

Der Streit um § 219a StGB – das Verbot des öffentlichen Anbietens oder anstößigen Werbens für Dienste, die zum Schwangerschaftsabbruch geeignet sind

I. Ein vergessener Paragraph wird wieder aktuell

1. Hundert Jahre lang § 218 StGB – Debatten

Im Jahre 1925 scheiterte ein SPD-Antrag, welcher in einem neuen § 219a Reichs-StGB klarstellen wollte, dass ein von einem Arzt durchgeführter Schwangerschaftsabbruch in den ersten drei Monaten straffrei sei.¹ Der Vorstoß geriet zwischen die Fronten. Schon deswegen fiel es dem Leiter der strafrechtlichen Abteilung des RJM leicht strategisch zu reagieren. Er verweigerte eine Teilreform. Die KPD beharrte dennoch auf der „ersatzlosen“ Streichung der §§ 218ff. StGB. *Gustav Radbruch* berichtete nach seinem Ausscheiden aus der aktiven Politik (1927), wie hoffnungslos es war, zwischen den ideologischen Fronten zu vermitteln. Immerhin erreichten die moderaten Kräfte 1926, dass zumindest die Spezialvorschriften aufgehoben wurden, welche das „Anbieten“ von Diensten, die zum Schwangerschaftsabbruch geeignet sind, unter Strafe stellte. Wer in historischen Kontinuitäten denkt, erinnert sich heutzutage – angesichts der rituellen Debatten im Stil des „alles oder nichts“ erneut an die fatale Position der Kommunisten und der USPD in den Jahren 1918 – 1933. Die SPD bemühte sich um pragmatische Lösungen, die Debatten waren heftig und ähnelten denen, die zwischen 1972 und 1995 stattgefunden haben, aber es gelang keine stabile demokratische Mehrheit. Die demokratische Kultur war derart unzureichend, dass es zu keinem Kompromiss kommen konnte. Die Rede vom „Klassenparagraphen“ war für Kommunisten aus Gründen der Propaganda so wichtig, dass sie die SPD und die Liberalen blockierten und dadurch am Ende einen Kompromiss in der strittigen Frage der vorsichtigen Entkriminalisierung der Abtreibung verhinderten. Zwar war die Arbeit der Ärztin *Martha Ruben-Wölf* erfolgreich.² Sie mussten dann – sofort mit der Machtergreifung der Nazis

¹ Ausführlich berichtet von *Putzke* in Vormbaum, *Juristische Zeitgeschichte* Bd. 14, 2003, 273 ff.

² *Martha Ruben-Wölf* war mit Lothar Wolf (KPD) verheiratet und aktiv im Verband der sozialistischen Ärzte tätig. Ihr Buch „Abtreibung oder Verhütung“? erreichte 5 Auflagen (1929 – 1931). Sie emigrierte nach Russland, hatte dort ein schweres Schicksal (Mann in Moskau hingerichtet, sie selbst Suizid 1939). Sie hatte eine Tochter und einen Sohn. Ihr Partner im „Kampf gegen § 218“, *Friedrich Wölf*, ist mit seinen drei Söhnen noch rechtzeitig nach Moskau ausgereist (bereits nach seiner Freilassung aus der U-Haft wegen des Kienle/Wolf-Verfahrens im Jahre 1931) und hat

1933 – zusehen, wie jüdische, kommunistische, aber auch liberale Abtreibungsärzte brutal verfolgt wurden. Sie wurden in Schutzhaft genommen und – wenn sie Glück hatten – mittellos in die Emigration gezwungen.³

2. Die Wiederbelebung der fruchtlosen Debatten

Die Verurteilung einer Ärztin aus Gießen⁴, die auf ihrer Webseite eine Datei zur Verfügung stellt, in der sie über die Rahmenbedingungen einer in ihrer Praxis zugänglichen Abtreibung informiert, löste heftige Reaktionen aus. Im Verfahren ging es um das uferlos weite Tatbestandsmerkmal des „Anbietens“. Dennoch suggeriert die Verurteilung und noch deutlicher die schriftliche Urteilsbegründung, die Ärztin habe für den Schwangerschaftsabbruch „geworben“ und sich dadurch „einen Wettbewerbsvorteil“ verschafft. Letzteres ist eine eher abwegige Unterstellung, wenn man bedenkt, dass ärztliche Dienstleistungen dieser Art nur dann lukrativ sind, wenn ein Honorar vereinbart wird, welches die üblichen Sätze übersteigt. Genau dies aber vereinbarte die Ärztin nicht. Sie macht auch in ihrer Pressearbeit deutlich, dass sie nicht werben, sondern informieren will und beruft sich auf das Recht der betroffenen Frauen auf freie und informierte Arztwahl. Außerdem sei ihre Information erst auf Nachfrage über einen Link für Interessierte zugänglich. Die Auslegung des Verbots durch das AG Gießen ist eine extensive Wortlaut-Auslegung. Sie dehnt ein ohnehin zu weites Tatbestandsmerkmal aus und schränkt dadurch die Grundrechte der Betroffenen ein. Dies geschieht ohne Blick auf dessen fragwürdige Entstehungsgeschichte und ohne Beachtung des 1998 vom BVerfG aktualisierten Schutzkonzeptes⁵, sowie ohne Berücksichtigung der Grundrechte aller Betroffenen. Das Gericht sieht bereits in einer allgemein gehaltenen Information ein öffentliches Angebot für einen Schwangerschaftsabbruch und zitiert aus Motiven des Jahres 1976, also aus einer lange zurückliegenden Zeit, die noch von der Strafbarkeit aller Schwangerschaftsabbrüche ausging, bei denen nicht explizit die Rechtmäßigkeit festgestellt worden war (Notlagenindikation). Es liege immer eine

sich dort angepasst verhalten, sodass ihm und seiner Familie nichts passiert ist. Einer der Söhne ist in der DDR der „Stasi Mischa Wolf“ (biografische Daten aus Wikipedia, letzter Abruf: 6. 6. 2018).

³ Die fatale Situation wird geschildert von *Goldschmidt* in KJ (Hrsg.), *Streitbare Juristen*, 1988, 318ff.

⁴ Das AG Gießen Az 507 Ds-501 Js 15031/15 (schriftliche Urteilsgründe vom 22. 12. 2017) <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ag-giessen-geldstrafe-aerztin-angebot-schwangerschaftsabbruch/> verurteilte am 24. 11. 2017 eine Ärztin wegen eines Links auf ihrer Webseite, der es potentiellen Patientinnen ermöglicht, ein ärztliches Gespräch und eine Beratung wegen eines Schwangerschaftskonfliktes bei ihr zu erhalten. Angesichtes der prozeduralen Ausgestaltung des geltenden Rechts ist es klar, dass die Patientin erst dann die ärztliche Dienstleistung „Schwangerschaftsabbruch“ erhalten kann, wenn sie diese Anforderungen erfüllt hat. Die Information ist also kein Angebot, das angenommen werden kann. Die Entscheidung wurde in den Medien ausführlich kommentiert und stieß überwiegend auf Widerspruch: https://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/recht/?sid=948165; <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/abtreibungsgegner-gegen-frauenaerztin-100.html>

⁵ Bestätigt durch BVerfGE v. 24. 5. 2006 – 1 BvR 1139/03, Rn. 36, NJOZ 2008, 151, allerdings in einem anderen juristischen Kontext, nämlich anlässlich einer für berechtigt eingestuften Unterlassungsklage gegen den aggressiven Abtreibungsgegner Annen, der auch massenhaft Strafanzeigen wegen § 219a StGB stellt.

verbotene Werbung vor, wenn die ärztliche Leistung als *konkret zugänglich* erscheine. Eine solche Sicht passt nur in eine Zeit, in der Schwangerschaftsabbrüche grundsätzlich rechtswidrig und deshalb verboten sind. Dies ist aber seit 1995, der damals neu gefassten Beratungs- und Indikationenlösung, nicht mehr der Fall. Zwar müssen Frauen, die zum Abbruch entschlossen sind, ein aufwändiges Beratungsverfahren (oder bei einer Indikation ein Feststellungsverfahren) absolvieren, aber strafrechtliches Unrecht ist eine Abtreibung nicht mehr. Selbst wenn sich das Gericht nicht weiter mit den verfassungsrechtlichen Implikationen befasst hätte, so wäre doch eine restriktive Interpretation naheliegend gewesen. Danach hat die Ärztin lediglich kundgetan von ihrem Weigerungsrecht keinen Gebrauch zu machen. Trotz dieses Einwandes, der bereits im Ermittlungsverfahren erhoben worden war, klagte die Staatsanwaltschaft an und die Richterin verurteilte „wegen Werbung“. Die Struktur des § 219a StGB blieb im Dunkeln. Der Richterin genügte es, den uferlos weiten Wortlaut der 1. Alternative des Tatbestandes, das öffentliche „Anbieten“, so weit auszulegen, dass jede Form des öffentlichen Redens über konkret zugängliche Schwangerschaftsabbrüche verboten wird. Die *Unbestimmtheit* des Tatbestandsmerkmals wird durch diese Interpretation noch gesteigert und eine an Grundrechten orientierte verfassungskonforme Auslegung unterbleibt. Über das Informationsrecht der Ärzte und die freie Arztwahl der Patientinnen, äußert sich das Amtsgericht wie folgt:

„Da das Recht des Arztes auf freie Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG das in Art. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Recht des ungeborenen Lebens beeinträchtigt, ist insoweit die Einschränkung des Informationsrechts hinzunehmen. [...] Eine eingeschränkte Auslegung dieser Vorschrift ist nicht veranlasst“.

Deutlicher kann man eine strafrechtszentrierte Sichtweise nicht umschreiben. Sie passt zwar in die Zeit vor 1949, ist aber nicht mehr verfassungskonform. Ein Einzelfall ist dieser auf veraltetes Kommentarwissen reduzierte Blick freilich nicht.

II. Erste rechtspolitische Reaktionen auf die Verurteilung in Gießen

Es war vorhersehbar, dass dieser spektakuläre Fall in der politischen Arena zu einer Neuauflage der seit 100 Jahren umstrittenen Abreibungsdebatten führen würde. Dass dieses Ritual allerdings zu keiner neuen Erkenntnis führen kann, ist allerdings mehr als wahrscheinlich. Entsprechend fällt die *Linke* ins alte Schema und preschte im November 2017 sofort vor. Es folgte das Land Berlin, welche eine *Bundesrats-Initiative* mit dem Ziel der „ersatzlosen“ Streichung des gesamten § 129a StGB organisierte. Mittlerweile ist dieser Antrag vertagt. Problematisch ist bei solchen Vorschlägen, dass sie auch das Verbot der „anstößigen Werbung“ kippen und meinen, alle Probleme könnten durch das ärztliche Berufsrecht geregelt werden. Das aber ist ein fataler Irrtum. Selbst bei ärztlicher Werbung muss das Lebensschutzkonzept *bundeseinheitlich* sein, so entschied das BVerfG 1998. Aus diesem Grund ist auch nicht zu erwarten, dass über diese Entwürfe zügig entschieden werden wird. Am 22.2.2018, anlässlich der Ersten Lesung im Bundestag, hat denn auch die SPD

ihren Antrag zurück gezogen. Damit sind Vorhaben mit dem Ziel der ersatzlosen Streichung gescheitert.

Die Kehrseite dieser pragmatischen politischen Entscheidung ist aber, dass damit die verurteilte Ärztin wieder den schwarzen Peter zurück bekommen hat. Wenn es in absehbarer Zeit keine politische Lösung gibt, muss sie vermutlich durch alle Instanzen. Zwar hätten pragmatische Politiker dieses unbefriedigende Ergebnis von Anfang an vermeiden können, aber Politiker und Politikerinnen neigen offenbar dazu, in alten und in diesem Fall längst veralteten Positionen zu verharren und einen gerade skandalisierten Fall zu Zwecken der Selbstdarstellung zu instrumentalisieren. Mit reflexartigen Forderung nach einem neuen Gesetz meinen sie ihre Selbstdarstellung verbessern zu können und früher erlittene „Niederlagen“, hier ist es die zweimal gescheiterte Fristenlösung (1975 und 1993), doch noch in einen späten „Sieg“ zu verwandeln. So jedenfalls reagierten die Linke und auch *Eva Högl* von der SPD. Übersehen wird dabei, dass die Beratungslösung 1995 bereits alle praktischen Probleme gelöst hat und sich daher das Thema nicht mehr eignet für eine Politisierung. Im Gegenteil, sie verhindert am Ende eine Einigung. Wer nicht an konsensfähigen Lösungen interessiert ist, sondern nach plakativen Stellungnahmen sucht, dem genügt es eben nicht, einen Kompromiss zu suchen. Das bedeutet, dass die Frage nach einer adäquaten Information auf ärztlichen Webseiten strittig bleibt. Mit dem Vorpreschen der Anhänger eines rot-roten oder rot-rot-grünen Entwurfs ist ein schwer auflösbarer rechtspolitischer Streit vorhersehbar. Gegen die Forderung einer „ersatzlosen Streichung“⁶, eine Formulierung, die an die 100 Jahre alte Forderung: „weg mit § 218“⁷ erinnert, sehen sich nun andere genötigt die nicht minder plakative Gegenposition zu beziehen und das angeblich durch § 219a StGB im Interesse des Lebensschutzes erzwungene Schweigen im öffentlichen Raum erneut zu verteidigen.⁸ Eigentlich müsste auch dieses Ziel zu einer Gesetzesänderung

⁶ So die Berliner Initiative vom 12.12.2017 des Ministers Stefan Ludwig (Linke). Er setzte sich „für die ersatzlose Streichung des § 219a StGB ein“. Mittlerweile ist dieser Antrag vertagt: [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2017/0701-0800/761-17\(neu\).pdf;jsessionid=1EE29BAAFBFE2287A67484D8927AB6F1.1_cid349?__blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2017/0701-0800/761-17(neu).pdf;jsessionid=1EE29BAAFBFE2287A67484D8927AB6F1.1_cid349?__blob=publicationFile&v=2); <https://www.welt.de/politik/deutschland/article171751576/Paragraf-219a-SPD-Gruene-Linke-FDP-wollen-Streichung-CDU-nicht.html>

⁷ Die Rhetorik des „weg mit“ war auch noch typisch für die 1970er Jahre. Die Demonstrantinnen vor dem Amtsgericht am Tag vor der Verurteilung bedienten sich ihrer ebenfalls, vgl. *Frommel* in https://www.novo-argumenten.com/artikel/weg_mit_219a_stgb_muss_das_sein.

⁸ Diametral entgegengesetzt findet sich auch die Position des „Weiter-so“ vertreten von der Vorsitzenden der Gruppe der Frauen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, *Karin Maag*. Sie stellt sich gegen die rot-rot-grünen Pläne und betont, jeder nicht indizierte Schwangerschaftsabbruch sei in Deutschland nun einmal rechtswidrig. Nach § 218a StGB bleibe er aber in eng begrenzten Ausnahmen straffrei, wenn sich die Schwangere in den ersten zwölf Wochen habe beraten lässt. „Diese eng begrenzten Ausnahmen lassen wir bewusst zu. Frauen, die sich in einer Notsituation nicht anders als für den Abbruch einer Schwangerschaft entscheiden können, brauchen den Zugang zu ärztlicher und psychologischer Betreuung und müssen den Abbruch sicher durchführen lassen können“, erklärte die CDU-Parlamentarierin. Zugleich ergänzte sie, dass diese Beratung von einer Person vorgenommen werden müsse, die nicht den Abbruch durchführt. „Die damit einhergehende Unabhängigkeit und auch nötige Bedenkzeit sind wichtige Komponenten, damit die Betroffene eine fundierte Entscheidung in einer schweren Notsituation treffen kann“, mahnte Maag: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article171751576/Paragraf-219a-SPD-Gruene-Linke-FDP-wollen-Streichung-CDU-nicht.html>

führen; denn das zu weit gefasste Tatbestandsmerkmal des „Anbietens“ kann selbst bei dieser Betrachtung keinen sinnvollen Beitrag zum Lebensschutz leisten. „Lebensschutz“ ist ein Rechtsprinzip. Foeten haben keine Grundrechte. Der Staat muss aber für einen angemessenen Schutz sorgen und dazu gehört es, dass ärztliche Dienstleitungen eingebunden bleiben in einen verantwortungsvollen Umgang mit ungewollten Schwangerschaften. Es spricht also alles für die Beibehaltung des Verbots der „anstößigen Werbung“. Niemand will, dass für eine einfache medikamentöse Abtreibung „geworben“⁹ wird oder eine selektive Abtreibung offensiv vorgeschlagen wird, etwa wenn non-invasive Untersuchungen (NIPD), welche die Pharma-Industrie anbietet, genetische Defekte früh erkennen und damit Abbrüche ohne Indikation (eben nach der Beratungslösung) ermöglichen kann. Nur für eine unreflektierte oder eine fundamentalistische Position ist es typisch, *beide Alternativen des § 219a StGB zu einem diffusen Verbot zu verbinden*. Erstaunlich ist es allerdings, dass genau diese Position nun sogar von Seiten der *Union* geäußert wird¹⁰. Was motiviert Politikerinnen zu solchen Forderungen?

Hinter solchen Überlegungen steht der zum Stereotyp gewordene Satz: *„Schwangerschaftsabbrüche sind in Deutschland rechtswidrig, aber straflos“*. Im Folgenden wird gezeigt, dass diese Kurzfassung unangemessen ist. Sie müsste lauten: *Schwangerschaftsabbrüche nach der Beratungslösung sind straflos, aber lösen keine Pflicht der Krankenkassen aus, da die Rechtmäßigkeit nicht festgestellt wird*. So könnte man die lähmend kontroverse und sich über 50 Jahre dahinschleppende Änderungsgesetzgebung der §§ 218ff. StGB seit 1972 umschreiben.

Beide Extrempositionen („ersatzlos“ streichen oder „jede Information in eigener Sache“ ist verbotene Werbung, weil die §§ 218ff. StGB angeblich ein Schweigebot benötigen) sind weder rechtlich noch politisch tragfähig. Zwar ist es offenkundig, dass die Verurteilung wegen „Werbung“ durch das AG Gießen vom 24.11.2017 nicht nur strafrechtsdogmatisch überzogen, sondern schlicht einer verfassungswidrigen Auslegung folgt, denn ärztliche Information ist nun einmal keine anpreisende Werbung; gleichwohl ist eine politische Lösung durch Präzisierung des Gesetzestextes sinnvoll. Dies bedeutet aber nicht, dass es *das Gesetz* ist, das diese unangemessene Einzelfall Entscheidung erzwungen habe. Das Gericht hätte vielmehr ohne größere Anstrengungen entweder das zu weit gefasste Merkmal des öffentlichen „Anbietens“ von Diensten, die für einen Schwangerschaftsabbruch geeignet sind, einschränkend und damit verfassungskonform auslegen können oder aber die Frage dem BVerfG vorlegen. Beides war beantragt worden.

Im Folgenden wird eine behutsame Neuregelung gefordert, da dies besser ist als ein mühsamer Gang durch alle Instanzen. Die rechtspolitische Debatte entwi-

⁹ <https://eur03.safelinks.protection.outlook.com/?url=http%3A%2F%2Fm.spiegel.de%2Fgesundheit%2Fschwangerschaft%2Fabtreibung-welche-methoden-eines-schwangerschaftsabbruchs-es-gibt-a-1185201.html&data=02%7C01%7C%7C506190764b37487d7a3508d56248a6c4%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C636522986522832286&data=J1nOMjWukOzhv1a29506hO1qDqBsQeP0zlsDpVi5Njg%3D&reserved=0>

¹⁰ Die hilflos klingende Formulierung – im Geist der ersten Abtreibungsentscheidung des BVerfG (1975)- der Unions-Frauen werden denn auch radikalisiert in neuen rechten Petitionen wie die Folgende: <https://www.patriotp petition.org/2017/12/08/abtreibungswerbung-gehoert-verboten-§-219a-strafgesetzbuch-verteidigen/>

ckelt sich langsam. Dominierten zunächst die Extrempositionen, sind nun auch *vermittelnde Positionen* hörbar. Die FDP ist zu einer angemessenen Reform bereit¹¹. Und auch die SPD scheint – jenseits der plakativen Forderungen von *Eva Högl* – zu Kompromissen bereit, sonst hätten die rot-rot oder rot-grün-regierte Länder nicht den eigenartigen Weg einer Bundesrats-Initiative gewählt. Nach der hier vertretenen Ansicht reicht es, wenn man nur dieses ohnehin bedenkliche Merkmal des „Anbietens“ streicht. Dieses Merkmal stammt aus dem Jahr 1933, während das später normierte Verbot der „anstößigen Werbung“ (1975 und bis 1995 beibehalten) durchaus legitim ist und aus verfassungsrechtlicher Perspektive ein wesentliches Element des gegenwärtigen Schutzkonzeptes darstellt, das nicht ohne Ersatz gestrichen werden kann. Denn würde es entfallen, müsste die Werbung durch *landesrechtliche Regelungen (Arztrecht)* ersetzt werden, etwa über berufsrechtliche Grenzen des Rechts von Ärzten zu werben. Doch genau dieser landesrechtliche Weg wäre höchst problematisch; denn die föderale Karte hat das BVerfG 1998 (BVerfGE 98, 265 (365)) den Ländern entzogen, da alle mit dem Schutzkonzept verbundenen Regelungen notwendig – so das BVerfG – in die *Bundeskompetenz* (Annex zum Strafrecht) fallen. Anlass für diese Entscheidung war ein bayerisches Landesgesetz, gegen das bayerische Ärzte eine Verfassungsbeschwerde eingelegt hatten. Sie waren gegen den „bayerischen Sonderweg“ erfolgreich¹² und erreichten eine Klarstellung, dass Ärzte im Rahmen ihrer Berufsausübungsfreiheit handelten. Folgt man dieser Aktualisierung des Schutzkonzeptes, dann ist es zwar theoretisch vorstellbar § 219a StGB zu streichen und ein Werbeverbot für diese Dienstleistungen als Ordnungswidrigkeit auszugestalten, weil auch dann der Bund von seiner Bundeskompetenz Gebrauch macht. Aber was wäre damit gewonnen? Die §§ 218ff. StGB wären noch unübersichtlicher als sie es jetzt schon sind, und der Rechtsschutz gegen sofort vollstreckbare Bußgeldbescheide ist erheblich schwächer als die Wahrung von Rechten im rechtsstaatlich ausgestalteten Strafverfahren. Unverkennbar sind also die Entwürfe der Linken,

¹¹ <https://www.liberales.de/content/paragraph-219a-ist-nicht-mehr-zeitgemaess>. Vgl. hier unter E. „Ein Vorschlag de lege lata“, der dem FDP-Vorschlag zum Zeitpunkt der 1. Lesung im Bundestag (22.2.2018) ähnelt.

¹² Das Thema „Werbung“ war beim Streit über das bayerische Sonderrecht 1997/98 kein Thema, da es damals nur um das bayerische Landesrecht ging und § 219a StGB somit auch nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerde der betroffenen Ärzte sein konnte. Auch ging es im Ergebnis nur noch um die *Kompetenz* des Bundes und der Länder. Die Grundrechte der Ärzte waren innerhalb des Senats unbestritten. Das BVerfG stellte fest, dass Bayern unverhältnismäßig in die Grundrechte der Ärzte, die Abtreibungen anbieten, eingreife, wenn es diese restriktiven Regeln als Landesrecht normiere. Damit ging der für Verfassungsbeschwerden zuständige Senat des BVerfG davon aus, dass Ärzte im Rahmen ihres Grundrechtes aus Art. 12 GG handeln. Der Senat vermied es allerdings, die vorangegangenen BVerfGE zu korrigieren, wonach jedenfalls die Patientinnen kein „Recht“ hätten, den Foetus zu töten. Stattdessen aktualisierte er das Schutzkonzept und band die Ärzte ein in das *Schutzkonzept der 1995 normierten Beratungslösung*. Die Frau hat danach zwar nur ein Letztentscheidungsrecht, aber die Ärzte handeln im Rahmen ihrer Grundrechte. Wie immer man die Rechtsposition der ungewollt Schwangeren also beurteilt, so stehe doch fest, dass Ärzte im Rahmen wirksamer Verträge handeln (dies hatte schon BVerfGE 88, 203 (290), auf die sich das BVerfG 1998 bezieht, klargestellt) und im Rahmen des Schutzkonzeptes eine unverzichtbare Rolle einnehmen. Im Ergebnis war damit ein tragfähiger Kompromiss konstruiert, der auch praktisch funktioniert.

von Teilen der SPD¹³ und einigen Ländern äußerst unzureichend. Sie erkennen nicht, dass § 219a StGB aus zwei – weitgehend voneinander völlig unabhängigen – Teilen besteht, zum einen dem zu weit gefassten Verbot des „Anbietens“ und zum anderen dem legitimen Verbot der anstößigen Werbung“. Aber bevor zur Struktur dieser Norm näher Stellung genommen wird, soll der Akteur näher beleuchtet werden, der seit etwa 20 Jahren alle Ärzte und Ärztinnen anzeigt, wenn sie auf ihrer Webseite das Wort Schwangerschaftsabbruch nennen: es ist dies Herr Annen und die aggressive Webseite „Babycaust“¹⁴.

III. Szenenwechsel: Die bürokratische Version der aggressiven US-amerikanischen „Army of God“ in Deutschland, die Hass-Webseite „Babycaust“

Seit etwa 20 Jahren betreibt Herr Annen, zusammen mit einem engmaschigen Netz von lokalen Vereinen, die sich „Nie wieder“ nennen, die Webseite „Babycaust“. Die Assoziation zu „Holocaust“ ist beabsichtigt, wenn auch absurd. Diese extrem geschmacklose und denunziatorische Webseite ist unverkennbar den US-amerikanischen Seiten der „Army of God“ nachempfunden, setzt aber – den kulturellen Traditionen beider Länder entsprechend – nicht auf Gewalt, sondern auf systematische Belästigungen und eine pedantische Strategie der Strafanzeigen wegen § 219a StGB, sobald eine Arztpraxis auf ihrer Webseite erwähnt, dass Schwangerschaftsabbrüche zugänglich seien. Im Allgemeinen stellen Staatsanwaltschaften die Verfahren ein, verlangen aber, dass diese Informationen künftig unterbleiben. Damit haben diese Abtreibungsgegner erreicht, was sie wollten: ungewollt schwangere Frauen können sich nicht konkret informieren und wissen nicht, welche Erfahrungen andere Patientinnen mit Arztpraxen gemacht haben. Vereinzelt gab und gibt es gezielte Aktionen gegen einzelne Ärzte – Flugblätter/Plakate – gegen den seit 1995 reformierten § 218 StGB (Beratungslösung). Bei diesen Aktionen benennt er einzelne Ärzte mit vollem Namen und Adresse (Prangerwirkung). Das Bundesverfassungsgericht stellte zwar fest, dass derartige verbale Angriffe das *Persönlichkeitsrecht* von Ärzten verletzen und nicht von der Meinungsfreiheit gedeckt seien – BVerfG vom 24.5.2006 – 1 BvR 49/00. Aber der EGMR schraubte die Anforderungen hoch und entschied in den zahlreichen Individualbeschwerden, die Annen eingelegt hat, zu seinen Gunsten. Betroffene Ärzte müssen daher in Zukunft in jedem Einzelfall ihre Belästigung präzise beweisen und ihr Interesse vor Zivilgerichten so ausführlich geltend machen, dass der EGMR auch die Beurteilung der Tatsachen

¹³ Innerhalb der SPD gibt es nach dem 24.11.2017, der Verurteilung von Frau Hänel durch das AG Gießen, keine einheitliche Position. *Eva Högl* möchte den gesamten § 219a StGB „ersatzlos“ streichen, *Andrea Nahles* will dies sicher hingegen nicht, da sie sich als „katholisch“ und „sozial“ etikettiert. So gesehen hat der rot-rot-grüne Vorschlag, für den *Eva Högl* steht, keine Mehrheit: falsch ist daher die Ansicht: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article/171751576/Paragraf-219a-SPD-Gruene-Linke-FDP-wollen-Streichung-CDU-nicht.html>

¹⁴ Unter www.abtreiber.com/anz/219-me.html ist sichtbar, wie aktiv dieses Netzwerk war. Viele Zentren haben Bußgelder bezahlt mit dem Ziel einer Einstellung nach § 153a StPO

in jedem Einzelfall überprüfen könne¹⁵. Die Anspruchsgrundlage ist ein Unterlassungsanspruch aus §§ 823, 1004 BGB. Die Folgen der belästigenden Aktionen sind äußerst einschneidend. Denn die Webseite „*Babycaust*“ vernetzt – was große Wirkungen auslöst – zahlreiche lokale Lebensschutz- Organisationen (wie „Nie wieder“ und andere Vereine vor Ort). Diese führen eine Vielzahl spektakulärer Aktionen aus, wie etwa regelmäßige laute „Gebete“ vor Beratungseinrichtungen oder „Gehsteigerberatungen“ vor Arztpraxen. Alle diese Aktionen gehen davon aus, dass Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, nicht nur moralisch angreifbar seien (dies wird extrem drastisch zum Ausdruck gebracht), sondern dass sie auch rechtlich in einem Graubereich arbeiten. Die von Annen strapazierte Formel ist die Legende von der *straflosen, aber rechtswidrigen* Abtreibung, die er Tötung oder Mord nennt. Das BVerfG aktualisierte im Jahre 1998 das seit 1975 zu beachtende Schutzkonzept (BVerfGE 98, 265 (365)). Da 1998 die Grundrechte der Ärzte betont wurden, ist der Unterschied zwischen der Bewertung des Verlangens der Frau und dem Handeln des die Schwangerschaft abbrechenden Arztes beachtlich. Da Gegenstand der Verfassungsbeschwerde nur die Position der Ärzte war, hatte der Senat keinen Grund, sich kritisch mit den beiden vorangegangenen BVerfGE zu befassen. Die Position der Ärzte wurde aufgewertet, aber ohne die bisherige Rechtsprechung des BVerfG explizit zu verwerfen. Der Grund ist ein pragmatischer: die Erweiterung des Prozessgegenstandes hätte eine Entscheidung des Großen Senats erforderlich gemacht. Was immer also frühere Urteile besagen, seit 1998 ist die These, Schwangerschaftsabbrüche seien *straflos, aber rechtswidrig* – trotz ihrer häufigen Wiederholung – rechtlich falsch.

Sie gilt nach der Aktualisierung des Schutzkonzeptes durch das BVerfG jedenfalls nicht für Ärzte. Nach der Rechtsprechung aller mit der Frage befassten Gerichte und der des BVerfG hat zwar die Frau, die eine Abtreibung verlangt, kein „Recht“, sondern nur – nach Beratung – die Letztentscheidung. Die ärztlichen Handlungen aber sind rechtmäßig und werden – bei Bedürftigen – auch von den Bundesländern finanziell getragen (soweit keine Zahlung wegen einer mit dem Eingriff verbundenen „Krankenbehandlung“ eintritt).

IV. Wieso eignet sich § 219a StGB für Kampagnen von Abtreibungsgegnern?

1. Eine verhängnisvolle Tradition: die grundrechtsferne Kommentarliteratur

Wer die gängige Kommentarliteratur zum unbestimmten Tatbestandsmerkmal des „Anbietens“ studiert, stößt bei aller Skepsis, welche durch die Formulierungen der Kommentatoren durchscheint, auf Definitionen, die es organisierten Anzeigererstattern wie Annen (oder Vereinen wie „Nie wieder“) leicht machen, alle Ärzte, die das Wort „Schwangerschaftsabbruch“ auf ihrer Webseite nennen, anzuzeigen und abzuwarten, wie sich die Strafverfolgungsorgane verhalten. Auch *Thomas Fischer* (§ 219a) zitiert im Vorspann (Rn. 1) aus den Motiven des Jahres 1975 und definiert

¹⁵ <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/egmr-3690-10-abtreibung-babycaust-flugblaetter-klinik-meinungsfreiheit/>

noch in der 65. Aufl. 2018 unter Rn. 3 die Tathandlung so, wie es die Richterin im Gießener Verfahren umgesetzt hat. Danach handelt es sich bei beiden Alternativen um *abstrakte Gefährungsdelikte*, erfasst seien somit bei der Alternative 1), dem „Anbieten“, nicht nur konkret mit Blick auf das Rechtsgut bedenkliche Informationen, sondern bereits alle Hinweise, welche die *konkrete Zugänglichkeit* solcher Dienste in Aussicht stellen. Nur Behörden und Beratungsstellen dürften straffrei informieren. Fischer unterscheidet sich mit dieser Ansicht nicht von der übrigen Kommentarliteratur, welche ebenfalls für konkrete Verfahren wenig Hilfen biete, um über eine unkritische Wortlaut-Auslegung hinaus zu kommen. *Cornelius Nestler* fasst den Streitstand in einem Gutachten für den Bundesvorstand der *ProFamilia* (2006) zusammen: „Diese gesetzliche Umschreibung der Tathandlungen ist weitgehend identisch mit den gesetzlichen Umschreibungen in den sog. Schriftenverbreitungsdelikten, also etwa dem Anbieten von volksverhetzenden Schriften (§ 130 Abs. 2 Nr. 1 lit. d StGB), dem Anbieten von Gewaltdarstellungen (§ 131 Abs. 1 Nr. 4 StGB) und insbes. dem Anbieten pornographischer Schriften (§ 184 Abs. 1 Nr. 5 StGB, § 184 Abs. 3 Nr. 3 StGB). Die Kommentarliteratur zu § 219a StGB verweist daher zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 219a StGB auf die Kommentierung dieser Delikte, was eine bei der Auslegung von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen ganz übliche Vorgehensweise ist, aber im Ergebnis den besonderen Anwendungsbereich des § 219a StGB vollkommen missachtet“. Im Ergebnis legt *Nestler* die Merkmale des Anbietens und der Werbung restriktiv aus, weil *Informationen keine Rechtsgutsgefährdung* darstellen würden und eine extensive Auslegung nur dann Sinn ergebe, wenn die angebotene Tathandlung, die Abtreibung, eindeutig rechtswidrig sei. Hier sei aber – so *Nestler* – das BVerfG „widersprüchlich“. Ähnlich sieht es *Reinhard Merkel*¹⁶. Nur *Kubiciel* rechtfertigt die fundamentalistische Sicht mit Hinweisen, die im Folgenden überprüft werden sollen. *Kubiciel* meint nämlich, dass aus der Tatsache, dass das weit gefasste Tatbestandsmerkmal des „Anbietens“ aus dem Jahre 1933 stammt, keine Schlüsse gezogen werden müssen, weil schon 1871 ähnlich strenge Regeln gegolten hätten. Er übersieht dabei, dass das Reichsgericht erst in den 1920er Jahre *außergesetzliche Rechtfertigungsgründe* (Indikationen) konstruiert hat, weil es schon damals nicht mehr nachvollziehbar war, weshalb Schwangerschaftsabbrüche grundsätzlich rechtswidrig sein sollen. Aber nur dann, wenn man alle Reformen ignoriert, ist es nachvollziehbar, schon das öffentliche Anbieten als *Vorfeldstrafbarkeit* zu pönalisieren.¹⁷

Auffallend ist die Ambivalenz der Strafrechtsdogmatik. Weder wird der historische Hintergrund analysiert, obgleich es bekannt war, dass das Verbot des „Anbietens“ solcher Dienste in der Weimarer Republik (1926) abgeschafft worden war und erst wieder 1933 eingeführt, noch wird die jüngere Rechtsprechung des BVerfG analysiert, welche 1998 das Lebensschutzkonzept aktualisiert und in diesem Zusammenhang die Grundrechte der Ärzte gestärkt hat. Dem Gießener Gericht waren diese Besonderheiten freilich vorgelegt worden. Es hat aber in den schrift-

¹⁶ <https://hpd.de/artikel/paragraph-219a-stgb-verfassungswidrig-15020>

¹⁷ https://www.jura.uni-augsburg.de/lehrende/professoren/kubiciel/downloads/koelner_papiere/APzK-4_2017__-219a.pdf de lege ferenda: ZRP 1/2018, S.13–15.

lichen Urteilsgründen sich nur noch auf die Kommentarliteratur und deren Wortlaut Auslegung gestützt.

2. Noch einmal: die Geschichte des zu weit gefassten Tatbestandsmerkmals des „Anbietens“

Dem Gericht lag folgende Ausführung vor:

„Das Verbot des „Anbietens“ solcher Dienste wurde 1926 – damals noch unter einer anderen Nummerierung und nach sehr ausführlicher und kontroverser Debatte – aufgehoben und dann 1933 – sofort nach der Machtergreifung – wieder eingeführt (nachzulesen im Reichsgesetzblatt 1933 – Abänderung strafrechtlicher Vorschriften). Der neue Tatbestand wurde sofort sehr intensiv angewandt, und zwar gegen alle Ärzte, die missliebiger waren, etwa weil sie im Verein sozialistischer Ärzte tätig waren. So wurde z. B. sofort Schutzhaft angeordnet, der Entzug der Approbation durchgeführt und inhaftiert. Nach der Freilassung war das Vermögen eingezogen und die Betroffenen waren zur Emigration gezwungen (mittellos). Im kollektiven Gedächtnis ist nicht präsent, dass Homosexuelle, Abtreibungsärzte und alle, die sexuelle Dienste anbieten, schon 1933 als „Volksschädlinge“ galten und somit existenziell bedroht waren. Eine konsequente NS-Sexualpolitik und Vernichtungspolitik war den rivalisierenden Machthabern so bedeutsam, dass sofort Gesetze verschärft und dann sogar – sofort nach dem Röhmer-Putsch 1937 – eine *Reichszentrale zur Verfolgung der Homosexualität und Abtreibung* gebildet wurde.

Die Besatzungsmächte außerhalb der russischen Zone nahmen keinen Anstoß an dieser Vorschrift. Auch die Gesetzgebung nach 1949 sah keinen Grund, die §§ 218ff. StGB zu reformieren. Nur die Todesstrafe – nach der Verschärfung 1943 – wurde abgeschafft. 1953 wurde die Fassung 1933 als § 220 StGB nummeriert und unverändert beibehalten. Dass es ein Gesetz aus dem Jahr 1933 war, war 1953 bekannt und steht etwa im *StGB Kommentar von Otto Schwarz (16. Aufl. 1953/Anlage)*. Reflektiert wurde das Ganze nie. Selbst während der Reformen der §§ 218ff. StGB in den Jahren 1976 – 1995 wurde der Tatbestand des „Anbietens“ solcher Dienste nur um-nummeriert und unter § 219a StGB – Werbung – beibehalten, zwar mit Einschränkungen, aber *die Tathandlung des „Anbietens“ wurde nicht diskutiert*. Dass sie zu weit ist, weil sie auch ärztliche Angebote nicht ausschließt, wurde jedes Mal übersehen. Auch wurde nie diskutiert, dass ein „Anbieten“ durch Ärzte als solches neutral ist. Denn das ärztliche Berufsrecht erlaubt neutrale Informationen für alle ärztlichen Leistungen. Eine neutrale Information ist keine „Werbung“. Dennoch wurde nicht gesehen, dass der Tatbestand viel zu unbestimmt ist und rein sprachlich auch Handlungen umfasst, die nach den Reformen der Jahre 1976–1995 rechtmäßig sind, denn Ärzte handeln rechtmäßig und im Rahmen ihres Grundrechtes auf Berufsausübungsfreiheit. Die Formel von der „Rechtswidrigkeit, aber Straflosigkeit“ bezieht sich ausschließlich auf die Frauen. Mit dieser missverständlichen Formel sollte lediglich deutlich gemacht werden, dass sie keinen Anspruch gegen die gesetzlichen Krankenkassen haben, wenn nach der Beratungslösung verfahren wurde. Einen Abbruch bezahlt bei Nicht-Vermögenden dennoch

das jeweilige Bundesland. Schon dies zeigt, dass das ärztliche Handeln nur rechtmäßig sein kann, denn sonst dürfte der Staat diese Handlungen nicht finanzieren.

Der Grund für das Versagen des Gesetzgebers ist peinlich: Man hätte merken müssen, dass 1953 im gängigen Kurzkomentar (Otto Schwarz, 16. Aufl. 1953) notiert war, dass man ein NS-Gesetz aus dem Jahr 1933 als unverdächtig behandelte, ohne zu bedenken, dass bereits 1926 das „Anbieten“ solcher Dienste *durch Ärzte (also nicht sog. Engelmacher)* explizit erlaubt worden war. Aber man hatte sich nicht mit der Entstehungsgeschichte befasst – und zwar bis heute! Die Frauenbewegung hatte sich nicht um die Rechtstellung der Ärzte gekümmert, sondern nur um die eigene Klientel, und auch der Berufsverband der Frauenärzte und die Landesorganisationen der Ärzte setzten sich nicht für sog. „Abtreibungsärzte“ ein.“

Wie schon erwähnt, würdigte das Gericht diese Ausführungen mit keinem Wort, sondern stützte sich nur auf die Kommentarliteratur. Diese ignoriert nicht nur Grundrechte, sondern ist geübt in einer Verfälschung der Geschichte. Den Kommentatoren ist das nicht bewusst, weil eine professionelle Strafrechtsgeschichte mehr oder weniger ein unbewohntes Land ist.

3 Die Verfolgung von Abtreibungsärzten im Nationalsozialismus

Der Hinweis bei *Otto Schwarz*, einem der seltenen objektiven Beobachter der NS- und der Nachkriegszeit, da er noch in der Weimarer Republik (beim RG) seine Karriere gemacht hatte, zeigt überdeutlich, dass die westlichen *Besatzungsmächte* in Weltanschauungsfragen wie Homosexualität und Abtreibung den Nationalsozialisten näher waren als aus heutiger Sicht vorstellbar. Bei der Verfolgung der Homosexuellen und der Ärzte, die Patienten zu einer autonomen Lebensentscheidung verhelfen wollten, ignorierten sie, dass die weit gefassten NS-Tatbestände zwar denen in ihren eigenen Ländern ähnelten, die *Verfolgung* aber unvorstellbar grausam war. Auf diese Weise wurde eine *Kontinuität* nach 1945 erleichtert¹⁸, die beim Merkmal des „Anbietens“ in § 219a StGB bis heute wirkt. *Fritz Goldschmidt* schildert die Konsequenzen¹⁹: Im Jahr 1933 gab es etwa 55 000 Ärzte im Deutschen Reich. Die jüdischen Ärzte konzentrierten sich in den Ballungsräumen (Berlin). Bis 1938 wurden etwa 10 000 Ärzte verfolgt. Sie konnten damals noch fliehen. 2800 Ärzte wurden aus ihrer Position als Kassenarzt verdrängt (70% als „Juden“, 30% als „Kommunisten“). Das Verbot des öffentlichen Anbietens von Verhütungsmitteln und ärztlichen Dienstleistungen für den Schwangerschaftsabbruch war somit ein Baustein einer groß angeleg-

¹⁸ Es bildete sich eine sog. hM, dass ein so unbestimmtes Verbot kein nationalsozialistisches Unrecht sei, sondern moralisch geboten. Diese unkritische Haltung setzt sofort nach 1945 ein (etwa Schönke, 1. Aufl. 1941; Schönke/Schröder, 3. Aufl. 1947 zu der Regelung aus dem Jahr 1933, welche 1953 unnummeriert und später ergänzt wurde, sodass sie die heutige Fassung erhielt.) und prägt noch heute die gängigen Kommentare. Ähnlich blind war die Strafrechtswissenschaft beim sog. „Hangtäter“ (vom Gewohnheitsverbrechergesetz 1934 zur Sicherungsverwahrung), der Strafbarkeit der Homosexualität zwischen Erwachsenen und § 211 StGB („niedrige“ Beweggründe – eine Moralisierung, die nur im Kontext der Entstehung dieser Norm im Jahr 1941 verständlich ist, ferner die „Tätertypologie“). Bei der Abtreibung ist eben die Tathandlung des Anbietens das NS-Relikt, das als solches nicht identifiziert wurde.

¹⁹ *Goldschmidt* in Redaktion Kritische Justiz, Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, 1988, 318ff.(328f.).

ten Säuberung, um eine staatlich organisierte, angeblich „eugenische“ *Rassenpolitik* zu erzwingen. Keine Zweifel, dass es Teil einer typisch nationalsozialistischen Vernichtungspolitik war. Sie wird bis heute nicht gesehen. Die Wirkung dieses Verbots war und ist noch heute flächendeckend. Zwar gibt es – außer dem aktuellen Verfahren in Gießen 2017 – noch ein älteres, das mit einer Verwarnung nach § 59 endete, da der Arzt ohnehin in den Ruhestand gehen wollte (AG Pegnitz, bestätigt vom LG Bayreuth). Aber es gibt zahlreiche Strafanzeigen. Die Anwälte der Ärzte schauen in die gängige Kommentarliteratur und empfehlen dann ihren Mandanten, eine Einstellung nach § 153a StPO oder eine Verwarnung hinzunehmen. Die Konsequenz ist aber, dass das *Informationsverbot* konsequent umgesetzt wird. Auch im Gießener Verfahren haben Staatsanwaltschaft und Gericht auf die Weigerung der Angeklagten äußerst verärgert reagiert. Sie hatten sich gar nicht vorbereitet auf eine juristische Debatte, sondern darauf vertraut, dass Einschüchterung ausreicht. Die Ärztin aber betonte ihr Recht auf Information und wiederholte das auch in ihrer Pressearbeit. Damit stellt sich die Frage, ob sie ein solches Recht hat.

4. *Haben Ärzte und Ärztinnen ein Recht auf Information über ihre Bereitschaft, in Einzelfällen Abtreibungen durchzuführen?*

Das Bundesverfassungsgericht hat sich 1998 deutlich zu den Grundrechten der Ärzte, welche Abtreibungen vornehmen, geäußert, wie sich aus folgenden Textstellen ergibt:

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

Dabei bedarf es keiner grundsätzlichen Entscheidung über die Frage, ob rechtswidriges berufsmäßiges Tun vom Gewährleistungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG generell umfaßt wird. Jedenfalls hier, wo die Tätigkeit des Arztes notwendiger Bestandteil des gesetzlichen Schutzkonzepts ist, weil es seiner Mitwirkung im Interesse der Schwangeren und ihrer Gesundheit bedarf und von der Beteiligung des Arztes am Schutzkonzept zugleich ein besserer Schutz für das ungeborene Leben durch eingehende ärztliche Beratung (vgl. dazu BVerfGE 88, 203 <290>) zu erwarten ist, kann der ärztlichen Vornahme von rechtswidrigen Schwangerschaftsabbrüchen der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG nicht versagt werden. Mit ähnlichen Erwägungen hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß sich die ärztliche Mitwirkung auf der Grundlage rechtswirksamer Verträge vollzieht (vgl. BVerfGE 88, 203 <295>). 152

2. Die angegriffenen Vorschriften des Bayerischen Schwangerenhilfseergänzungssetzes greifen in die Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführer ein. 153

In diesem Verfahren im Jahr 1998 ging es um die *Grundrechte von Abtreibungsärztinnen* aus Art. 12 Abs. 1 GG. Der für Verfassungsbeschwerden zuständige Senat wollte aber damals noch eine Entscheidung des Großen Senats vermeiden und betonte daher die Kontinuität zu BVerfGE 88, 203 (290). Zwar ergibt sich danach, dass schon 1993 unterschieden wurde zwischen der Tatsache, dass Ärzte aufgrund *wirk-samer Verträge* handeln, Frauen aber im Rahmen einer Beratungslösung kein „Recht“ hätten, eine Abtreibung zu verlangen, weil ihre „Notlage“ *nicht festgestellt werden kann, wenn jede Drittbewertung entfällt*. So gesehen handelt es sich bei einer Abtreibung um eine ärztliche Dienstleistung, die auch grenzüberschreitend nach

EU-Recht angeboten (und bekannt gemacht) werden kann²⁰. Der deutsche Gesetzgeber kann zwar nach der Rechtsprechung des EUGH eine „anstößige Werbung“ verbieten (oder ähnliche Phänomene), nicht aber die sachliche Information. Dies wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Berufsausübungsrecht der Ärzteschaft. Damit sind Formulierungen, wie sie noch in den Motiven 1975 (der damaligen Indikationenlösung) gefallen sind, obsolet²¹. Das BVerfG und die Gesetzgebung haben das *Lebensschutzkonzept* in den 1990er Jahren grundlegend verändert und es im Sinne einer zeitgemäßen und konsensfähigen Sichtweise aktualisiert. Es ist daher nicht mehr vertretbar zu behaupten, dass auch Ärzte „rechtswidrig“ und nur straflos handeln. Die 1. Alternative des § 219a StGB ist jedenfalls dann verfassungswidrig, wenn sie Ärzte betrifft und diese lediglich sachlich informieren. Eine mit dem Lebensschutz und der Stellung der Ärzte im Rahmen dieses Konzepts unverträgliche Werbung darf hingegen verboten werden. Aber Eingriffe in das Grundrecht der Ärzte müssen erforderlich sein. Dies muss konkret begründet werden und die Einschränkungen müssen dann auch zum Lebensschutz geeignet sein. Wir leben in einem sozialen Klima, in dem Embryonen und Foeten achtsam behandelt werden. Zum Moralisieren besteht kein Anlass²².

V. Ein Änderungsvorschlag

- Angestrebt wird die Garantie des *ärztlichen Informationsrechts*.
- Patientinnen sollen in die Lage versetzt werden zu erfahren, welche Ärzte in ihrer Region Schwangerschaftsabbrüche durchführen.
- Die gesellschaftlichen Interessen an einem angemessenen *Lebensschutz* sind zu wahren.

§ 219a (neu)

Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft

Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) in grob anstößiger Weise

1. eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs oder

²⁰ <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-antrag-219a-abschaffen-eu-recht-werbung-dienstleistungsfreiheit/>

²¹ Zur besseren Orientierung seien die verschiedenen *Etappen der Änderungsgesetzgebung* noch einmal kurz dargestellt: Am 18.5.1976 tritt nach heftigem politischen Streit und der Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat, ferner nach der Zurückweisung erhobener Einsprüche des Bundesrats durch den Bundestag das 15. Strafrechtsänderungsgesetz (15. StrÄG) in Kraft. Es belässt es bei der Zuständigkeit der Länder, darüber zu entscheiden, welche Einrichtungen sie zulassen. Dies führt zu einer erheblichen Ungleichheit, da in Bayern und Baden-Württemberg Praxen, welche ambulante Schwangerschaftsabbrüche durchführen, nicht genehmigt werden. Verwaltungsgerichtsverfahren hiergegen führen nicht zum Erfolg. Am 21.8.1995 wird das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) erlassen (neu ist eine praktikable Beratungslösung ohne Drittfeststellung, aber dem Recht der Frau auf Letztentscheidung).

²² vgl. zum Kontext *Frommel* Neue Kriminalpolitik, Heft 1-2007, 16ff. und *Frommel* KritV 2/2009, 181ff.

2. Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet sind, unter Hinweis auf diese Eignung

anpreist²³ oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Begründung:

Zu streichen sind die verfassungswidrig zu weit gefassten Tathandlungen des „Anbietens“ und „Ankündigens“, ferner das subjektive Merkmal des angestrebten „Vermögensvorteils“, ein Merkmal, das Ärzte und Ärztinnen schon dann trifft, wenn sie keine überhöhten Honorare verlangen, sondern die üblichen Sätze.

Beibehalten wird hingegen das Verbot des *anstößigen Anpreisens*. Diese Alternative wurde erst später, nämlich 1974–1976 neu eingefügt und ist nicht zu beanstanden. Es ist dies ein sehr eng gefasster Straftatbestand, der auch Nicht-Ärzte trifft, Personen also, die keinem Berufsrecht unterliegen. Denn es ist nicht einzusehen, dass etwa die Pharma-Industrie NIPT (non-invasive Untersuchungen von Foeten in einem sehr frühen Stadium der Schwangerschaft, also vor der 12. Woche) bewirbt, welche dann – bei entsprechendem Befund – selektive Schwangerschaftsabbrüche nach dem Beratungsmodell ermöglichen – ohne Einschaltung einer spezifischen ärztlichen Beratung und ohne ein qualifiziertes Angebot an einer genetischen Beratung (Gefahr des Formenmissbrauchs). Dass eine solche Werbung im Interesse dieser kommerziellen Anbieter ist, muss als sicher unterstellt werden. Bislang hat sie der weit gefasste § 219a StGB davon abgehalten. Auch sind andere Formen der mit dem Lebensschutz unvereinbaren Werbung denkbar und sollten verboten bleiben. Dass „anstößig“ ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, stört nicht, da das Merkmal „grob“ Rechtsanwender dazu zwingt, sich im Zweifel für die Straflosigkeit (bzw. bei Ärzten das Berufsrecht) zu entscheiden. Außerdem ist die Tathandlung enger gefasst und verlangt ein „Anpreisen“. Auch die Tatsache, dass sich Ärzte bereits nach ihrem *Berufsrecht* mäßigen müssen, kann nicht rechtfertigen § 219a StGB ersatzlos zu streichen, da auch *Nicht-Ärzte* für ihre Produkte werben und zwar aus rein kommerziellen Gründen. Schließlich muss der Lebensschutz insgesamt strafrechtlich geregelt werden (als Annex zur Strafrechtskompetenz des Bundes). Berufsrecht beruht hingegen auf Landesrecht (Gesundheitsschutz) und wird außerdem sehr unterschiedlich durch die LÄK umgesetzt, so dass es an einer gleichmäßigen Praxis fehlen könnte. Auch würde eine rein berufsrechtliche Regelung unterstellen, dass ein Schwangerschaftsabbruch eine ärztliche Behandlung wie jede andere sei. Auch dies widerspräche selbst der liberalen Aktualisierung des Lebensschutzkonzeptes durch das BVerfG im Jahre 1998. Dort wird nämlich ausdrücklich betont (BVerfG, 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96), dass landesrechtliche Regelungen zur Konkretisierung des Lebensschutzkonzeptes nicht zulässig sind. Gegenstand dieser Entscheidung war ein Landesgesetz, das für nichtig erklärt wurde, weil das Land insoweit keine Kompetenz hat. Diese Einschränkung betrifft – konsequent weiter ge-

²³ „Anpreisen“ ist demgegenüber als Tathandlung *objektiv* bestimmbar, während „Werben“ zu sehr von der Absicht des Erklärenden abhängt und damit zu unbestimmt ist. Werben für Dienstleistungen oder Produkte ist außerdem ein neutrales Verhalten, das sich in einem *Tatstrafrecht* nicht eignet, strafwürdiges *Unrecht* zu markieren. Der 1933 eingeführte Tatbestand war ja auch nicht ohne Grund als *Täterstrafrecht* zur Vertreibung der verhassten Abtreibungsärzte gedacht.

dacht – auch Werbeverbote, welche den Schwangerschaftsabbruch betreffen. Auch sie können – soweit sie Ärzte betreffen – nicht ausschließlich durch das Berufsrecht geregelt werden. Vielmehr muss der Bund abwägen, inwiefern die nicht ohne weiteres vereinbaren Prinzipien und Rechte abzuwägen sind. Streicht der Bund § 219a StGB *ersatzlos*, dann erlaubt er auch die gezielte Werbung für Schwangerschaftsabbrüche. Eine Strafbarkeit würde sehr spät einsetzen, nämlich erst dann, wenn in der öffentlichen Äußerung eine Anstiftung zum verbotenen Handeln zu sehen wäre, was nur sehr selten der Fall sein dürfte. Ob ein so weitgehender Verzicht auf Werbeverbote verfassungsgemäß ist und ob es für eine solche Regelung eine Mehrheit im Bundestag geben könnte, sind weitere Fragen, die gegen ein Gesetzesvorhaben sprechen, § 219a StGB *ersatzlos* zu streichen.

Umgekehrt sind Positionen unhaltbar, die der ohnehin zu weiten Fassung des § 219a StGB auch noch eine Bedeutung zuschreiben, die quasi gar nicht mehr hinweg gedacht werden könne, ohne dass das Schutzkonzept des Gesetzgebers in sich zusammenfalle.²⁴ Nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG (deutlich seit 1998 und 2006 bestätigt) gibt es keinen Grund mehr für ein Schweige- oder Tabuisierungsgebot. Das Beratungskonzept (1995) hat sich bewährt. Nur der bei allen Reformen vergessene § 219a StGB bedarf einer moderaten Reform. Diese sollte möglichst im Konsens aller geschehen, zumal ja auch die Liberalisierung der §§ 218ff StGB und die Antidiskriminierungspolitik des letzten Jahrzehnts von fast allen politischen Kräften getragen wurde. Wir sollten nicht zu einer würdelosen Wiederholung längst erledigter Schlachten um § 218 StGB absinken.²⁵

²⁴ Stellv. für wenige, die sich einer Reform widersetzen: *Kubiciel*, Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 4/2017. https://www.jura.uni-augsburg.de/lehrende/professoren/kubiciel/downloads/koelner_papiere/APzK-4_2017__-219a.pdf.

²⁵ Anbieten i. S. des § 219a StGB ist ein vergessenes Relikt, das Abtreibungsgegner (babycaust) seit Jahren sehr aggressiv nutzen, um alle Ärzte, die Abtreibungen lediglich anbieten, zu drangsalieren und mit Anzeigen wegen dieser – bei extensiver Auslegung – unsinnigen Norm zu belasten, vgl. hierzu: https://www.novo-argumente.com/artikel/abtreibungsgegner_nutzen_nazi_paragraph