

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Augsburg*

Legitimation des § 219a StGB und Informationsbedürfnisse Schwangerer

In der rechtspolitischen Diskussion ist § 219a StGB die Legitimation abgesprochen und die Vorschrift als Hindernis für die Information Schwangerer bezeichnet worden. Beides trifft nicht zu. Dies zeigt die schriftliche Fassung der Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags am 27.6.2018 zu

(1) dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Einschränkung des Verbots der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche (BT-Drs. 119/820),

(2) dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Aufhebung des Werbeverbots für Schwangerschaftsabbrüche (BT-Drs. 9/93) und

(3) dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Aufhebung von § 219a StGB (BT-Drs. 19/630).

I. Zusammenfassung

1. Die in den Gesetzesanträgen der Fraktionen „Die Linke“ und Bündnis 90/Grüne vorgeschlagene Streichung des § 219a StGB ist abzulehnen.

a) § 219a StGB verfolgt rationale und legitime Zwecke. Er dient dem Lebensschutz, schützt Frauen vor der Kommerzialisierung einer Notlage und flankiert das Beratungsmodell (§ 219 StGB), das die Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der liberalen Fristenlösung (§ 218a Abs. 1 StGB) ist. Darüber hinaus entspricht § 219a StGB der Vorgabe des BVerfG, der Schwangerschaftsabbruch dürfe in rechtskommunikativ-symbolischer Hinsicht nicht als etwas „Normales“ dargestellt werden.

b) Eine Streichung des § 219a StGB ist *kriminalpolitisch nicht erforderlich*. Frauen können sich – auch im Internet – in vielfältiger Weise über die Modalitäten eines Abbruchs informieren. *Weitergehender Informationsbedarf lässt sich mit Hilfe einer zentralen Informationsplattform befriedigen, auf die Ärzt*innen verlinken können*. Eine solche Plattform könnte zudem sicherstellen, dass die Informationen inhaltlichen Qualitätsstandards genügen und nicht im Widerspruch zu den von § 219 StGB verfolgten Zielen stehen. *Eine Streichung des § 219a StGB führt hingegen nicht zu mehr Informationen für Schwangere* und ist daher weder erforderlich noch der Komplexität der Frage angemessen.

c) Sämtliche zur Verfügung stehende Statistiken zeigen, dass *Staatsanwaltschaften § 219a StGB äußerst zurückhaltend anwenden*: Wenn Verfahren überhaupt eingeleitet werden, enden diese fast alle ohne Sanktion. Die o.g. *Plattformlösung würde die minimalen Strafbarkeitsrisiken vollständig beseitigen, ohne dass es einer Änderung des § 219a StGB bedarf*.

2. Auch der *Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP*, der eine erhebliche Änderung des § 219a StGB vorsieht, *ist abzulehnen*. Er verbessert nicht die Informationsversorgung und leidet überdies an mehreren *immanenten Widersprüchen*, die sich nur auflösen lassen, wenn man (wie „Die Linke“ und Bündnis 90/Grüne) für eine Streichung plädiert oder § 219a StGB in systemwidriger Weise zu einem Tatbestand zum Schutz des lautereren Wettbewerbs umgedeutet. Eines (weiteren) Tatbestandes zum Schutz lauterer Werbung bedarf es jedoch nicht.

II. Legitimation des § 219a StGB

In der (straf-)rechtswissenschaftlichen Literatur findet sich keine Stimme, die eine Streichung des § 219a StGB verlangt.¹ Auch die gelegentlich geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit² sind unbegründet. Die ganz herrschende Meinung geht denn auch davon aus, dass die Vorschrift verfassungskonform sei.³

1. Liberaler Hintergrund

Die geltende Fassung des § 219a StGB beruht auf dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995, die im Wesentlichen mit der Fassung des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes aus dem Jahr 1976 übereinstimmt.⁴ Schon daher ist der in den Gesetzesentwürfen und Stellungnahmen von Politiker*innen bzw. Aktivist*innen verbreitete Hinweis, der Tatbestand stamme aus der „Nazizeit“,⁵

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Augsburg. Die Stellungnahme baut auf einer früheren Publikation des Verfassers in der ZRP 2018, 13 ff. auf, geht aber über diese hinaus.

1 Bezeichnenderweise verlangt *Frommel*, JR 2018, 239 nur eine Einschränkung des Tatbestandes.

2 Zu diesen Zweifeln *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40; *Merkel*, in: *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 219a StGB Rn. 2. Beide attestieren der Vorschrift jedoch keine Verfassungswidrigkeit. Deutlicher *Preuß*, medstra 2018, 131, 135: § 219a sei „in seiner derzeitigen Form“ mit dem Verfassungsrecht nicht zu vereinbaren.

3 *S. Hillenkamp*, Hessisches Ärzteblatt 2018, 92, 93; *Jansen*, jurisPR-StrafR 7/2018 Anm. 2; *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 ff.; *Satzger*, ZfL 2018 22, 23 f.; *Schweiger*, ZRP 2018, 98, 99; *Walter*, ZfL 2018, 26, 27 f. Ebenso (und auf die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung hinweisend) *Rahe*, JR 2018, 232, 237 f.

4 BGBl. I, S. 1050; ferner *Kröger*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11. Aufl. 2005, § 219a Vor Rn. 1.

5 Auch von den Gesetzesentwürfen der Fraktion „Die Linke“ (BT-Drs. 19/93, S. 1) und Bündnis 90/Grüne (BT-Drs. 19/630) wird die Gesetzgebungsgeschichte verkürzt und deshalb tendenziös wiedergegeben. Einseitig *Frommel*, ZfL 2018, 17: „1933 eingeführt und danach nie reflektiert.“ S. ferner *dies.*, JR 2018, 239. Kritisch dazu *Dutge*, medstra 2018, 129. Zur Besonnenheit mahnend *Windhöfel*, ZfL 2018, 1.

unrichtig.⁶ Richtig ist zwar, dass eine Vorläufervorschrift 1933 in Kraft trat, diese war aber während der *strafrechtspolitisch liberalen Zeit der Weimarer Republik* konzipiert worden. Sie atmet den Geist *Gustav Radbruchs*.⁷ Sämtliche Entwürfe für ein Allgemeines Deutsches Strafgesetzbuch (E-1919, E-1922, E-1925) haben das öffentliche Ankündigen von Verfahren für Schwangerschaftsabbruch kriminalisiert. Der Entwurf von 1927 hat dann erstmalig explizit das „öffentliche Erbieten“ zu einem Schwangerschaftsabbruch pönalisiert. Die Begründung lautete: Der Gedanke zum Abbruch einer Schwangerschaft werde nicht selten von außen hervorgebracht, und zwar durch „Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften“⁸. Daneben trat das Ziel, Schwangere in einer Notsituation vor finanzieller Ausbeutung durch jene zu schützen, die mit der Unterstützung bei Schwangerschaftsabbrüchen warben.⁹ *Die sozialliberale Regierung hielt während der Beratungen zum 15. Strafrechtsänderungsgesetz 1979 am Kern der Vorschrift fest* und begründet den Straftatbestand mit der Überlegung, es müsse verhindert werden, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit „als etwas Normales“ dargestellt und kommerzialisiert wird.¹⁰ Dies ist „eine folgerichtige Ergänzung der positiv-generalpräventiven Wirkweise, die dem Straftatbestand des § 218 Abs. 1 StGB (...) von Seiten des BVerfG wie des Gesetzgebers zuerkannt wird.“¹¹ Diese vielschrittige *Gesetzgebungsgeschichte begründet eine Vermutung dafür, dass sich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber innerhalb des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums bewegt hat*.¹²

2. Materielle Legitimation

a) Zwecksetzungen des § 219a StGB

Seine materielle Legitimation erhält § 219a StGB nicht nur von den aus „Weimar“ nach Bonn tradierten Zielen. Vielmehr fügt sich der Tatbestand auch in das geltende Modell einer Fristenlösung auf Beratungsgrundlage ein.¹³ Nach § 218a Abs. 1 StGB ist der Straftatbestand des Schwangerschaftsabbruchs nicht „verwirklicht“, wenn seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind, der Abbruch von einem Arzt vorgenommen wird und die Schwangere nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen. *Das geltende Recht trägt folglich dem Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau in weitem Umfang Rechnung*. Dennoch löst es den Konflikt mit dem Schutz des vorgeburtlichen Lebens nicht einseitig auf, sondern sieht mit der Beratung, die „dem Schutz des ungeborenen Lebens dient“ (§ 219 Abs. 1 S. 1 StGB), einen schwachen, prozeduralen Lebensschutz vor. Dabei ist das *Beratungsmodell für die liberale Fristenlösung nicht nur kriminalpolitisch von grundlegender Bedeutung, sondern stellt auch eine zwingende verfassungsrechtliche Bedingung für die Entkriminalisierung nicht-indizierter Abbrüche dar*.¹⁴ Nach gefestigter Rspr. des BVerfG hat

der Staat zum Schutz des ungeborenen Lebens „ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art (zu) ergreifen (...)“. Nach bestehenden verfassungsrechtlichen Anforderungen ist er dabei nicht frei, den Schwangerschaftsabbruch über verfassungsrechtlich unbedenkliche Ausnahmetatbestände hinaus als nicht rechtswidrig, also erlaubt, anzusehen.¹⁵ 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.“ Der Bundesgesetzgeber, heißt es im Leitsatz einer weiteren Entscheidung des BVerfG, dürfe „den strafrechtlichen Schutz des ungeborenen Lebens nur dann partiell zurücknehmen (...), wenn er an dessen Stelle ein anderes wirksames Schutzkonzept setzt (...)“.¹⁶ Diese Ausführungen des BVerfG zeigen deutlich, dass eine *reine Fristenlösung ohne Beratung nach geltender Verfassungsrechtsprechung verfassungswidrig wäre*. Dass das BVerfG diese Rspr. aufgibt, ist aus vielerlei Gründen ausgeschlossen.¹⁷

Für das BVerfG ist aber nicht nur das Beratungskonzept unverzichtbar, es verlangt im Hinblick auf die Beratung auch die Schaffung von „*Rahmenbedingungen, die positive Voraussetzungen für ein Handeln der Frau zugunsten des Lebens schaffen*“.¹⁸ Das ist folgerichtig: Wenn der Gesetzgeber den Lebensschutz prozeduralisiert, sind die Regeln, die das Verfahren ausgestalten und seine Durchführung schützen, entscheidend dafür, dass das Verfahren überhaupt in der Lage ist, sein Ziel – hier: den Schutz des Lebens (§ 219 StGB) – zu erreichen.¹⁹

6 Hillenkamp, Hessisches Ärzteblatt 2018, 92; Kubiciel, ZRP 2018, 13, 14. Zustimmung Schweiger, ZRP 2018, 98, 99.

7 Zu Radbruchs Einfluss auf die liberale Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts Eser, Festschrift für Spindel, 1992, 475 ff.

8 Gesetzesbegründung zitiert nach Schubert u.a., Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Bd. 1, 1995, S. 609.

9 Hillenkamp, Hessisches Ärzteblatt, 2/2018, 92.

10 BT-Drs. 7/1981, S. 17; Siehe nur BGBl. I 1976, S. 1213 ff.

11 Berghäuser, JZ 2018, 497, 499.

12 Näher dazu am vergleichbaren Beispiel des § 217 StGB Augsberg/Szcerbak, in: Bormann (Hrsg.), Lebensbeendende Handlungen, 2017, S. 731, 742 f.

13 Siehe zu dieser Entwicklungsgeschichte einen der „Geburtshelfer“ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 218 ff. Rn. 1-8, mit weiteren Hinweisen.

14 Eser (Fn. 14), Vor §§ 218 Rn. 7.

15 Dazu und zum Folgenden BVerfGE 88, 203, 261 f.

16 BVerfGE 88, 265 Leitsatz 3.

17 So ist die Anerkennung der Schutzwürdigkeit des werdenden Lebens nicht nur das Fundament derart komplexer Regelungen wie jenen zur Embryonenforschung und der PID, sondern ist vom BVerfG ausdrücklich auf die Menschenwürdegewährleistung des Art. 1 Abs. 1 GG und das Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 gestützt worden (BVerfGE 88, 203 Leitsatz 1). Zu den Gründen, die dagegen sprechen, dass das BVerfG bereit sein könnte, diese zentralen Gewährleistungen des GG zu relativieren, s. Eser, ZRP 1991, 291, 295.

18 Dazu und zum Folgenden BVerfGE 88, 203, 270.

19 Das bestreitet Schweiger, ZRP 2018, 98, 101, mit dem Argument, § 219a StGB stehe als Instrument des „mittelbaren Grundrechtsschutzes (...)“ völlig unabhängig neben den Regeln des prozeduralen Lösungsmodells“.

Zu diesen Rahmenbedingungen gehört nach hiesiger und ganz herrschender Auffassung auch § 219a StGB.²⁰ Tatsächlich würde es der auf den Schutz des Lebens ausgerichteten Beratungspflicht widersprechen, wenn Ärzte gleichzeitig für die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen werben bzw. ihre Leistung öffentlich anbieten dürften. Dass eine Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft dem Ziel des Schutzes des werdenden Lebens entgegensteht, bedarf keiner weiteren Erörterung. Aber auch das öffentliche Anbieten von Schwangerschaftsabbrüchen ohne werbenden Impetus kann für eine Voreingenommenheit bei der Schwangeren sorgen oder diese festigen und läuft damit dem Ziel der Beratung zuwider.²¹ Daher soll die Schwangere idealiter zunächst über Alternativen zum Abbruch informiert werden, bevor Ärzte, die einen Abbruch vornehmen, über dessen Modalitäten aufklären. So gesehen, ist § 219a StGB Teil des Schutzkonzeptes, dessen Existenz für das BVerfG ausschlaggebend dafür gewesen ist, die Fristenlösung für verfassungskonform zu erklären. Darüber hinaus setzt § 219a StGB die Vorgabe des BVerfG um, dass der Gesetzgeber dem Eindruck entgegenzutreten müsse, bei einem Schwangerschaftsabbruch handle es sich um einen „alltäglichen, also der Normalität entsprechenden Vorgang.“²² § 219a StGB erfüllt mithin auch *die vom BVerfG verlangte symbolisch-kommunikative Funktion, die „normative Anormalität“ eines nicht-indizierten Abbruchs innerhalb des Strafgesetzbuches zu verdeutlichen.*

§ 219a StGB leistet also wesentlich mehr als einen diffusen „Klimaschutz“²³. Indem der Tatbestand die Werbung für oder das öffentliche Anbieten von Schwangerschaftsabbrüchen(n) verbietet,

- dient er dem Lebensschutz, weil Werbung den Entschluss zu einem Abbruch festigen oder gar hervorbringen kann,
- schützt Frauen vor einer Kommerzialisierung ihrer Notsituation,
- flankiert die dem Lebensschutz dienende Beratung und
- bringt (wie vom BVerfG verlangt) im StGB zum Ausdruck, dass ein Schwangerschaftsabbruch kein normaler Vorgang ist.

b) Verhältnismäßigkeit

§ 219a StGB ist zur Erreichung der o.g. Zwecke *erforderlich und angemessen*. Dagegen lässt sich nicht einwenden, die Vorschrift kriminalisiere die Werbung für nicht-tatbestandmäßige (also strafrechtlich nicht verbotene) Schwangerschaftsabbrüche und pönalisieren die Kriminalisierung der Vorbereitung einer straflosen Haupttat.²⁴ Denn § 219a StGB *kriminalisiert nicht die Vorbereitung eines (strafbaren oder straflosen) Schwangerschaftsabbruchs, sondern einen Verstoß gegen ein Werbe- und Informationsverbot, dem innerhalb der Gesamtstatik der §§ 218 ff. StGB eine wichtige Bedeutung zukommt (s. oben za).*²⁵ Zu-

dem gibt es innerhalb und außerhalb des StGB zahlreiche Tatbestände, die sich – auch – als Verbot der Vorbereitung einer straflosen Haupttat lesen lassen: die Verbote der Werbung für Arzneimittel, für Zigaretten und Alkohol, aber auch § 217 StGB.

Das *ärztliche Berufsrecht ist kein gleich geeignetes, milderes Mittel.*²⁶ Zum einen reicht das Berufsrecht weniger weit als § 219a StGB, zum anderen ist Berufsrecht schwieriger durchzusetzen als staatliches Recht und gilt im übrigen nur für in Deutschland zugelassene Ärzte. Vor allem aber hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass der Staat selbst zu kommunizieren habe, dass der nicht-indizierte Abbruch eine rechtswidrige (wenn auch straflose) Tat sei. Diese Kommunikationsaufgabe kann der Staat nicht an jene Instanz delegieren, die die Interessen der von einem Werbeverbot betroffenen Ärzt*innen vertritt.

Ebenso wenig überzeugend wäre es, Teile des § 219a StGB (etwa die Tatvariante des „Anbietens“) als Ordnungswidrigkeit auszugestalten anstatt sie im StGB zu normieren. Denn die o.g. Schutzrichtung des § 219a StGB sowie der enge Sachzusammenhang mit der in den §§ 218 ff. StGB enthaltenen Gesamtregelung sprechen dafür, *diese wichtige Rahmenbedingung des Beratungskonzepts im StGB zu belassen.*²⁷

3. Ergebnis

§ 219a StGB stellt einen verhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der Ärzt*innen und Patientinnen dar. Mehr noch: Angesichts seiner Einbettung in die (verfassungsrechtlich zwingende) Gesamtkonzeption von Beratungs- und Fristenlösung würde eine Streichung des § 219a StGB die vom BVerfG aufgestellten Mindestanforderungen an den Schutz des menschlichen Lebens und seiner Würde unterlaufen. Es ist daher anzunehmen, dass das BVerfG eine Freigabe der Werbung für Abbrüche als verfassungswidrig erachten und jedenfalls kompensatorische Maßnahmen verlangen würde.²⁸

20 So schon *Kubicieł*, ZRP 2018, 13 ff. Wie hier *Berghäuser*, JZ 2018, 497, 501 f.; *Gärditz*, ZfL 2018, 18, 19; *Jansen*, jurisPR-StrafR 7/2018 Anm. 2; *Satzger*, ZfL 2018, 22, 23; *Swoboda*, ZfL 2018, 24; *Walter*, ZfL 2018, 26, 28. Zweifelnd daran lediglich *Rahe*, JR 2018, 232, 234: Werbeverbot „dürfte“ unterhalb der Schwelle der Rahmenbedingungen liegen, die Gesetzgeber vorhalten müsse.

21 Die Sicherung der Unvoreingenommenheit ist dem Strafrecht nicht unbekannt. So schützt § 353d StGB die Unvoreingenommenheit von Zeugen durch das Verbot, die Anklageschrift, Teile davon oder andere Gerichtsdokumente vor der Erörterung im Verfahren oder dessen Abschluss zu veröffentlichen. S. dazu BT-Drs. 7/550, S. 283, 284.

22 BVerfGE 88, 203, 319. Dazu auch *Hillenkamp*, Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92, 93.

23 Dazu zu Recht kritisch *Merkel*, in: Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 2.

24 So schon *Schroeder*, ZRP 1992, 409, 410. S. ferner *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40; *Merkel* (Fn. 24).

25 Ähnlich im Ausgangspunkt *Merkel* (Fn. 24), § 219a Rn. 2.

26 Wie hier *Rahe*, JR 2018, 232, 237.

27 *Berghäuser*, JZ 2018, 497, 502.

28 *Kubicieł*, jurisPR-StrafR 5/2018 Anm. 1.

III. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

1. Kein verfassungs- oder unionsrechtlicher Handlungsbedarf

Nicht selten wird behauptet, das BVerfG selbst habe eine Liberalisierung gefordert, indem es festgestellt hat, dass es einem Arzt möglich sein müsse, Patientinnen über seine Dienste „ohne negative Folgen“ zu informieren, wenn die Rechtsordnung selbst Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen eröffne.²⁹ Dabei wird jedoch verkannt, dass es in dem Fall nicht um die Abwehr von *staatlichen* Folgen für die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche ging. Vielmehr suchte der Arzt nach zivilrechtlichem Schutz gegen einen fanatischen Lebensschützer, der wiederholt und beharrlich vor den Praxisräumlichkeiten demonstrierte und irreführende Flugblätter verteilte. Es ging also weder um Folgen einer Werbung für die Durchführung von Abbrüchen noch um *staatliche* Folgen, d.h. ein Ermittlungsverfahren. Vor allem aber hatte das BVerfG ersichtlich nicht die Absicht, Bestandteile (oder gar die Gesamtkonzeption) der Verfassungsrechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch bzw. des geltenden Rechts in Zweifel zu ziehen.³⁰

Auch das Unionsrecht fordert keine Streichung des § 219a StGB.³¹ Zwar kann ein Werbeverbot in die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV eingreifen, jedoch lässt das Unionsrecht eine Einschränkung dieser Grundfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Gesundheit – kurz: des *ordre public* – zu.³² Berücksichtigt man, wie stark der EuGH selbst im Bereich der Glücksspielregulierung Rücksicht auf nationale Schutzkonzepte nimmt³³, lässt sich mit großer Sicherheit prognostizieren, dass der EuGH ein nationales Schwangerschaftsrecht nicht mit dem Hebel des Art. 56 AEUV außer Kraft setzen wird.

2. Informationsdefizite beseitigen, ohne § 219a StGB zu streichen

Als sachlichen Grund für die angestrebte Aufhebung des Werbeverbots führt der Entwurf von Bündnis 90/Grüne an, eine Gesetzänderung sei „zwingend erforderlich“, um Patientinnen Zugang zu Informationen zu ermöglichen. Das ist unzutreffend. Denn Ärzt*innen können Frauen nicht nur im persönlichen Gespräch, bei einem Telefonat oder per Email Informationen zur Verfügung stellen. § 219a StGB gestattet auch die öffentliche Bereitstellung von Informationen, soweit diese nicht anstößig sind und nicht der Erzielung von Einnahmen dienen. *Derartige Informationen werden von Ärzt*innen sowie nicht-kommerziellen Beratungseinrichtungen angeboten – auch im Internet.* Überdies erhalten die betroffenen Frauen gemäß dem Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten

(SchKG) medizinische und psychosoziale Informationen im Rahmen eines Beratungsgesprächs bei einem Arzt oder einer Ärztin, der oder die nicht selbst den Abbruch durchführt, sowie bei den Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen. Allgemeine Informationen stellen – auch im Internet – Gesundheitsämter, Zeitschriften, Blogs und die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung zur Verfügung. Auch im Internet herrscht kein Mangel an Informationen.

Die vollständige Freigabe der Werbung ist nicht erforderlich, um ggf. noch bestehende Informationsdefizite zu beseitigen, da leicht wesentlich bessere Lösungen implementiert werden können. So ließe sich – etwa bei der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung oder den Gesundheitsämtern – eine *zentrale Informationsplattform* installieren, die nicht nur über die *verschiedenen Abbruchmodalitäten informiert*, sondern auch *Listen mit jenen Ärzt*innen* enthält, die Abbrüche vornehmen. Dabei könnten die Arztpraxen auch darauf hinweisen, welche der beschriebenen Behandlungswege sie anbieten. Zugleich könnte diese Plattform *dafür Sorge tragen, dass die Informationen in medizinischer Hinsicht verständlich und gehaltvoll sind und die einschlägigen rechtlichen Vorgaben genannt werden.* Die schlichte Streichung des § 219a StGB führt hingegen nicht zu mehr und besseren Informationen, sondern begründet die Gefahr, dass Ärzt*innen rechtliche Implikationen (bewusst oder unbewusst) verzerren, indem sie bspw. nicht von einem Fötus, sondern – wie geschehen – von „Schwangerschaftsgewebe“ sprechen.³⁴

3. Strafbarkeitsrisiken für Ärzt*innen eliminieren, ohne § 219a StGB zu ändern

Auch Strafbarkeitsrisiken für Ärzt*innen sind kein Anlass, § 219a StGB zu streichen. Denn die Fallzahlen sind insgesamt sehr niedrig, was zeigt, dass die Ärzteschaft kein Problem mit dem Werbeverbot hat. So sind im Vorgangserfassungs- und Vorgangsverwaltungssystem MESTA der Freien und Hansestadt Hamburg seit 2013 lediglich 36 Verfahren erfasst, von denen kein einziges Verfahren zu einer Verurteilung oder einem Strafbefehl geführt hat.³⁵ In Nordrhein-Westfalen waren seit dem 1.1.2008 insgesamt 50 Verfahren bei den Staatsanwaltschaften des Landes anhängig. Dabei führte nur ein Verfahren zu einer Verurteilung, in fünf Fällen wurden Strafbefehle erlassen. In Bayern ist in den letzten 18 Jahren nur in einem einzigen Fall Anklage erhoben worden, das Verfahren endete mit einer Verwarnung

29 BVerfG ZfL 2006, 135, 138.

30 Zutreffend *Berghäuser*, JZ 2018, 497, 503; *Goldbeck*, ZfL 2007, 14, 15; *Jansen*, jurisPR-StrafR 7/2018 Anm. 2.

31 Wie hier *Satzger*, ZfL 2018, 22, 24 (mit Fn. 8).

32 Dazu nur *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 62 AEUV Rn. 3.

33 *Kubiciel*, EuZW 2017, 494

34 Zutreffend *Berghäuser*, JZ 2018, 497, 503.

35 Freie und Hansestadt Hamburg, Drucksache 21/13299.

mit Strafvorbehalt. All dies zeigt, dass die *Staatsanwaltschaften mit Anzeigen sehr unsichtig umgehen und die übergroße Mehrheit der Verfahren (zwischen 100 und 90 Prozent) ohne Sanktion einstellen.*

Verbleibende Strafbarkeitsrisiken lassen sich beseitigen, ohne § 219a StGB zu ändern. So könnten Ärzt*innen auf die oben skizzierte zentrale Plattform verlinken, ohne sich durch die Verlinkung auf ein gesetzlich gestattetes Informationsportal strafbar zu machen. Damit würden die Ärzt*innen auch selbst informieren und ihre Bereitschaft zur Durchführung anzeigen können und wären von Schwangeren leichter auffindbar.

IV. Reduzierung des § 219a StGB auf unlautere Werbung?

Der Gesetzentwurf der FDP, der Ärztinnen und Ärzten lediglich eine „grob anstößige“ Werbung verbieten will, ist abzulehnen. Denn auch dieser Vorschlag führt nicht zu mehr und besseren Informationen und birgt überdies einen doppelten Widerspruch: Zum einen ist es tatsächlich und normativ widersprüchlich, wenn sich Frauen einer am Lebensschutz ausgerichteten Beratung unterziehen müssen, während Ärztinnen und Ärzte für Schwangerschaftsabbrüche in jedweder Form

werben dürften, solange dies nicht in grob anstößiger Weise geschähe. Das passt nicht zu dem Beratungsmodell (s. oben II.). Zum anderen muss sich die FDP, die die Entkernung des § 219a StGB mit der Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs begründet, fragen lassen, weshalb sie die Werbung nicht vollständig legalisiert, sondern eine grob anstößige Werbung bei Strafe verbieten will. Erklären ließe sich das nur, wenn man in § 219a StGB eine Vorschrift zum Schutz lauterer Wettbewerbs bzw. lauterer Werbung sieht, den Strafgrund also – systemwidrig³⁶ – vom Gegenstandsbereich Schwangerschaftsabbruch entkoppelt. Die Schaffung einer solchen „besonderen UWG-Norm“ wäre jedoch wenig überzeugend, da es einer solchen Vorschrift nicht bedarf. Eine solche Schutzrichtung ist von der FDP auch nicht intendiert. Vielmehr soll die Strafwürdigkeit daraus entspringen, dass *für einen Schwangerschaftsabbruch anstößig* geworben wird. Offenbar stellt dieser also auch für die Entwurfsverfasser keine rechtliche und soziale Normalität dar. Wenn dem aber so ist, sollte jede Form der Werbung für eine solche Leistung weiterhin untersagt bleiben.

³⁶ BeckOK-Eschelbach, StGB, § 219a Rn. 1.

*Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg**

§ 219a StGB – Zur notwendigen Korrektur eines kriminalpolitischen Irrwegs

Vorbemerkung der Redaktion: In den Trends auf Umschlagseite III von Heft 2/2018 der ZfL heißt es unter der Überschrift „§219a: Experten streiten über Werbeverbot“: „... der Hamburger Strafrechtler Reinhard Merkel ... vertrat die Auffassung, Ärzte, die Abtreibungen durchführten, erfüllten einen „Staatsauftrag“.“ Herr Professor Merkel legt Wert auf die Feststellung, dass Ärzte selbstverständlich keinen „Staatsauftrag“ zur Durchführung von Abtreibungen haben; sie haben überhaupt keine „Staatsaufträge“. Er habe vielmehr ausgeführt, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründe die Verpflichtung zur „Sicherstellung“ eines „ausreichenden und flächendeckenden Angebots sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen“ eine „Staatsaufgabe“. Die Redaktion der ZfL hat sich insoweit auf fehlerhafte Presseberichte verlassen. Sie bedauert es, dass die Stellungnahme Professor Merkels durch einen ZfL-Trend grob verzerrt wurde. (tw)

I. Vorklärungen: Struktur und normative Komplexität des Tatbestands

1. § 219a StGB Abs. 1 vereint ein ganzes Bündel von Tathandlungs- und Tatumstandsbeschreibungen. Bezogen

sind sie sämtlich auf künftige Schwangerschaftsabbrüche, deren Vorbereitung oder (mittelbare) Förderung als mögliche Wirkung solcher Tathandlungen befürchtet wird. In diesem Sinn versteht sich die Funktion des Paragraphen zunächst als „Vorfeldschutz“ für das Rechtsgut „Leben des Ungeborenen“. Der Paragraph differenziert nicht zwischen unterschiedlichen Formen der von ihm in Bezug genommenen künftigen Abbrüche und ihrer rechtlichen Beurteilung. Er erfasst sie alle, erklärt also ihre mögliche Förderung qua „Werbung“ unterschiedslos für strafbar.

Hierin liegt der hauptsächliche Grund für den Streit um die rechtspolitische Angemessenheit des § 219a. Denn anders als dieser für die sog. Werbung unterscheiden die §§ 218 und 218a StGB für die Abbrüche selbst naturgemäß scharf zwischen solchen, die strafbar (§ 218), und anderen, die tatbestandslos (§ 218a Abs. 1) oder sogar rechtmäßig sind (§ 218a Abs. 2 und 3). Es liegt freilich auf der Hand, dass die wie auch immer

* Der Autor ist emeritierter Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg.

Bei dem Beitrag handelt es sich um die Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu § 219a Strafgesetzbuch am 27. Juni 2018 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz.