung von Informationen.

2. Beratung mittels E-Mails und Chat

Die schriftbasierte Onlineberatung mittels E-Mails und Chat hat in Deutschland bereits eine bis in die neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts zurückreichende Tradition.¹⁰⁰ Diese Form der Beratung ist nicht mehr nur auf jüngere Zielgruppen zugeschnitten,¹⁰¹ vielmehr lassen sich die Vorteile für verschiedene Personengruppen nutzbar machen. Gerade im Bereich der allgemeinen Schwangerschaftsberatung kann die Onlineberatung eine positive Wirkung entfalten, zumal bei dieser Form der Beratung eine gewisse Synchronität des Austausches besteht.

Zudem schafft das (vergleichsweise anonyme) Format die Möglichkeit, Fragen zu scham- und tabubesetzten Themen rund um Sexualität und sexuelle Identität im Schutz der absoluten Anonymität des Internets zu thematisieren. Der schriftliche Austausch per E-Mail oder im Chat kann einerseits quasi-synchron erfolgen,¹⁰² führt aber andererseits zu einer durchaus nützlichen „Verlangsamung“ des Austauschs und eröffnet gemeinsam mit der Methode des Schreibens dem bzw. der Ratsuchenden zusätzliche, u.U. auch größere Reflexionsräume: Bewirkt werden kann „ein bewusstes Überlegen, was mitgeteilt werden möchte. Die Wahl der richtigen Worte wird wichtiger, da Informationen reduzierter übermittelt werden.“¹⁰³ Nicht zuletzt weist diese Form der Onlineberatung den Vorteil auf, aus dem eigenen Zuhause zu jedweder Uhrzeit an jedweden Wochentag Beratende schnell und flexibel zu erreichen.¹⁰⁴ Auch Informationen können die Beraterinnen und Berater sehr rasch und passgenau per datengeschützter E-Mail oder Chat zur Verfügung stellen und in der schriftlichen Kommunikation entspinnt sich so ein Beratungsprozess, der mit anderer Geschwindigkeit vergleichbare Wirkung entfalten kann, wie eine Präsenz- oder Videoberatung. Eine den Methoden der Konfliktberatung entsprechende Beratung individueller Fälle von Konflikten, etwa nach einer Indikationstellung i.S.d. § 218a Abs. 2, 3 StGB, ist hingegen nur schwer vorstellbar; bei der Beratung in

¹⁰⁰ Vgl. Engelhardt, Lehrbuch Onlineberatung, S. 18 ff.

¹⁰¹ So Engelhardt, Lehrbuch Onlineberatung, S. 19.

¹⁰² So Hintenberger, in: Kühne (Hrsg.), Handbuch Online-Beratung, S. 69.

¹⁰³ Knatz, Handbuch Internetseelsorge, S. 25 f.

¹⁰⁴ Vgl. Engelhardt, Lehrbuch Onlineberatung, S. 29

akuten Krisensituationen stößt diese Form der digitalen Beratung an ihre Grenzen.¹⁰⁵ Ferner sind die oben aufgezeigten Datenschutzprobleme zu beachten (vgl. dazu unten E. II. 1. c).

3. Beratung mittels SMS und Messenger-Diensten

Informationen lassen sich auch mittels SMS oder Messenger-Diensten bereitstellen; auch eine rudimentäre Form einer Einzelfallberatung etwa in Bezug auf gesetzliche Unterstützungsansprüche ist in dieser Form denkbar. Eine den Methoden der Konfliktberatung entsprechende Beratung individueller Fälle von Konflikten, etwa nach einer Indikationenstellung i.S.d. § 218a Abs. 2, 3 StGB, ist hingegen absolut nicht vorstellbar. Ebenfalls sind die oben aufgezeigten Datenschutzprobleme zu beachten (vgl. dazu E. II. 1. c).

4. Telefonische Beratung

Auch die Beratung per Telefon hat in Deutschland eine lange Tradition, wie man am flächendeckenden Angebot der Telefonseelsorge, aber auch an zentralen Einrichtungen, wie dem Hilfetelefon für Frauen in Gewaltsituationen, sehen kann. Die Bereitstellung von Informationen per Telefon ist vorstellbar, auch die Durchführung einer individuellen Beratung. Letztere erfordert indes, gerade in Konfliktfällen eine gewisse Erfahrung, da die methodengerechte Umsetzung bei Telefonaten besondere Herausforderungen in sich bergen kann.

Während die telefonische Beratung bei Konfliktsituationen im Sinne der §§ 5, 6 und 2a SchKG nicht das Mittel der Wahl sein kann (siehe oben E. II. 2), ist sie bei allen anderen Beratungsthemen rund um Schwangerschaft, Sexualität und Familienplanung, wie die allgemeine Schwangerschaftsberatung sie kennt, eine probate Beratungsform, wenn eine persönliche Präsenz in der Beratungsstelle aus persönlichen oder strukturellen Gründen nicht möglich ist und die Ratsuchende z.B. das Gespräch via Video scheut. Das Telefon stellt auch aus technischen Erwägungen eine niedrigschwellige Kontaktmöglichkeit dar und eröffnet gegebenenfalls in der Folge die Möglichkeit zu einem Videokontakt.

¹⁰⁵ So *Engelhardt*, Lehrbuch Onlineberatung, S. 19. Deutlicher *Knatz*, Handbuch Internetseelsorge, S. 127 f.: „Die Mailseelsorge eignet sich aufgrund der Asynchronität nicht als akute Krisenbegleitung.“

5. Videokonferenzen bzw. Videotelefonie

Diese Formate sind – wie gezeigt – zur Durchführung einer individuellen Beratung besser geeignet als alle anderen digitalen Formate, da sie dem Setting einer (analogen) Präsenzberatung weitestgehend entsprechen.

III. Strafrechtlicher Geheimnisschutz und Datenschutzrecht

Für die digitale Durchführung der Schwangerschaftsberatung nach § 2 SchKG gelten keine anderen straf- und datenschutzrechtlichen Vorgaben als diejenigen, die auch die Konfliktberatung betreffen. Die einschlägigen Ausführungen unter E. II. 4. gelten entsprechend.

Literaturverzeichnis

Barczak, Tristan, Der nervöse Staat, 1. Auflage 2020.

Berghäuser, Gloria, Das Ungeborene im Widerspruch, 1. Auflage 2015.

Bonner Kommentar, Grundgesetz, hrsg. v. Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), 205. Aktualisierung 2020, zit.: BK-Bearbeiter.

Dochow, Carsten, Telemedizin und Datenschutz, Medizinrecht (MedR) 37 (2019), 636-648.

Duttge, Gunnar/Bernau, Henning, „Thesen zum neuen Schwangerschaftskonfliktgesetz“, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 2009, 42-47.

Engelhardt, Emily M., Lehrbuch Onlineberatung, 2018.

Fischer, Thomas, StGB, 67. Auflage 2020.

Gärditz, Klaus, Das strafrechtliche Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) - Anachronismus oder sinnvolle Schutzergänzung?, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 2018, 18-22.

Gola, Peter (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018.

Heining, Hans Michael/Kingreen, Thorsten/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Volkmann, Uwe/Wißmann, Hinnerk, Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise, Juristenzeitung (Juristenzeitung (JZ)) 2020, 861-863.

Hermes, Georg/Walther, Susanne, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 2337-2347.

Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian, Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019.

Hintenberger, Gerhard, Der Chat als neues Beratungsmedium, in: Kühne, Stefan/Hintenberger, Gerhard (Hrsg.), Handbuch Online-Beratung, S. 69-78.

Kaiser, Anna-Bettina, Ausnahmeverfassungsrecht, 1. Auflage 2020.

Kersten, Jens/Rixen, Stephan, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Auflage 2020.

Knatz, Birgit, Handbuch Internetseelsorge. Grundlagen, Formen, Praxis, 1. Auflage 2013.

Kubiciel, Michael, Haftung für unternehmerische Risikoentscheidungen während der Corona-Pandemie, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2020, 1249-1252.

ders., Legitimation des § 219a StGB und Informationsbedürfnisse Schwangerer, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 2018, 110-114.

Ders., Reform des Schwangerschaftsabbruchrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2018, 13-15.

ders., Streichung des § 219a StGB? Erforderlich und angemessen?, *juris Praxisreport Strafrecht (jurisPR-StrafR)* 5/2018, Anm. 1.

ders., Ausnahmezustand und Finanzkrise, *Nomos – Kansai Law Journal* 2013, 21-36.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2018.

Leipziger Kommentar, StGB, hrsg. von Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus,

Bd. 6, 12. Auflage 2010,

Bd. 7/1, 12. Auflage 2019,

zit.: *LK-Bearbeiter*.

Mangold, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Auflage 2018.

Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 90. Aktualisierung 2020, zit.: *Maunz/Dürig-Bearbeiter*

Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3 und Bd. 4, 3. Auflage 2017, zit.: *MüKo-StGB/Bearbeiter*

Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, hrsg. v. Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, Bd. 3, 5. Auflage 2017, zit.: *NK-StGB/Bearbeiter*

Rostalski, Frauke, Sollte Technik den Menschen in der Rechtsfindung ersetzen? *Rethinking Law* 1/2019, 4-13.

Prütting, Dorothea, *Medizinrecht Kommentar*, 5. Auflage 2019.

Sachs, Michael, *Grundgesetz*, 8. Aufl. 2018.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019.

Schweiger, Theresa, *Prozedurales Strafrecht*, 1. Auflage 2018.

Seher, Gerhard, Intelligente Agenten als ‚Personen‘ im Strafrecht?, in: Gless, Sabine/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 45-60.

Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmann, Indra, *Nomos Kommentar zum Datenschutzrecht*, 1. Auflage 2019.

Spickhoff, Andreas, *Medizinrecht*, 3. Auflage 2018.

Starck, Christian, Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens, *Juristenzeitung (JZ)* 1993, 816-822.

Systematischer Kommentar, StGB, hrsg. v. Wolter, Jürgen, 9. Auflage 2017, zit.: SK-StGB/Bearbeiter.

Wopen, Christiane/Rummer, Anne, Beratung im Kontext von Pränataldiagnostik und Schwangerschaftsabbruch, *Medizinrecht (MedR)* 27 (2009), 130-138.