

Monika Frommel

Im ideologischen Labyrinth. Was erwarten Demonstrantinnen, wenn sie „Weg mit dem Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche“ rufen?

Abstract

Beim politischen Streit über den umstrittenen § 219a StGB, der ein sehr weit gefasstes Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche vorsieht, stehen sich zwei Lager unverzähnlich gegenüber: Die „Progressiven“, die den Paragraph komplett streichen wollen, und die „Konservativen“, die ihn unverändert beibehalten wollen. Beide Positionen sind spätestens seit der Reform der §§ 218 ff StGB (1995) falsch. Die letztgenannte, weil der Paragraph tatsächlich überarbeitet gehört, und die erstgenannte, weil sie zu pauschal argumentiert und die Fortschritte der letzten Jahrzehnte ausblendet.

Schlagwörter: ärztliche Berufsrecht; Werbung; Anbieten; Schwangerschaftsabbrüche zwar straflos, aber rechtswidrig; Beratungslösung; Gewissensentscheidung; Schutzkonzept

Abstract

In the political dispute over paragraph 219 a StGB, which foresees a very far-reaching ban on advertisements for abortions, two sides are irreconcilably opposed to each other: the "progressives", who wish to abolish the paragraph entirely and the "conservatives" who want to keep it unchanged. Both positions are wrong, at least since the 1995 reform of paragraphs 218 ff. StGB of the penal code. In the latter case because the paragraph must indeed be revised, and in the former case because they argue too generally and ignore the progress made in the past decades.

Keywords: medical profession; advertisement; offer; abortions unpunished, but unlawful; consulting solution; question of conscience; protection concept

A. Einleitung

Eigentlich müssten diejenigen, welche die ersatzlose Streichung des Paragraphen § 219a StGB fordern, akzeptieren, dass Ärzte dann ganz offen ihr Leistungsspektrum – etwa „Abtreibung, stationär und ambulant, auch medikamentös“ benennen dürfen, also über ihre Erfahrungen auf diesem Gebiet, für ihre Einrichtung werben, auch damit,

DOI: 10.5771/0934-9200-2018-3-300

dass die Termine zügig vergeben werden und die Patientinnen zufrieden sind. Wollen die Verfasser der rot-rot-grünen Gesetzesentwürfe (der Entwurf der SPD wurde allerdings bei der Bildung der GroKo zurückgezogen¹), dass Berichte über Abtreibungen in den Medien üblich werden, wie man dies von Schönheitsoperationen kennt? Bislang wird diese Konsequenz nicht gezogen, auch in einschlägigen Interviews mit betroffenen Ärztinnen ist nur die Rede vom „Informationsrecht der Frauen“. Sogar das Recht aller Ärzte auf sachliche Information bleibt in diesen Berichten außen vor. Wieso ist das so? Schließlich ist der erschwerte Zugang nur ein Reflex des durch § 219a StGB eingeschränkten Berufsausübungsrechts von Abtreibungsärzten. Glauben denn die Protagonisten einer ersatzlosen Streichung selber, dass Schwangerschaftsabbrüche „rechtswidrig“ seien und nur nicht bestraft werden? Es sieht ganz so aus. Daher soll gezeigt werden, dass eine solche Position zwar von Abtreibungsgegnern seit 1995 vertreten wird, aber nicht mehr dem vom BVerfG aktualisierten Konzept des Lebensschutzes von Foeten bis zur 12. Woche entspricht.

B. Zwei unangemessene gegensätzliche Positionen – das „progressive“ und das „konservative“ Lager

Eine erste Erklärung für die undifferenzierten Forderungen könnte sein, dass die rot-rot-grünen Gesetzesentwürfe 2017 sehr schnell vorgelegt wurden, nämlich sofort nach der Verurteilung einer Ärztin wegen angeblich verbotener Werbung für den Schwangerschaftsabbruch am 24.11.2017. Die Parteien, welche sich für dieses Thema interessieren, waren zwar gut vorbereitet, aber sie setzten den Schwerpunkt auf eine breite Pressearbeit. Somit bleibt die erste und sich aufdrängende Frage noch immer unbeantwortet. Wollen diejenigen, welche die Streichung befürworten, wirklich den gesamten Paragraphen aus dem StGB herausnehmen, akzeptieren sie etwa, dass auch die Pharma-Industrie oder besonders geschäftstüchtige Ärzte ihre Produkte und Dienstleistungen anpreisen dürfen. Zu denken ist etwa an eine verharmlosende Werbung für leicht zugängliche medikamentöse Einwirkungen auf den Foetus. Naheliegend ist auch Wer-

1 Hatte sich die SPD kurz nach der Verurteilung der Gießener Ärztin Christina Hänel am 24.11.2017 den dort Demonstrierenden angeschlossen und die Streichung des § 219a StGB gefordert, musste sie Ende Februar, um den Frieden innerhalb der GroKo nicht zu gefährden, zurückrudern. Aber warum hat die SPD sich von der Vize-Vorsitzenden Eva Högl in diese missliche Lage bringen lassen? Sie wollte offenbar den Forderungen gerecht werden, konnte es aber dann doch nicht, weil Politik nun einmal ihre eigenen Regeln befolgen muss. Gesetze müssen nicht nur mehrheitlich und verfassungsgemäß sein, sondern in einer Koalition auch vom Koalitionspartner akzeptiert werden, zumal wenn es ein Antrag einer Fraktion ist. Somit war es spätestens seit Januar 2018 vorhersehbar, dass die verurteilte Ärztin Hänel auf keine zügige Gesetzesreform hoffen kann. Nach dem Rückzug der SPD Ende Februar 2018 meinte sie – subjektiv verständlich – im Stich gelassen worden zu sein. Im Juni wird es im Bundestag erneut eine Anhörung geben, dann wieder im Herbst. Aber die SPD muss umdenken und in Gesprächen mit "reformwilligen Fraktionen beziehungsweise Abgeordneten" nach einer Lösung suchen; denn ein Regierungsentwurf ist nicht in Sicht. Zu empfehlen ist der SPD, den Fraktionszwang zu lösen und sich mit FDP-Abgeordneten zusammen zu tun, da diese offen sind für Kompromisse.

bung für frühe genetische Untersuchungen des mütterlichen Bluts, um früh festzustellen, ob Abweichungen befürchtet werden müssen, was dann späte Eingriffe nach der Indikationenlösung erspart. Problematisch ist an einer solchen Werbung, dass sie den Arztvorbehalt aushöhlt. Derartige Mitteilungen fallen de lege lata unter die zweite Alternative des § 219a StGB, denn diese handelt nicht von „Informationen“, sondern von „grob anstößiger Werbung“. In der Debatte ignoriert wird also die Tatsache, dass § 219a StGB aus zwei völlig unabhängigen Teilen besteht. Nur die erste Tathandlung, das verbotene „öffentliche Anbieten“ ist zu weit, zu unbestimmt, systemwidrig und bei extensiver Auslegung verfassungswidrig. Nur diese Tathandlung war in Gießen angeklagt und nur sie erfasst bei der vom Gericht vorgenommenen extensiven (und dann wohl verfassungswidrigen) Auslegung *jede öffentlich zugängliche Information* (also insbesondere auch neutrale Eintragungen auf der Webseite nach Anklicken eines *link*). Die zweite Alternative hingegen ist politisch, verfassungsrechtlich und strafrechtsdogmatisch völlig unverfänglich und mit Blick auf die Beratungslösung, welche ja das Verlangen einer Frau als „achtbare Gewissensentscheidung“ qualifiziert² geradezu zwingend. Das 1995 reformierte Beratungsmodell passt nicht zu einer Bestrafung von Ärzten, die das geltende Recht einhalten.

Aber offenbar wollen diejenigen, welche so pauschal gegen § 219a StGB protestieren, *beide Alternativen* streichen. Nur dies erklärt die derzeitige Blockade. Auch die Grünen, welche ansonsten kompromissbereit sind, meinten hierzu in ihrer Begründung, dass das ärztliche Berufsrecht völlig ausreiche, um unangemessene Werbung zu unterbinden. Das ist wohl falsch und ignoriert zum einen die Tatsache, dass es auch Nicht-Ärzte gibt, die berufsrechtlich ohnehin nicht zu belangen sind, die aber aus ökonomischen Gründen für ihre Produkte werben möchten. Aber auch bei Ärzten ist problematisch, dass Berufsrecht Landesrecht ist, also keinen einheitlichen Lebensschutz garantieren kann.³ Alle drei Entwürfe und auch der des Bundesrats sind sich in dieser Einschätzung, die hier kritisiert wird, einig. Sie meinen, begründen dies aber nicht nachvollziehbar, dass das Berufsrecht und das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb auch bei solchen Auswüchsen wie dem „grob anstößigen Anpreisen“ ausreichen. Dass der Zweck von Werbeverboten die Regeln des Wettbewerbs stabilisiert und nicht dem Lebensschutz dient, sondern der Gesundheit der Frau und dem fairen Wettbe-

2 Allerdings nicht unter Art. 4 GG – Grundrecht auf Gewissensfreiheit subsumiert, was systematisch plausibel wäre, denn Abtreibungen sind Gewissensentscheidungen und entziehen sich schon deshalb der Kategorie Recht/Unrecht. Gegen die Anwendung des Art. 4 GG spräche nur die juristische Einordnung des Foetus als *Grundrechtsträger*. Aber dies ist der Foetus in den ersten Wochen gerade noch nicht. Ein Foetus ist zwar *schutzwürdig* und der Staat ist auch zu seinem Schutz verpflichtet (staatliche Schutzpflicht) und die Gesetzgebung ist aufgerufen, das Dilemma angemessen zu regeln. Dabei ist das Persönlichkeitsrecht (bzw. die Gewissensfreiheit) der Frau zu achten und der staatlich gebotene Lebensschutz so zu gestalten, dass Eltern sowohl ihren Beruf als auch die Kindererziehung vereinbaren können. Die Nähe des Rechts der Frau zu Art. 4 GG wurde und wird dennoch hier dogmatisch nicht weiter erörtert, da sich hier die Geister scheiden und eine ausführliche Darlegung nötig wäre. Dies gilt durchaus zu denken; denn die *Gewissensfreiheit* geht sehr viel weiter als die allgemeinen Freiheitsrechte und setzt dem Staat *absolute Grenzen*, während Freiheitsrechte einschränkbar sind.

3 Diese Frage der Gesetzgebungskompetenz wird noch vertieft werden.

werb, spricht allerdings gegen diese Konstruktion. Auch passt sie nicht zu der Festlegung des BVerfG aus dem Jahre 1998 (BVerfG, 27.10.1998 – I BvR 2306/96), wonach alle Regelungen zum Lebensschutz vom Bund im Rahmen seiner *Annexkompetenz zum Strafrecht dort* zu regeln sind. Die Länder sollen nämlich daran gehindert werden, die föderale Karte zu ziehen und das Thema „Abtreibung“ zu politisieren. Zu offensichtlich ist, dass dies zu uneinheitlich wäre. In Bayern prägen schließlich völlig andere Überzeugungen die Implementierung als etwa in Berlin oder Hamburg. Berufsrecht wird aber ausschließlich von den Ländern umgesetzt. Deren Regeln dienen dem Gesundheitsschutz und einem fairen Wettbewerb, die Länder sollen aber nicht über den Umfang und die Grenzen des Lebensschutzes bestimmen, ihr Berufsrecht ersetzt nicht § 219a StGB.

I. Woher kommen die Denkblockaden?

Wieso ignorieren die genannten Gesetzesentwürfe die komplizierte Geschichte der Reformen und die ausgefeilte Rechtsprechung des BVerfG 1998? Wieso prüfen sie nicht, ob ein vollständiger Verzicht auf ein Werbeverbot, selbst wenn eine konkrete Werbe-Aktion dem Lebensschutz widerspricht, verfassungskonform ist? Die Gründe sind ziemlich durchsichtig, aber nichts desto trotz kontraproduktiv und leider folgenreich, weil sie eine Verständigung unmöglich machen. Offenbar wollen die genannten Politiker und Politikerinnen anknüpfen an längst vergangene Zeiten, in denen sie kämpferisch und publikumswirksam „Frauenrechte“ eingefordert haben. Sie sehen das als ihren politischen Markenkern, erkennen aber, dass dann die Union im Jahre 2018 nicht mehr die fatale Rolle der Gegnerin von Frauenrechten spielen wird, sondern die Reform blockiert. Die provokative Rückblende in die frühen 1970er Jahre, welche den Demonstrantinnen vor dem Amtsgericht Gießen sichtlich große Freude bereitet hat, motivierte folglich die Union, ihnen den Spaß zu vereiteln. Die undifferenzierte Forderung war eine Steilvorlage, welche es der CDU-Frauen-Union ermöglicht, sich als Retterin des ungeborenen Lebens zu präsentieren⁴ und dabei auch noch so tun, als verteidige sie die liberale Reform der §§ 218 ff StGB des Jahres 1995.

4 Der Staatsanwalt im Gießener Verfahren hatte die Rückdeckung des Generalstaatsanwaltes und der Ministerin. Die für Hessen zuständige Justizministerin Eva Kühne-Hörmann (CDU) meinte im Interview mit der SZ, § 219a StGB sei unverrückbar. Sie gab dabei eine juristisch völlig falsche Antwort, nämlich dass § 219a StGB es verhindere, dass ein Arzt berät und dann „am nächsten Tag“ abtreibt. Eine solche Antwort ist absurd; denn das SchKG regelt das Verfahren und auch bei einem ethisch neutralen operativen Eingriff gilt medizinrechtlich ohnehin eine 3-Tage-Bedenkzeit zwischen ärztlicher Aufklärung und Eingriff.

II. Grundrechtsferne der „Konservativen“

Allerdings zeigt auch die Union, wie wenig Geschichts- und aktuelle Grundrechtskenntnisse sie hat⁵. Sie argumentiert rein strafrechtlich und folgt lediglich der sog. herrschenden Meinung zu § 219a StGB in den gängigen Kurzkommentaren⁶. Thomas Fischer, der lauteste dieser Kommentatoren, behauptet nicht nur – ohne das jemals überprüft zu haben –, dass § 219a StGB erstens unbedenklich und zweitens praktisch unbedeutend sei. Im Übrigen wiederholt er längst überholte Positionen, die zuvor sein Vorgänger Tröndle, ein extremer Abtreibungsgegner, proklamiert hatte. Richtig waren diese Thesen nie, aber sie waren 1976 wenigstens vertretbar, weil § 219a StGB damals zum rigiden Gesamtkonzept passte. Dass diese Verbotsnorm damals zum letzten Mal aktualisiert wurde, spricht gegen die herrschende Meinung und für die These des ‚vergessenen Paragraphen‘. Denn 1976 waren noch alle Abtreibungen rechtswidrig, es sei denn eine bindende Drittbeurteilung erklärte sie für rechtmäßig (Indikationenlösung). Aber nur solange die Rechtswidrigkeit vermutet und Frauen bevormundet wurden, war ein derart weit gefasstes Werbeverbot nachvollziehbar. Notwendig war es selbstverständlich nie, wie schon die Tatsache zeigt, dass es in der Weimarer Republik abgeschafft (1926 – nach langer Debatte) und erst 1933 wieder eingefügt worden war, um alle Abtreibungsärzte verfolgen zu können. Dass nach 1945 und auch während der Reformdebatte 1974–1995 die gesamte juristische Literatur diese Dogmengeschichte verdrängt, bagatellisiert oder verfälscht hat, soll später erörtert werden. Jedenfalls war die Tathandlung des „öffentlichen Anbietens“ spätestens mit der reformierten Version der Beratungslösung – im Jahre 1995 – obsolet. Dass das niemand sah, vermutlich weil § 219a StGB nicht genauer debattiert worden war, obgleich es bekannt war, dass sie erst 1933 wieder eingeführt worden war⁷, spricht Bände, ist aber nicht ungewöhnlich. Dass die kritische Aufarbeitung der Geschichte allerdings auch noch 1995 unterblieb, gibt zu denken. Vielleicht hat diese Zurückhaltung den Grund, dass damals die Gesetzgebung noch sehr vorsichtig sein musste und die Literatur mit der Frage beschäftigt war, wie man denn einen Tatbestandsausschluss dogmatisch fassen könne. Da aber diese Frage nur die Frau, nicht aber die Ärzte betrifft, wird sie hier ausgeklammert⁸.

5 Auffallend ist die Neigung, nur das erste Abtreibungsurteil zu zitieren und so zu tun, als habe sich seit 1975 nichts getan. Auch wird die Tatsache, dass § 219a StGB 1976 eingeschränkt wurde (Beratungsstellen dürfen informieren) so gedeutet, als handele es sich bei der bedenklich weiten Tathandlung des „Anbietens“ nicht um NS-Recht, sondern um ein demokratisch beschlossenes Gesetz. Doch findet sich keine einzige Stelle in den Motiven, die das belegt. Es ist schlicht ein vergessenes Verbot.

6 Allen voran der StGB-Kommentar des Beck-Verlages, bearbeitet von Thomas Fischer, eigentlich einem bekannten Kritiker illiberaler Tendenzen in der Kriminalpolitik, der aber bei § 219a StGB unreflektiert kommentiert und nach der Verurteilung in Gießen auch noch diesen *status quo* verteidigt (<https://www.zeit.de/gesellschaft/2017-12/schwangerschaftsabbruch-werbung-abtreibung-gesetzesänderung/komplettansicht?cid=19587378>).

7 Auch dies soll später erörtert werden.

8 Gelöst werden kann sie, wenn man bedenkt, dass Gewissensentscheidungen nicht der Logik von Recht und Unrecht folgen. Sie anzuerkennen hat die Funktion, Freiräume für autonome Entscheidungen zu schaffen. Dass herkömmliche Strafrechtsdogmatik nicht so argumentiert,

III. Die liberale Aktualisierung des Lebensschutzes durch die Entscheidung des BVerfG im Jahre 1998

Erst mit der neueren Rechtsprechung des BVerfG – deutlich seit 1998 – war klar, dass Ärzte ihre Dienstleistung legal und im Rahmen des *Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG – Berufsausübungsfreiheit* – anbieten⁹. Zwar kann die Berufsausübungsfreiheit eingeschränkt werden, aber dann muss sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtsprechung im konkreten Fall die Kollision zwischen Lebensschutz und Grundrechtsausübung sehen und angemessen abwägen. Letzteres geschah während der gesamten Reformdebatte nie, weder im Bundestag noch vor Gerichten. So gesehen wundert die schlichte Begründung des Amtsgerichts Gießen (der ersten gerichtlichen Entscheidung zu dieser Frage) nicht. Die Richterin erkannte – trotz des entsprechenden Vortrags der Verteidigung – nicht, dass das einfache Recht im Lichte des Grundrechts interpretiert werden muss. Im Gegenteil, sie glaubte sogar wegen des „Wortlauts“ („Anbieten“ sei angeblich eindeutig) an einer einschränkenden Auslegung gehindert zu sein. Außerdem verwies sie lakonisch auf die nicht minder ungenügende Kommentierung von Thomas Fischer und verurteilte. Nun ist die Grundrechtsferne nicht nur ein Mangel des Kurzkommentars, den Thomas Fischer bearbeitet, sondern einer der gesamten herrschenden Meinung, soweit es die Kurzkommentare betrifft. Da die Praxis aber nur diese zur Kenntnis nimmt, determinieren sie die Routinen seit Jahrzehnten und damit auch die ärztliche Informations-Praxis. Zwar kann man mittlerweile in Berlin und Hamburg wenigstens Listen einsehen, in die sich Ärzte eintragen, die von ihrem Weigerungsrecht keinen Gebrauch machen. Aber öffentlich zugänglich vermerken sie dies nicht, weil alle Ärzte die Erfahrung gemacht oder von solchen erzählt bekommen haben, dass dann eine Anzeige durch aggressive Abtreibungsgegner eingeht. Auch die am 24.11.2017 verurteilte Ärztin wurde von „Nie wieder“ angezeigt. Sie hätte zwar den Eintrag auf ihrer Webseite löschen können, um eine Anklage zu vermeiden (Diversion nach § 153a Strafprozeßordnung). Aber sie tat dies jedoch – juristisch beraten – nicht, weil sie entweder einen Musterprozess führen und gewinnen wollte oder zumindest eine Gesetzesreform erreichen.

liegt auf der Hand, sollte sich aber ändern; denn in einer pluralen Gesellschaft sind derartige Konstellationen häufiger als in homogenen und traditionalen Gesellschaften.

- 9) Da Strafverfahren sich nur gegen Ärzte richten (die betroffene Frau hat selbst bei klaren Regelverstößen einen persönlichen Strafausschließungsgrund), konnte das BVerfG die Frage, welche Rechtstellung die Frau hat, dahingestellt sein lassen, da es ausschließlich um Arztrechte geht. Letzteres wird in der Debatte nicht gesehen. Beklagt oder gelobt wird, dass sich Frauen nur „nicht strafbar“ machen. Die einen vermissen ein „Recht“, die anderen betonen die angebliche „Rechtswidrigkeit“.

1. Begriffsklärung: Welche Art von „Werbung“ ist Ärzten nach ihrem Berufsrecht erlaubt, was ist verboten?

Der berufsrechtliche Werbebegriff im Arztrecht ist weiter als der alltagssprachliche Begriff und umfasst alle Informationen in eigener Sache. Ärzten ist dies grundsätzlich erlaubt. Es gibt aber eine Ausnahme: beim Schwangerschaftsabbruch regelt § 219a StGB – Anbieten – das Verbot bzw. die erlaubte Information strafrechtlich. Das Prinzip Lebensschutz fasst die ärztliche Informationsfreiheit somit erheblich enger.

Grundsätzlich gestattet ist nach § 27 Abs. 1 der (Muster-)Berufsordnung der deutschen Ärzte (MBO) die sachlich berufsbezogene Information. Heute ist man sich einig, dass dies gerade im Hinblick auf das Patientenwohl auch nur erwünscht sein kann. Denn, wer die richtige Entscheidung treffen will, muss umfassend informiert sein. Das gilt für die Wahl des Arztes genauso wie für die Wahl der Behandlung. Damit ist vieles erlaubt, aber längst nicht alles. Einige Methoden, wie sie von der gewerblichen Wirtschaft benutzt werden, können Ärzten durchaus untersagt sein. Gemäß MBO ist grundsätzlich die berufswidrige Werbung verboten. Der Arzt darf diese weder durch andere veranlassen noch dulden.

2. Was bedeutet berufswidrige Werbung und kann das Berufsrecht den Straftatbestand § 219a StGB ersetzen?

Berufswidrige Werbung ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. Dazu gehört unter anderem die bewusste Herausstellung der Person des Arztes statt seiner Leistungen und Fähigkeiten. Darunter fällt Werbung mit unklaren Bezeichnungen, die zum Beispiel mit schwieriger zu erwerbenden Fähigkeiten verwechselt werden können ebenso wie der Vergleich mit der Konkurrenz. All dies ist nicht zulässig. Verboten ist darüber hinaus jede Form von Werbung mit reißerischen oder marktschreierischen Mitteln, beispielsweise nichtssagende oder reklamehafte Inhalte wie „Bei uns werden Sie bestens versorgt...“ oder „Wir sind die Nummer Eins in der Medizin.“

Werden Informationen über den Schwangerschaftsabbruch im Rahmen der §§ 218 ff StGB geregelt, bedeutet dies historisch und systematisch, dass das Berufsrecht nur subsidiär zur Anwendung kommt, soweit es um den Wettbewerb unter Ärzten und den Gesundheitsschutz geht. Lebensschutz ist nicht der Zweck des Berufsrechts. Nach der Rechtsprechung des BVerfG – 1998 – hat der Bundesgesetzgeber insoweit von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht. Die Grenzen des Lebensschutzes müssen also, folgt man dieser Rechtsprechung, strafrechtlich bestimmt werden.

C. Kann Berufsrecht die zwei selbstständigen Alternativen des § 219 a StGB ersetzen?

Wer fordert „Weg mit § 219a StGB“, möchte erreichen, dass Schwangerschaftsabbrüche ohne Abstriche allen übrigen ärztlichen Dienstleistungen gleich gestellt werden.

Eigentlich ist es klar, dass eine solche Forderung unerfüllbar ist. Zwar ist ein Schwangerschaftsabbruch eine ärztliche Dienstleistung und fällt auch in den Schutzbereich des Grundrechts der ärztlichen Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG). Diese Bewertung ist auch nicht mehr strittig, sondern 1993 und 1998 vom BVerfG festgeschrieben worden. Aber dennoch bleibt jede Abtreibung eine problematische Handlung, da sie nun einmal *Frühformen des menschlichen Lebens* vernichtet. Folgt man der 1995 erreichten Beratungslösung¹⁰, dann hat die ungewollt Schwangere ein Entscheidungsrecht. Sie muss keine Gründe nennen, unterliegt keiner Drittbeurteilung (wie noch bei der Indikationenlösung des Jahres 1976 oder der medizinischen Indikation des geltenden Rechts). Verfassungsrechtlich gesprochen trifft die Frau eine nicht überprüfbare *Gewissensentscheidung*, die vom Recht zu akzeptieren ist. Die Frage der Rechtmäßigkeit/ Rechtswidrigkeit ist bei Gewissensentscheidungen systemwidrig. Der Staat hat der Frau einen Rahmen anzubieten, innerhalb dessen sie sich frei entscheiden kann. Ärzte sind in diesem Konzept Träger des Lebensschutzes, dürfen aber ebenfalls nicht bevormunden. Daraus folgt, dass sie informieren können müssen. Daraus folgt aber auch, dass sie ihre Dienste nicht „anstoßig“ anpreisen dürfen. § 219a 2. Alternative StGB abschaffen zu wollen, ist also abwegig. Strittig ist somit nur die Tathandlung der 1. Alternative, das öffentliche Anbieten. Natürlich hätte das Amtsgericht Gießen am 24.11.2017 dieses Merkmal restriktiv auslegen können und damit die Staatsanwaltschaft zwingen, in Revision zu gehen, falls sie in Übereinstimmung mit der Justizministerin des Landes Hessen bei ihrem Standpunkt bleibt. Die Richterin hat sich jedoch auf die sog. herrschende Meinung gestützt und zitiert als Bestärkung den Kurzkommentar, den zwar der ansonsten eher kritische Thomas Fischer verantwortet, der aber in dieser Frage Grundrechtsferne zeigt. Fast alle Strafrechtskommentare (mit Ausnahme des Nomos-Kommentars – Bearbeiter: R. Merkel) kennen weder die Geschichte des Verbots des Anbieters noch setzen sie sich mit der 1998 erfolgten Aktualisierung des Lebensschutzkonzeptes durch das Bundesverfassungsgericht auseinander. Deshalb prüfen sie weder die Eignung noch die Erforderlichkeit und schon gar nicht die Verhältnismäßigkeit der unterstellten ärztlichen Pflicht darüber zu schweigen, ob solche Dienste konkret zugänglich sind oder nicht. Niemand hätte diese kognitiven Schwächen und diese erheblichen argumentativen Mängel bemerkt, wären da nicht aggressive Abtreibungsgegner, die routiniert alle ärztlichen Webseiten regelmäßig durchforsten

¹⁰ 1995 entfiel mit der Beratungslösung jede Drittbeurteilung des Verlangens einer ungewollt Schwangeren. Dies war ein Paradigmenwechsel. Jede Frau konnte legal abtreiben, wenn sie sich einen Beratungsschein besorgt hatte. Sie ist seit dieser Gesetzesänderung frei. Denn begründen muss sie ihr Verlangen nicht, auch nicht Auskunft geben, wieso sie dies will. Auch muss sie sich nicht auf ein Gespräch einlassen, wenn sie das nicht will. Die Beratungslösung ist somit de facto eine Fristenlösung.

und gegen jeden eine Strafanzeige losschicken, der oder die sich nicht an das Schweigegesetz hält. Normalerweise stellen Staatsanwälte ein. Da im Gießener Fall die Beschuldigte aber kein Bußgeld bezahlen wollte und auch den Eintrag nicht löschen, klagte der Staatsanwalt an, nicht zuletzt auch deswegen, weil er wusste, dass er die Hierarchie hinter sich hat.

Die mittlerweile offensichtliche Blockade im politischen Raum war vorhersehbar. Es kollidieren zwei unversöhnliche Ideologien. Die FDP sitzt zwischen zwei Blöcken, ist aber zu leise, um durchzudringen. Rechtspolitisch sieht die Lage somit ziemlich verfahren aus. Beobachter sind gespannt, ob sich im Herbst dennoch etwas bewegen wird.

I. Wie können die jeweiligen Blockaden erklärt werden?

Schauen wir uns, um zu verstehen, noch einmal die *Spruchbänder* der Demonstrantinnen am 24.11.2017 anlässlich der Verhandlung des Amtsgerichts Gießen gegen die mittlerweile verurteilte Ärztin genauer an. Sie reden im Jahr 2017 über ein angeblich in § 219a StGB normiertes absolutes Verbot der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche. Nicht das Gericht, sondern das Gesetz ist der Grund für die Kriminalisierung. Diese Präsentation ähnelt bewusst den Aktionen vor 46 Jahren. Damals ging es darum, gegen ein absolutes Abtreibungsverbot und eine juristische Macht zu kämpfen, die durch und durch patriarchal war. Im Jahr 1971 waren es *Selbstbezeichnungen* von prominenten Frauen: „Ich habe abgetrieben“. Im Jahre 2017 kopieren einige Ärztinnen aus Solidarität mit der Angeklagten diese Aktionen, welche damals im Stern und in der „Le Monde“ abgedruckt waren, und bekennen sich im November 2017 in der TAZ, dass auch sie Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Weitere Ermittlungsverfahren sind mittlerweile in Hessen (Kassel) anhängig.

II. Wieso werden Aktionen nach einem halben Jahrhundert nahezu eins zu eins kopiert? Wieso meinen die Akteure, es habe sich in der Zwischenzeit zu wenig geändert?

Die Antwort ist einfach. Linke oder sich radikal nennende feministische Kritik folgt einem eingespielten Muster, das es zu verstehen gilt. Sie begehren gegenüber Institutionen, Regierungen, auch einem demokratisch legitimierten System auf, das in ihren Augen Machtmissbrauch begeht, und sie wähnen sich dabei legitimiert, weil eine kritische Masse an Bürger und Bürgerinnen hinter ihnen steht, für die sie stellvertretend Einspruch erheben.

In den 1970er Jahren stimmte diese Inszenierung. Alle Akteure lebten in einer patriarchalen Gesellschaft. Kämpfe waren nötig, koordiniert wurden die zahlreichen Aktionen gegen den damaligen § 218 StGB durch ein frauenpolitisches Gremium, das so etwas wie den Beginn der zweiten Welle der Frauenbewegung darstellte. Es stellte im Juli 1971 folgende Forderungen an den damaligen Bundesjustizminister Gerhard Jahn:

1. den § 218 aus dem Strafgesetzbuch zu streichen,
2. den Schwangerschaftsabbruch von Fachärzten vornehmen zu lassen,
3. die Abtreibung sowie "die Pille" als Kassenleistung festzuschreiben,
4. eine Sexualaufklärung, die sich an den Bedürfnissen der Frauen orientiert.

Diese Forderungen sind aus Sicht vieler Vertreterinnen von ProFamilia, vermutlich auch des Deutschen Juristinnenbundes und innerhalb des rot-rot-grünen Spektrums bis heute nicht erfüllt. Sie interpretieren also die 1995 eingeführte *de facto Fristenlösung* mit Beratungzwang *negativ* als faulen Kompromiss und sehen in der Beratung Zwang. Nüchtern betrachtet ist aber die Beratungslösung sehr viel mehr als nur ein Kompromiss. Sie macht symbolisch deutlich, dass Lebensschutz zwar ein wichtiges Gut ist, dass aber die Frau frei über ihr künftiges Leben entscheiden können muss. Interpretiert man diese Freiheit als Garantie einer autonomen *Gewissensentscheidung*, dann ist das geltende Recht gegen Versuche der staatlichen Bevormundung abgesichert. Denn die Beratungspflicht ist rein prozedural (ergebnisoffen) und stellt nur sicher, dass sie freiwillig und überlegt ist. Das Beratungsmodell zwingt außerdem die Politik, angemessene Angebote zu machen, um das Dilemma von Frauen und Paaren zu verringern. Sie sollen nicht nur deswegen eine Abtreibung erwägen, weil sie ansonsten unzumutbare ökonomische Nachteile hätten.

Das geltende Beratungsmodell garantiert der ungewollt Schwangeren die Letztentscheidung nicht deswegen, weil sie über ihren Körper entscheiden darf. Es gewährt ihr auch kein „Recht“ gegen den Embryo (auch keinen Rechtsanspruch gegen die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung), sondern es sichert ihr zu – eine Konstruktion, die in Europa einzigartig ist –, dass der Staat Gewissensentscheidungen nicht beurteilen darf und schon gar nicht sanktionieren, sondern akzeptieren muss. Er darf nur prozedurale Regeln (Beratung) vorschreiben, um mutwillige oder gar unter Zwang erfolgende Kurzschlusshandlungen zu erschweren. Aus heutiger Sicht ist nicht zu sehen, inwiefern eine solche Konstruktion der ansonsten in Europa dominierenden reinen Fristenlösung unterlegen sein soll. Auch die Fristenlösung ist im Grunde eine Garantie für eine autonome Gewissensentscheidung. Dass allerdings 1995 der noch völlig anders begründete § 219a 1. Alternative StGB unverändert blieb, ist unverständlich. Wer eine Gewissensentscheidung treffen darf, muss sich auch frei informieren können. Ärzte, die Bestandteil des Lebensschutzkonzeptes sind, dürfen nicht gegängelt werden. Da aber das Verbot des öffentlichen Anbietens nie diskutiert wurde, obgleich es mit dem Beratungsmodell unvereinbar ist, blieb dieses Merkmal stehen. Die Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur blieb also mangelhaft. Im Jahre 2018 ist es daher zwingend, dass entweder die Gesetzgebung oder aber die Rechtsprechung diese systemwidrige Tathandlung des öffentlichen Anbieters streicht.

Dennoch ist es erstaunlich, dass nicht nur die herrschende Meinung, sondern auch die Demonstrantinnen im Jahr 2017 dieselben veralteten Argumente benutzt haben wie vor fast einem halben Jahrhundert. Wie im Jahre 1971 inszenierten sie ihren Protest gegen eine befürchtete Kriminalisierung der Ärztin, als sei nur der politische Kampf erfolgversprechend. Lautstark kritisierten sie vor der öffentlichen Verhandlung im Eingangs-

bereich des Amtsgerichts Gießen „das Gesetz“ und nicht die Praxis. Sie hofften, im gemeinsamen Kampf für die Selbstbestimmung aller Frauen das in ihren Augen bevorstehende Recht zu beseitigen. Auch nach der Verurteilung der Ärztin und noch während der rechtspolitischen Kontroversen (bis April 2018) verharnten alle aktiv Beteiligten, mit Ausnahme der FDP, welche sich dieser Polarisierung verweigert, in diesen äußerst holzschnittartigen Rollen. Geändert hat sich lediglich die Technik der Demonstrationen. Schon vor dem Gerichtsverfahren und auch danach übernahm die Rolle der Koordination der online-Dienst *change.org*. Mehrfach wiederholte Aufrufe sammelten Unterstützung für die *Informationsfreiheit* der Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch überlegen. Arztrechte wurden ignoriert, betont wurde, dass Frauen freien Zugang zu solchen Diensten über nicht weiter regulierte ärztliche Webseiten haben müssen. Auch wurde eine entsprechende Petition in Berlin an die Parteien (mit Ausnahme der Unionsparteien) übergeben. Die mediale Wirkung war beachtlich. Praktisch aber ist bislang weder vor Gerichten (Berufung, Revision, Verfassungsbeschwerde) noch durch die Politik ein Durchbruch erreicht worden.

Lösen lässt sich diese fatale Situation nur, wenn sich alle Befürworter einer Reform mit der FDP zusammen tun, den Fraktionszwang für SPD- und Unions-Abgeordnete beenden und für eine überfraktionelle Mehrheit werben. Diese Strategie war bereits 1974 erfolgreich (Gruppenantrag aus SPD/FDP). Zwar wurde die Fristenlösung 1975 noch vom BVerfG gekippt, aber eine derartige Niederlage ist mittlerweile nicht mehr realistisch. Die Grundrechte der betroffenen Ärzte sind dem BVerfG bewusst.

D. Vorschlag für eine Reform des § 219a

Ziele und Rechtsgut:

- Garantie des ärztlichen Informationsrechts (Art. 12 Abs. 1 GG),
- Entscheidungsfreiheit der Frau (Art. 1 und 2 GG).
- Die Garantie der freien Entscheidung bedeutet, dass Patientinnen tatsächlich in die Lage versetzt werden müssen zu erfahren, welche Ärzte und Ärztinnen in ihrer Region Schwangerschaftsabbrüche durchführen und welche Methoden sie beherrschen.
- Ferner sind die gesellschaftlichen Interessen an einem angemessenen Lebensschutz 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

TITEL: ENTKRIMINALISIERUNG

1. eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs oder
2. Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet sind, unter Hinweis auf diese Eignung

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

Begründung für diese Version (sie entspricht weitgehend der Forderung der Bundes-FDP):

Gestrichen werden nur 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 der **anstößigen Werbung**. Diese Alternative wurde erst 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 NIPD (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. Auch die Tatsache, dass sich Ärzte bereits nach ihrem *Berufsrecht* mäßigen müssen, kann nicht rechtfertigen, § 219a StGB ersatzlos zu streichen, da der Lebensschutz insgesamt strafrechtlich zu regeln ist. Eine rein berufsrechtliche Regelung würde unterstellen, dass ein Schwangerschaftsabbruch eine ärztliche Behandlung wie jede andere sei. Dies widerspräche aber selbst der liberalen Aktualisierung des Lebensschutzkonzeptes durch das BVerfG im Jahre 1998 (bestätigt 2006 durch BVerfG, Beschluss v. 24.5.2006, BvR 1060/02 und 1139/03, Rdn. 36). Bei dieser Beschwerde von bayerischen Ärzten gegen eine äußerst restriktive landesrechtliche Regelung stellte der Senat ausdrücklich fest (BVerfG, 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96), dass *landesrechtliche Regelungen zur Konkretisierung des Lebensschutzkonzeptes* nicht zulässig sind (keine Kompetenz). Da Gegenstand dieser Entscheidung ein Landesgesetz war, das für nichtig erklärt wurde, betrifft diese Einschränkung – konsequent weiter gedacht – auch Werbeverbote, wenn sie den Schwangerschaftsabbruch betreffen. Auch sie können – soweit sie Ärzte betreffen – nicht ausschließlich durch das Berufsrecht des jeweiligen Bundeslandes geregelt werden. Viel-

mehr muss der Bund im Rahmen des Gesamtkonzepts die nicht ohne weiteres vereinbaren Prinzipien und Rechte der Betroffenen abwägen. Streicht der Bund § 219a StGB *ersatzlos*, dann erlaubt er damit auch die gezielte und sogar die anstößige Werbung für Schwangerschaftsabbrüche. Ob dies verfassungskonform wäre (Untermaßverbot), ist fraglich; denn diese Vorfeldstrafbarkeit reagiert auf die Tatsache, dass eine Strafbarkeit wegen Anstiftung erst sehr spät einsetzt, nämlich erst dann, wenn die öffentliche Äußerung bereits zu einem konkreten verbotenen Handeln auffordert, was allenfalls theoretisch vorstellbar, aber praktisch mehr oder weniger ausgeschlossen werden kann. Ob daher ein so weitgehender Verzicht auf Werbeverbote sinnvoll und auch verfassungsgemäß ist und ob es für eine solche Regelung eine Mehrheit im Bundestag geben könnte, das sind Fragen, die schwer vorhersehbar sind und deshalb gegen ein Gesetzesvorhaben sprechen, das bewusst diese Risiken eingeht und § 219a StGB *ersatzlos* streichen möchte.

Umgekehrt sind aber auch 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.¹¹ Nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG gibt es keinen Grund mehr für ein Schweige- oder Tabuisierungsgebot. Ein solches Gebot kann nicht Rechtsgut eines Straftatbestandes sein. *Rechtsgut* eines reformierten § 219a StGB ist die Wahrung der ärztlichen Berufsausübungsfreiheit und der Entscheidungsfreiheit der Frau. Das Beratungskonzept (1995) hat sich bewährt. Die moderate Reform dieser vergessenen Paragraphen sollte im Konsens aller die Liberalisierung der §§ 218 ff StGB und die Antidiskriminierungspolitik des letzten Jahrzehnts tragenden Parteien geschehen und nicht zu einer würdelosen Wiederholung längst erledigter Schlachten um § 218 StGB absinken.¹²

E. Ein Blick zurück in die verwinkelte Gesetzgebungsgeschichte

Nicht § 219a StGB, wohl aber das *unbestimmte Verbot des öffentlichen „Anbietens“* solcher Dienste stammt aus dem Jahr 1933 (nachzulesen im Reichsgesetzblatt 1933 – Abänderung strafrechtlicher Vorschriften) und wurde später während der gesamten Reformgeschichte nicht reflektiert. Zum einen, weil nach 1945 grundsätzlich wenig über die unauffälligen Verfolgungen der NS-Zeit nachgedacht wurde, zum anderen, weil noch das patriarchale Urteil (besser Vorurteil) galt, dass Frauen „normalerweise“

11 Stellv. für wenige, die sich einer Reform des § 219a StGB widersetzen: *Kubiciel* (Hrsg.), Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 4/2017.

https://www.jura.uni-augsburg.de/lehrende/professoren/kubiciel/downloads/koelner_papier/APzK-4_2017__-219a.pdf.

12 Anbieten i.S. des § 219a StGB ist nicht nur ein vergessenes Relikt aus dem Jahr 1933, sondern auch eine häufig genutzte Steilvorlage für aggressive Abtreibungsgegner (babycast), welche sie nutzen, um alle Ärzte, die Abtreibungen lediglich anbieten, zu drangsalieren und mit Anzeigen wegen dieser unsinnigen Norm zu belästen, vgl. hierzu https://www.novo-argumente.com/artikel/abtreibungsgegner_nutzen_nazi_paragraph.

zum Austragen ihrer Leibesfrucht „sittlich“ verpflichtet seien (so das BVerfG 1975 in seinen berüchtigten Begründungen). Zwar bestand das Verbot schon 1871, aber es wurde 1926 – damals noch unter einer anderen Nummerierung – kritisiert und nach sehr ausführlicher und kontroverser Debatte aufgehoben. Der 1933 wieder eingeführte (nachzulesen im Reichsgesetzblatt 1933 – Abänderung strafrechtlicher Vorschriften) neue NS-Tatbestand hatte den Zweck und wurde auch sofort in diesem Sinne sehr intensiv angewandt, alle Ärzte, die missliebig waren, etwa weil sie im Verein sozialistischer Ärzte tätig, mit den brutalen Mitteln des NS-Regimes zu bekämpfen. So wurde z.B. sofort – bei entsprechendem Verdacht – 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 Röhm-Putsch 1937 – eine *Reichszentrale zur Verfolgung der Homosexualität und Abtreibung* gebildet wurde.

Die Besatzungsmächte – außerhalb der russischen Zone – nahmen keinen Anstoß an dieser Vorschrift, da auch sie patriarchale Verbote kannten. Auch die Gesetzgebung nach 1949 sah keinen Grund, die §§ 218 ff StGB zu reformieren. Nur die Todesstrafe – nach der Verschärfung 1943 – wurde abgeschafft. 1953 wurde die Fassung des Jahres 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). Auch Schönke/Schröder (1. Aufl. 1941, aber dann auch noch in der 3. Aufl. 1947) informiert so, fügt aber hinzu, dass der NS-Tatbestand uneingeschränkt angewandt werden könne. Reflektiert wurde das Ganze nie. Selbst während der Reformen der §§ 218 ff 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 ohne Debatte über die Entstehungsgeschichte. Dass die 1. Alternative zu weit war, wurde nie diskutiert. Auch 1995 nicht, obgleich dann schon das ärztliche Berufsrecht es erlaubte, neutrale Informationen für alle ärztlichen Leistungen öffentlich bekannt zu geben. Die Formel von der „Rechtswidrigkeit, aber Straflosigkeit“ bezieht sich seit 1995 – wenn überhaupt – 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. Bis zur Entscheidung des AG Gießen (AG Gießen, 24.11.2017 – 507 Ds 501 Js 15031/15) hatte sich weder die Frauenbewegung noch die Ärzteschaft um die Rechtstellung der für Abtreibung spezialisierten Ärzte gekümmert. Auch der Berufsverband der Frauenärzte und die Standesorganisationen dieser Gruppe von Ärzten setzten sich in der Vergangenheit nicht für sog. „Abtreibungsärzte“ ein, sondern erst

jetzt, aber wieder ohne eine angemessene Analyse der verfassungsrechtlichen Problematik.

F. Praktische Bedeutung des Merkmals des öffentlichen Anbietens

Die Bedeutung wurde in der Vergangenheit erheblich unterschätzt, da betroffene Ärzte es vorzogen, im Ermittlungsverfahren die Webseite zu ändern und, falls dies von der Staatsanwaltschaft verlangt wurde, ein Bußgeld zu bezahlen. Das Verfahren gegen die Ärztin Hänel fällt aus diesem Rahmen. Es ist die erste Verurteilung (zuvor gab es nur ein gerichtliches Verfahren, und zwar in Pegnitz, das allerdings mit einer Verwarnung nach § 59 StGB endete). Der Grund für die zahlreichen Strafanzeigen ist ein Netzwerk professioneller Anzeigenerstatter um Herrn Annen aus Weinheim, dem der EGMR in mehreren Individualbeschwerden Meinungsfreiheit zubilligt. Erfolgreiche Zivilklagen (Unterlassung) gegen ihn sind zuletzt 2017 vom EGMR aufgehoben worden bzw. unter so hohe Voraussetzungen gestellt, dass es nahezu unzumutbar ist, von einzelnen Ärzten zu verlangen, sich mit Musterklagen aktiv gegen die aggressiven Aktionen zu wenden.

Herr Annen betreibt 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 (Pranger Wirkung). 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 in jedem Einzelfall überprüfen könne¹³. Die Folgen der belästigenden Aktionen sind äußerst ein-

¹³ <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/egmr-3690-10-abtreibung-babycaust-flugblaetter-klinik-meinungsfreiheit/>.

schneidend. 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 „Gehsteigberatungen“ vor Arztpäxen.

G. Zusammenfassung

Das ärztliche Berufsrecht versteht unter erlaubter Werbung die sachliche Information über eigene Dienste. Diese Informationen sind erlaubt. § 219 a StGB verbietet jedoch – seinem Wortlaut nach – jedes öffentliche Anbieten ärztlicher Leistungen, die für den Schwangerschaftsabbruch geeignet sind. Die sog. herrschende Meinung zu diesem Tatbestandsmerkmal in der Kommentarliteratur ist unreflektiert und legt diesen Begriff immer noch so aus, als seien Schwangerschaftsabbrüche zwar straflos, aber rechtswidrig. Diese im Übrigen nie weiter begründete Auslegung ist spätestens seit 1995 falsch, denn die damals normierte Beratungslösung garantiert allen Schwangeren eine Gewissensentscheidung. Ihre Entscheidung ist also weder rechtswidrig noch rechtmäßig, sondern eigenverantwortlich. Ärzte handeln ohnehin rechtmäßig, wenn sie die Entscheidung der Frau umsetzen und die Regeln der §§ 218 ff StGB beachten. Sie sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes aktiv eingebunden in ein bundesrechtliches Schutzkonzept für das sich entwickelnde Leben, das zugleich die Entscheidungsfreiheit der Frau respektiert. Unvereinbar mit dieser seit 1995 geltenden Rechtslage sind Informationsverbote auf ärztlichen Webseiten, wie sie die herrschende Meinung und ihr folgend das Amtsgericht in Gießen 2017 (nicht rechtskräftig) angenommen hat. Die Tathandlung des öffentlichen „Anbietens“ in der reformbedürftigen Strafnorm des § 219a StGB muss daher entweder verfassungskonform eng im Sinne der Freiheit der ärztlichen Berufsausübung ausgelegt oder aber von der Gesetzgebung gestrichen werden. „Anstößige“ Werbung kann verboten werden.

Kontakt:

Prof. Dr. Monika Frommel
Feldstr. 65
24105 Kiel