

Scheinfeld | Neumann | Czermak | Merkel | Putzke (Hrsg.)

Der Fall Kristina Hänel

und die neue Debatte zur gesetzlichen Regelung
des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland



Nomos

Schriften zum Weltanschauungsrecht

herausgegeben vom

Institut für Weltanschauungsrecht, vertreten durch

Prof. Dr. Jörg Scheinfeld

Dr. Jacqueline Neumann

Dr. Gerhard Czermak

Prof. Dr. Reinhard Merkel

Prof. Dr. Holm Putzke

In Verbindung mit der Giordano-Bruno-Stiftung,

vertreten durch

Dr. Michael Schmidt-Salomon und Prof. Dr. Ulla Wessels

Band 5

Scheinfeld | Neumann | Czermak | Merkel | Putzke (Hrsg.)

Der Fall Kristina Hänel

und die neue Debatte zur gesetzlichen Regelung
des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2024

© Die Autor:innen

Publiziert von

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1647-1

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4045-6

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748940456>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung
– Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

Inhaltsverzeichnis

Jessica Hamed / Jörg Scheinfeld

Einleitung: Der Fall Kristina Hänel und seine Folgen

7

Kristina Hänel

Eine kurze Geschichte der Debatte über den
Schwangerschaftsabbruch in Deutschland

11

Jacqueline Neumann

Strafprozess wegen Informationen zum Schwangerschaftsabbruch
in Gießen – Der Paragraph 219a StGB ist verfassungswidrig

25

Karlheinz Merkel

Antrag auf Vorlage zum Bundesverfassungsgericht gegenüber
dem Landgericht Gießen

33

Reinhard Merkel / Ali Norouzi

Verfassungsbeschwerde gegen § 219a StGB

55

Frauke Brosius-Gersdorf

Der Fall Kristina Hänel: Zur Verfassungswidrigkeit des § 219a
Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB (Werbung für den Abbruch der
Schwangerschaft)

Rechtsgutachten im Auftrag des Instituts für Weltanschauungsrecht 117

Michael Schmidt-Salomon

Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat
Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde von Kristina Hänel

167

Inhaltsverzeichnis

<i>Jessica Hamed / Jörg Scheinfeld / Michael Schmidt-Salomon</i>	
Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten	
Schwangerschaftsabbruchs	
ifw-Stellungnahme für die Kommission zur reproduktiven	
Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin	217
<i>Jessica Hamed</i>	
Statements des ifw bei der Anhörung der Kommission zur	
reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin	
am 23.11.2023 in Berlin	225
Anhang	231
Urteil des AG Gießen vom 24.11.2017	231
Urteil des LG Gießen vom 12.10.2018	237
Beschluss des OLG Frankfurt am Main vom 26.06.2019	248
Urteil des LG Gießen vom 12.12.2019	251
Beschluss des OLG Frankfurt am Main vom 22.12.2020	263
Beschluss des BVerfG vom 10.05.2023	266
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	279

Einleitung: Der Fall Kristina Hänel und seine Folgen

Jessica Hamed / Jörg Scheinfeld

Der Strafprozess gegen die Gießener Ärztin Kristina Hänel hat Rechtsgeschichte geschrieben: Im Jahr 2017 klagte die Staatsanwaltschaft Gießen Kristina Hänel wegen eines Verstoßes gegen § 219a StGB an – dem von den Nationalsozialisten eingeführten „Werbeverbot“ für Schwangerschaftsabbrüche. Der Weg durch die Instanzen der Strafgerichte dauerte mehrere Jahre, und Kristina Hänel wurde schließlich zu einer Geldstrafe verurteilt. Am 24. Juni 2022 strich der Deutsche Bundestag die Vorschrift des § 219a StGB ersatzlos. Zugleich hob er alle darauf basierenden Verurteilungen der Vergangenheit auf. Damit entfiel *ex post* auch das Strafurteil gegen Kristina Hänel.

Im Zuge dieses historischen Schritts des Parlaments entfachte sich die Debatte um den Schwangerschaftsabbruch erneut und das häufig als eine Art befriedender gesellschaftlicher „Kompromiss“ überhöhte – und derzeit in Gänze inkonsistente – Regelungsregime steht wieder zur Disposition: Am 31.03.2023 konstituierte sich die von der Bundesregierung ins Leben gerufene *Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin*. Sie unterteilt sich in zwei Arbeitsgruppen, wobei die erste Arbeitsgruppe Möglichkeiten der Regulierungen für den Schwangerschaftsabbruch außerhalb des Strafgesetzbuches prüfen soll (im Folgenden: *Kommission*).

Wie kam es zu alledem?

Der rechtspolitische Erfolg ist nicht zuletzt auf die gemeinsam mit dem *Institut für Weltanschauungsrecht* (im Folgenden: *ifw*) angewendete Strategie der „erfolgreichen Niederlage“ zurückzuführen. Ziel der Verteidigung war nicht, die Einstellung des Verfahrens oder einen Freispruch zu erwirken, sondern: der „Fall“ der verfassungswidrigen Vorschrift.

Eine erste rechtliche Bewertung zur Verfassungswidrigkeit des § 219a StGB gab das *ifw* bereits kurz nach der Anklageerhebung am 23.11.2017 ab. Der auf der *ifw*-Homepage veröffentlichte Text der damaligen *ifw*-Direktorin und heutigen *ifw*-Beirätin Dr. Jacqueline Neumann findet sich ebenso in diesem Band wie die in der Folge ergangenen gerichtlichen Entscheidungen, die maßgebliche Verteidigungsschrift von Dr. Karlheinz Merkel vom

27.02.2018 und die erhobene Verfassungsbeschwerde von Prof. Dr. Reinhard Merkel und Prof. Dr. Ali Norouzi vom 18.02.2021, die 2022 trotz der zwischenzeitlich erreichten Aufhebung des § 219a StGB aufrechterhalten blieb. Der dazu ergangene Beschluss des Bundesverfassungsgerichts hat ebenfalls Eingang in den vorliegenden Band gefunden.

Bereits im ersten Band unserer Schriftenreihe sind die Stellungnahmen des *ifw*-Beirats Prof. Dr. Reinhard Merkel für die Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags am 18.02.2019 zu dem Thema „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“ abgedruckt sowie die Stellungnahme des *ifw*-Direktoriatsmitglieds Dr. Michael Schmidt-Salomon und der damaligen *ifw*-Direktorin Dr. Jacqueline Neumann zum diesbezüglichen Referentenentwurf zur Neuregelung von § 219a StGB.

Den konkreten Verfahrensgang des Strafprozesses beschreibt Kristina Hänel im nachfolgenden Text. Nachdem das Landgericht Gießen dem Antrag des seinerzeitigen Strafverteidigers, Rechtsanwalt Dr. Karlheinz Merkel, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 219a StGB einzuholen, nicht entsprochen hatte, erhob Hänel nach rechtskräftiger Verurteilung Verfassungsbeschwerde. Diese haben Prof. Dr. Reinhard Merkel und Rechtsanwalt Prof. Dr. Ali Norouzi mit beeindruckender Präzision begründet. Mit einsichtiger Argumentation erläutern Merkel und Norouzi, wieso § 219a StGB (auch in der seinerzeit abgeänderten Fassung) verfassungswidrig gewesen ist. Sie rügen Verstöße gegen Art. 12 Abs. 1 Satz GG (Berufsfreiheit), Art. 5 Abs. 1 GG (Meinungsfreiheit) und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (Recht auf den gesetzlichen Richter). Sie stützen sich im Rahmen ihrer Ausführungen auch auf das seitens des *ifw* in Auftrag gegebene und auf seiner Homepage publizierte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf (ergänzte Fassung vom 18.02.2021). Beide Dokumente finden sich in diesem Band.

In der auch hier abgedruckten und zur Verfassungsbeschwerde eingereichten sowie seinerzeit veröffentlichten Stellungnahme der Giordano-Bruno-Stiftung und des Hans-Albert-Instituts beleuchtet Dr. Michael Schmidt-Salomon im März 2022 die (rechtsgeschichtlichen) Hintergründe der Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs im Allgemeinen und stellt die gravierenden Folgen der Kriminalisierung dar. Damit läutete er auch die Ausweitung der Debatte ein. Aus Sicht des *ifw* lag es dabei auf der Hand, dass die Diskussion nicht bei § 219a StGB stehen bleiben konnte. Die Debatte über § 218 StGB stellt sich als zwangsläufige Folge dar.

Die von der Bundesregierung eingesetzte *Kommission* lud im September 2023 verschiedene Akteur*innen der Zivilgesellschaft, unter anderem das *ifw*, zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme zu der von ihr zu prüfenden Fragestellung der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des Strafrechts ein. Die Stellungnahme der stellv. Direktorin des *ifw*, Rechtsanwältin Jessica Hamed, des Direktors des *ifw*, Prof. Dr. Jörg Scheinfeld und des *ifw*-Direktoriumsmitglieds Dr. Michael Schmidt-Salomon sowie das Eingangsstatement und die Ausführungen von Rechtsanwältin Jessica Hamed zu den von der *Kommission* in der mündlichen Anhörung in Berlin am 23.11.2023 gestellten Leitfragen finden sich ebenfalls in diesem Werk.

Voraussichtlich wird die *Kommission* ihre Ergebnisse kurz nach Erscheinen dieses Buches im April 2024 vorstellen. Wie die Koalition mit diesen umgehen wird, ist jedoch noch ungewiss. Die politischen Präferenzen hingegen sind klar. Während die Bundesfamilienministerin Lisa Paus auf die Abschaffung des § 218 StGB dringt und dafür viel Zuspruch von der SPD, den Grünen und auch der Linke im Bundestag bekam, will die FDP an dem vor gut 30 Jahren geschlossenen (politischen) „Kompromiss“ festhalten.

Der Umstand, dass das Thema in der Bundesrepublik seit Jahrzehnten politisch und gesellschaftlich erbittert umkämpft ist, darf allerdings nicht den Blick dafür verstellen, dass zuvörderst eine **juristische** Frage zu beantworten ist. Der Kardinalfehler, der auch dem Bundesverfassungsgericht unterlief, besteht in der Annahme, dass sich zwei Grundrechtsträger gegenüberstünden, deren gleichberechtigte Interessen in Ausgleich zu bringen seien. Dem ist nicht so.

Blastozysten, Embryonen und Föten haben kein „Recht auf Leben“. Ein solches lässt sich juristisch nicht schlüssig begründen, wie in den nachfolgenden Texten erläutert wird. Die Forderung nach einer überzeugenden Begründung ist auch keine formalistische Petitesse, sondern konstituierend für einen liberalen Rechtsstaat, in dem nicht die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger begründungsbedürftig ist, sondern jegliche Einschränkung ihrer Freiheit. Aus diesem Grund ist der selbstbestimmte Schwangerschaftsabbruch zu legalisieren und die §§ 218 ff. StGB sind zu streichen. Lediglich der Schwangerschaftsabbruch gegen oder ohne den Willen der Schwangeren ist in einem neuen § 226b StGB weiterhin unter Strafe zu stellen, weil er ebenso wie die derzeitig geltende „Austragungspflicht“ das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Frauen verletzt.

Der vorliegende Band enthält mit Ausnahme der Einleitung und dem Beitrag von Kristina Hänel ausschließlich historische Dokumente. Um ihren geschichtlichen Wert nicht zu beeinträchtigen, wurden sie nicht aktualisiert. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurden dort lediglich Verweise auf Anlagen herausgenommen.

Eine kurze Geschichte der Debatte über den Schwangerschaftsabbruch in Deutschland

Kristina Hänel

Schon seit mehr als 150 Jahren kämpft die Frauenbewegung für das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung, das ungewollt Schwangeren lange verwehrt wurde und das ihnen auch heute noch nicht in vollem Umfang gewährt wird. Um die aktuellen Diskussionen über die Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs zu verstehen, ist es daher hilfreich, einen Blick in die Geschichte zu werfen. Dabei werde ich mich auf die Zeit seit der Weimarer Republik konzentrieren. Den Schwerpunkt meiner Darstellung bilden allerdings die Vorgänge der letzten Jahre, in denen ich – unfreiwillig – in die Auseinandersetzungen um den Schwangerschaftsabbruch hineingezogen wurde und die Rolle einer „öffentlichen Person“ einnehmen musste, auf die ich als praktizierende Ärztin nicht vorbereitet war.

Zum Glück erhielt ich in dieser Zeit viel Unterstützung von mutigen Kolleg*innen, engagierten Frauenrechtlerinnen, liberalen Politiker*innen und klugen Jurist*innen – nicht zuletzt auch vom *Institut für Weltanschauungsrecht (ifw)*, das die Schriftenreihe herausgibt, in der dieser Beitrag erscheint. Ich bin sehr froh darüber, dass der Prozess, der gegen mich auf der Basis des § 219a StGB geführt wurde, letztlich mit der Abschaffung dieses aus der Nazizeit stammenden „Ärzteeinschüchterungsparagrafen“ endete. Im Idealfall könnte es sogar sein, dass die durch das Verfahren angestoßene gesellschaftliche Debatte eine generelle Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland zur Folge haben wird. Sollte es dazu kommen, wäre dies der Erfolg einer breiten Bewegung, in der sich Tausende von Menschen engagiert haben. Dass ich dabei in besonderem Maße in den Fokus des medialen Interesses geraten bin, ist dem Zufall geschuldet. Ohne Weiteres hätte die Strafanzeige, welche die aktuelle Debatte über den Schwangerschaftsabbruch ausgelöst hat, auch eine meiner Kolleg*innen treffen können. Ich war bloß zur rechten Zeit am rechten Ort – oder, wie ich anfangs sehr viel eher dachte, zur falschen Zeit am falschen Ort.

Abtreibung in der Weimarer Republik und unter der Nazidiktatur

Um den Abtreibungsparagrafen 218 gab es bereits in der Vergangenheit große Debatten in Deutschland, so auch in der Weimarer Republik: Verstärkt durch die soziale Not der Kriegs- und Nachkriegszeit flammte die Diskussion Anfang der 1920er Jahre heftig auf, führte am Ende aber lediglich zu einer Herabsetzung des Delikts vom „Verbrechen“ zum „Vergehen“ und damit von der Zuchthaus- zur Gefängnisstrafe. Die insbesondere von durchführenden Ärzten erhoffte Klarheit bezüglich einer medizinischen Indikation blieb aus. Lediglich durch ein vom Reichsgericht bestätigtes Urteil, das einen Eingriff rechtfertigte, der das Leben der Frau gerettet hatte, konnte man sich in der Praxis auf diese Möglichkeit berufen.

Dabei war die Situation in den 1920ern hochgradig ambivalent: Auf der einen Seite stand der restriktive Abtreibungsparagraf, der keine Ausnahmen von der Bestrafung vorsah. Auf der anderen Seite forderte die aufkeimende Sexualreformbewegung eine vollständige Abschaffung des Abtreibungsparagrafen, um Frauen Zugang zu angemessener medizinischer Versorgung zu verschaffen. Es entstand eine regelrechte Massenbewegung gegen den § 218 Reichsstrafgesetzbuch mit Veranstaltungen mit bis zu 100.000 Teilnehmenden, begleitet von zahlreichen Demonstrationen, Filmen, Theaterstücken und Büchern. Ärzt*innen wie Else Kienle¹ und Carl Credé², die wegen Abtreibung im Gefängnis waren, verfassten Schriften, in denen sie ihre Fälle schilderten und damit auf die große Not der betroffenen Frauen aufmerksam machten. Das Theaterstück „Cyankali“ von Friedrich Wolf³, in dem es um den Tod einer jungen Frau geht, die nach der Einnahme von Gift zu Abtreibungszwecken verstirbt, erlangte sogar Weltruhm.

Zu dieser Zeit fanden im Deutschen Reich geschätzt ca. 500.000 bis 1.000.000 Abtreibungen pro Jahr statt. Der größte Teil der Eingriffe wurde entweder von den Frauen selbst, von Hebammen oder von berufsfremden Personen durchgeführt. Nur ca. 160.000 Abbrüche wurden von Ärzt*innen vorgenommen, die ihre Hilfe nur bei schwerwiegenden gesundheitlichen Gründen anbieten durften. In der Einschätzung dieser Gründe klaffte bereits eine große Rechtsunsicherheit, so dass es zu zahlreichen Verfahren und Verhaftungen kam. Die illegalen oder „kriminellen Aborte“ waren in

1 Kienle, Frauen, Aus dem Tagebuch einer Ärztin, Berlin 1932.

2 Credé-Hörder, Volk in Not! Das Unheil des Abtreibungsparagraphen (218), Dresden 1927.

3 Wolf, Cyankali, Drama, Berlin 1929.

der deutlichen Mehrheit. Die Frauen nahmen Gift zu sich, versuchten mechanisch, etwa mit Stricknadeln, Drähten oder Kleiderbügeln, die Schwangerschaft zu beenden oder führten mittels einer sogenannten „Mutterspritze“ Seifenlösung in die Gebärmutter ein. Schätzungen gehen von bis zu 50.000 Todesfällen pro Jahr aus⁴ sowie von einer noch deutlich höheren Anzahl von Frauen, die unter bleibenden gesundheitlichen Folgeschäden wie Unfruchtbarkeit litten.

Die Diskussionen über eine Liberalisierung des Schwangerschaftsabbruchs nahmen ein jähes Ende mit der Machtergreifung der Nationalsozialisten und der damit einhergehenden Zerschlagung der Sexualreformbewegung. Bereits im Mai 1933 wurden die Paragrafen 219 und 220, die Vorläufer des späteren § 219a StGB, ins Reichsstrafgesetzbuch eingeführt. Hiermit konnten Ärzt*innen und andere Berufsgruppen, die bloß ankündigten, Abtreibungen durchzuführen, strafrechtlich verfolgt werden, ohne dass sie beim Delikt selbst ertappt werden mussten. Zudem wurde der Schwangerschaftsabbruch ab 1936 nicht mehr unter den „normalen“ Tötungsdelikten geführt, sondern als „Angriff auf Rasse und Erbgut“ geahndet,⁵ was von 1943 bis 1945 die Todesstrafe bei gewerbsmäßiger Abtreibung nach sich zog. Trotz dieser massiven Bedrohung waren die Krankenhäuser auch zu dieser Zeit voll mit Fällen, bei denen es zu Komplikationen bei illegalen Abtreibungen gekommen war. Meist wurden die Frauen mit sogenannten „fiebrigen Fehlgeburten“ eingeliefert. Nach Schätzungen der nationalsozialistischen Machthaber wurden etwa 90 % dieser „Fehlgeburten“ durch illegale Abtreibungen ausgelöst.⁶

Die Haltung des NS-Regimes zur Abtreibung war aus ideologischen Gründen jedoch zweideutig: So wurden in dem 1933 erlassenen „Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ Schwangerschaftsabbrüche aus eugenischen Gründen explizit erlaubt, und zwar bis zum Ende des sechsten Monats. Im Rahmen der nach diesem Gesetz durchgeführten ca. 300.000

4 Levy-Lenz, Die Schwangerschaftsunterbrechung, ihre Voraussetzung und ihre Technik, Berlin 1930.

5 Von Behren, Kurze Geschichte des Paragrafen 218 Strafgesetzbuch, Bundeszentrale für politische Bildung, 10.5.2019: <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/290795/kurze-geschichte-des-paragrafen-218-strafgesetzbuch/>.

6 Aus einem Brief des Leiters des Rassenpolitischen Amtes an Conti vom 1. Mai 1940, BA R18/3806, zitiert in:

Garn, Zwangsausbreitung und Abtreibungsverbot, Zur Gutachterstelle der Hamburger Ärztekammer, in: Ebbinghaus et al. (Hg.), Heilen und Vernichten im Mustergau Hamburg, Bevölkerungs- und Gesundheitspolitik im Dritten Reich, Hamburg 1984.

bis 400.000 Zwangssterilisationen wurden ungefähr 30.000 Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen. Damit war erstmalig eine medizinische und embryopathische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch qua Gesetz geschaffen – eine Regelung, die in Deutschland auch noch nach dem Krieg wirkmächtig war und nicht einmal in den späteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts infrage gestellt wurde.⁷

Schwangerschaftsabbruch in der Nachkriegszeit bis in die 1990er Jahre

Im Zusammenhang mit dem Kriegsende kam es vermutlich zu ca. 360.000 Abtreibungen nach Vergewaltigung.⁸ Diese Abbrüche wurden von der Gesellschaft allgemein akzeptiert, wodurch die Debatte über die soziale Indikation erneut eröffnet wurde. Es zeigte sich, dass das Strafgesetzbuch der allgemeinen gesellschaftlichen Wahrnehmung und der zunehmenden Toleranz gegenüber Schwangerschaftsabbrüchen nicht mehr entsprach. Diese Diskrepanz wurde noch deutlicher, als andere Länder mit der Legalisierung der Abtreibung begannen, so zum Beispiel Großbritannien im Jahr 1967. Deutsche Frauen gingen nun vermehrt ins Ausland, etwa nach England, in die Niederlande oder (heute kaum noch vorstellbar) nach Polen, um Abbrüche vornehmen zu lassen.

Wenig später wurde die Forderung zur Streichung des § 218 auch in Deutschland lauter, so dass es in den 1970er Jahren zur zweiten großen Debatte über den Abtreibungsparagrafen kam. Einer der Höhepunkte war die STERN-Titelgeschichte „Wir haben abgetrieben!“ vom 6. Juni 1971, in der sich prominente deutsche Frauen dazu bekannten, einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen und somit gegen das Gesetz verstößen zu

7 Dies konterkariert die Argumentation des BVerfG in seinem ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74), in dem es die Aufwertung von Embryonen und Föten zu Grundrechtsträgern explizit mit der „Vernichtung lebensunwerten Lebens“ in der NS-Diktatur begründet. Das *Institut für Weltanschauungsrecht* hat dies in seiner Stellungnahme „Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs“ (abgedruckt in diesem Band) folgendermaßen kommentiert: „Dass das BVerfG in derselben Entscheidung ausgegerechnet in der ‚eugenischen‘ Indikation einen berechtigten Grund erblickte, die Austragung der Schwangerschaft als ‚unzumutbar‘ anzusehen, wirkt vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Verbrechen an Menschen mit Behinderungen zynisch.“

8 Poutrus, „Ein Staat, der seine Kinder nicht ernähren kann, hat nicht das Recht, ihre Geburt zu fordern“, Abtreibung in der Nachkriegszeit 1945 bis 1950, in: Staupe, Vieth (Hg.), Unter anderen Umständen, Zur Geschichte der Abtreibung, Berlin 1993.

haben. Dieses Mal führte die breite gesellschaftliche Debatte tatsächlich zu politischen Veränderungen, die in den beiden Teilen Deutschlands allerdings unterschiedlich ausfielen: In der DDR wurde der Schwangerschaftsabbruch 1972 legalisiert, sofern dieser unter vorheriger Beratung innerhalb der ersten zwölf Wochen von einem Arzt vorgenommen wurde. Auch in Westdeutschland wurde am 26. April 1974 eine 12-Wochen-Fristenregelung beschlossen. Doch schon am 21. Juni 1974, dem Tag der Verkündung des Gesetzes, erließ das Bundesverfassungsgericht auf Antrag der Regierung des Landes Baden-Württemberg die einstweilige Anordnung, dass § 218a StGB vorläufig nicht in Kraft treten dürfe. Am 25. Februar 1975 folgte dann der von der CDU/CSU und der Katholischen Kirche erhoffte „Paukenschlag“ aus Karlsruhe: Die Verfassungsrichter entschieden, dass die Fristenlösung des § 218a StGB verfassungswidrig sei, da sie der angeblich verfassungsmäßig gebotenen Verpflichtung, „das werdende Leben zu schützen“, nicht gerecht werde.⁹

Nach hitzigen Debatten im Deutschen Bundestag trat am 22. Juni 1976 die Neufassung der §§ 218 ff. StGB in Kraft, die den Schwangerschaftsabbruch prinzipiell verbot, aber ihn im Falle einer medizinischen, kriminologischen, embryopathischen oder einer Notlagen-Indikation straffrei stellte. Mit dieser Indikationslösung schien die Situation zunächst einmal befriedet zu sein, auch wenn die Ernüchterung auf Seiten der Aktivist*innen groß war, die sich für eine Abschaffung der §§ 218 ff. oder zumindest für eine Fristenlösung eingesetzt hatten. Der § 219a StGB, der im Zuge der ursprünglich verabschiedeten Regelung aufrechterhalten worden war, wurde belassen und spielte viele Jahre lang kaum eine Rolle.

Mit der Wiedervereinigung nahm die Debatte in den 1990er Jahren wieder Fahrt auf. Frauenrechtlerinnen hofften auf eine Übernahme der in der DDR geltenden Fristenlösung auf das gesamte Bundesgebiet. Und tatsächlich wurde im Deutschen Bundestag am 26. Juni 1992 eine entsprechende Fristenlösung beschlossen, doch abermals stoppte das Bundesverfassungsgericht das Inkrafttreten des Gesetzes durch einstweilige Anordnung. Das zweite Urteil des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch vom 28. Mai 1993¹⁰ war für alle, die sich für das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung engagierten, eine herbe Enttäuschung. Nach erneut hitzigen Auseinandersetzungen rang sich der Deutsche Bundestag 1995 schließlich zu einer „Kompromisslösung“ durch, die den indikationsfreien Schwangerschaftsabbruch

9 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74.

10 BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90.

zwar für „rechtswidrig“ erklärte, von einer Bestrafung der Frauen und der Ärzt*innen jedoch absah, sofern der Abbruch nach einer Beratung und innerhalb der Frist von 12 Wochen erfolgte. Der § 219a StGB spielte in diesen Diskussionen abermals keine Rolle, doch das sollte sich bald ändern.

Das neue Jahrtausend und der Angriff der Lebensschützer

Nach dem zweimaligen Scheitern der Gesetzesreform zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs galt das Thema als politisch erledigt. Dass die Situation für die Betroffenen in den folgenden Jahren schwieriger wurde, weil es immer weniger Ärzt*innen gab, die bereit waren, vermeintlich „rechtswidrige“ Abbrüche vorzunehmen, wurde als gesellschaftliches Problem gar nicht erkannt. Eine öffentliche Debatte zum Schwangerschaftsabbruch fand nicht oder kaum noch statt. Dann jedoch entdeckten radikale Abtreibungsgegner*innen Anfang des 21. Jahrhunderts den § 219a StGB, der es betroffenen Ärzt*innen untersagte, Informationen über den Schwangerschaftsabbruch zu veröffentlichen. Vor allem Klaus Günter Annen, der Betreiber der Webseite „babycaust“ (!),¹¹ erstattete auf dieser Grundlage viele Anzeigen und listete mit einem gewissen Stolz über 200 ärztliche Einrichtungen auf, die eine Strafanzeige nach § 219a erhielten. Die meisten dieser Anzeigen wurden eingestellt, nachdem die Informationen über Schwangerschaftsabbrüche aus dem Internet genommen worden waren. Nur vereinzelt kam es zu Verurteilungen, die von der Öffentlichkeit jedoch kaum wahrgenommen wurden.

Als ich im Jahr 2017 die Ladung zur Hauptverhandlung beim Amtsgericht Gießen erhielt, konnte ich die Situation zunächst nicht fassen: Ich hatte im Jahr 2001 beim Aufbau meiner Homepage den Justiziar der hessischen

11 Ich stimme der Einschätzung von Michael Schmidt-Salomon (*Giordano-Bruno-Stiftung / Institut für Weltanschauungsrecht*) zu, dass „die Gleichsetzung der systematischen Ermordung jüdischer Männer, Frauen und Kinder (Holocaust) mit der Entfernung empfindungsunfähiger Embryonen und Fötten („Babycaust“) eine unerträgliche Verharmlosung nationalsozialistischer Verbrechen“ darstellt. Im Februar 2021 drehte das *Institut für Weltanschauungsrecht* daher den Spieß um und erstattete Strafanzeige gegen Annen wegen des Verdachts der Beleidigung (er hatte mich u. a. als „Auftrags- und Massen-Mörderin“ bezeichnet) sowie wegen des Verdachts der Volksverhetzung. Am 15. Februar 2022 wurde Annen wegen Beleidigung vom Amtsgericht Weinheim zu einer Geldstrafe in Höhe von 60 Tagessätzen verurteilt. Der Tatbestand der Volksverhetzung wurde dabei bedauerlicherweise ausgespart. Der Fall ist dokumentiert auf der *ifw*-Website (<https://weltanschauungsrecht.de/strafanzeige-annen-volksverhetzung>).

Ärztekammer zu Rate gezogen und nach meiner ersten Anzeige durch Klaus Günter Annen im Jahr 2005 ein Rechtsgutachten der Juraprofessorin Monika Frommel erstellen lassen, das zu dem Schluss kam, dass ein Zurverfügungstellen von sachlichen Informationen, die auf Abruf erhältlich sind, mit dem § 219a zu vereinbaren sei. Unter dieser Gewissheit stand meine „Patientinnenaufklärung über Schwangerschaftsabbrüche“ weiterhin im Netz. Nie im Leben wäre ich darauf gekommen, mich durch die Bereitstellung sachlicher Informationen strafbar gemacht zu haben.

Da ich die Webseite „babycaust“ nicht besuchte, war mir nicht klar, welches Ausmaß die Angriffe gegen Ärztinnen und Ärzte deutschlandweit bereits angenommen hatten und dass die meisten Betroffenen ihre Informationen schon aus dem Netz genommen hatten. Nach dem ersten Entsetzen kam bei mir regelrechte Wut auf: Wie konnte es sein, dass ein Staat es zulässt, dass ungewollt Schwangere sich auf widerlichen, holocaustverharmlosenden Abtreibungsgegnerseiten Informationen über Adressen zum Abbruch beschaffen müssen, während nach Recht und Gesetz handelnde Ärztinnen, die einen „Staatsauftrag“ erfüllen, strafrechtlich verfolgt und mit Gefängnisstrafe bedroht werden?! Zu dieser Zeit waren, wie ich langsam realisierte, außer auf den Abtreibungsgegnerseiten kaum noch Informationen über Schwangerschaftsabbrüche im Netz zu bekommen. Die Unsicherheit über die Auslegung des § 219a war zu groß. Auch Forschung und Lehre waren von dieser Unsicherheit betroffen. Kaum jemand traute sich, den Medizinstudierenden neben den ethischen und rechtlichen Fragestellungen auch die medizinischen Aspekte des Schwangerschaftsabbruchs nahezubringen, obwohl dieser mit ca. 100.000 Behandlungen pro Jahr einen der häufigsten Eingriffe im gynäkologischen Bereich darstellt.

Nach dem anfänglichen Impuls, mich zu verstecken, erlangte der Wunsch nach Gerechtigkeit und Verbesserung der demütigenden Situation für die betroffenen Frauen die Oberhand. Ich entschied mich für den Weg an die Öffentlichkeit und machte meinen „Fall“ über eine Petitionskampagne publik. Mit der darauffolgenden Explosion der Ereignisse hatte ich nicht gerechnet, doch schon im Dezember 2017 wurden über 150.000 Unterschriften für die Abschaffung des § 219a an den Deutschen Bundestag übergeben. Bis zum Amtsgerichtsprozess im November 2017 hatte ich mit fast allen namhaften Presseorganen Interviews geführt und Kontakt zu den demokratischen Parteien aufgenommen. Zahlreiche Verbände stellten sich hinter mich und forderten eine Neufassung oder Abschaffung des § 219a StGB. Eine riesige Unterstützungsgruppe formierte sich in kürzester

Zeit, darunter zahlreiche Ärztinnen und Ärzte. Mehr als 30 von ihnen bekannten öffentlich mit ihrem Foto, Abbrüche durchzuführen.¹² Auch sie wurden daraufhin nach § 219a angezeigt, die Verfahren aber eingestellt. Wenig später ging die Webseite „Solidarität mit Kristina Hänel und allen anderen Ärztinnen, die schikaniert und bedroht werden“ an den Start.¹³ Andere Ärzt*innen weigerten sich nun ebenfalls, ihre Informationen zum Schwangerschaftsabbruch von der Webseite zu nehmen, weshalb es in der Folge zu Verfahren in Berlin, Kassel und Coesfeld kam.

§ 219a vor Gericht

Den Termin beim Amtsgericht Gießen und meine Verurteilung zu einer Geldstrafe in Höhe von 40 Tagessätzen mit der mündlichen Urteilsbegründung der Richterin, man müsse die Frauen „wegen hormoneller Störungen vor sich selbst schützen“, empfand ich als absurd. Es wurde nicht angezweifelt, dass meine Informationen sachlich und seriös seien, es lag somit keine „Werbung“ im Sinne der ärztlichen Berufsordnung vor. Im Sinne des § 219a wurde ich dennoch wegen „Werbung für den Schwangerschaftsabbruch“ verurteilt – was völlig grotesk ist, da weder ich noch irgendeine andere Ärztin oder Arzt jemals für den Abbruch „geworben“ hätte! Noch konnte ich es kaum fassen, dass ich tatsächlich verurteilt worden war. Jetzt war klar, dass ich den langen Rechtsweg bis hin zur Verfassungsbeschwerde und zur Not auch bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte würde einschlagen müssen.

In dieser Zeit kam ich durch einen gemeinsamen Freund in Kontakt mit der Juristin Jacqueline Neumann und dem Philosophen Michael Schmidt-Salomon vom *Institut für Weltanschauungsrecht (ifw)*. Gemeinsam konzipierten wir eine neue Herangehensweise an den Fall, nämlich die „Strategie der erfolgreichen Niederlage“, wie wir es nannten: Das Ziel war nun nicht mehr, mich von dem Vorwurf des Verstoßes gegen § 219a zu entlasten, sondern den Paragrafen selbst als widersinnig und verfassungswidrig anzugreifen. Das bedeutete für mich, dass ich mich mit einer eigenen Verurteilung nicht nur abfinden, sondern diese sogar anstreben musste – in der Hoffnung, den Paragrafen auf diese Weise zu Fall zu bringen. Die Schwierigkeit

12 Siehe das Titelblatt der *taz* vom 17.11.2017: <https://taz.de/Wir-machen-Schwangerschaftsabbrueche/15465347/>.

13 <https://solidaritaetfuerkristinahaenel.wordpress.com/>

dabei war, eine Person zu finden, die diese eigenwillige Strategie mit der notwendigen Portion Seriosität, Engagement und Herzblut vor Gericht vertreten konnte – glücklicherweise fanden wir sie in dem Hofer Rechtsanwalt Karlheinz Merkel, der bereit war, den Fall mit mir durchzufechten.

Karlheinz Merkel hob das Verfahren durch seine Erörterungen zu den grundgesetzlich bedeutsamen Aspekten des Falls auf ein neues Niveau, so dass sich am Ende der Richter beim ersten Landgerichtsverfahren 2018 ausdrücklich bei ihm bedankte. Zweierlei wurde schnell deutlich, nämlich *erstens*, dass kaum jemand an die Sinnhaftigkeit des Paragrafen glaubte, sowie *zweitens*, dass meine Verurteilung nach der bestehenden Gesetzeslage unumgänglich war. Gefangen in diesem Dilemma sprach der Richter in seiner Urteilsbegründung davon, ich solle das Urteil – meine Berufung wurde verworfen – tragen „wie einen Ehrentitel im Kampf um ein besseres Gesetz“. Diese ungewöhnliche richterliche Einschätzung wurde von den Medien begierig aufgegriffen, wodurch sich der Druck auf die in Berlin regierende Große Koalition weiter erhöhte.

Die SPD hätte den Paragrafen damals wohl gerne gestrichen, doch dies war mit dem Koalitionspartner CDU/CSU unter Kanzlerin Angela Merkel nicht möglich. Und so wurde § 219a StGB im Jahr 2019 nur geringfügig verändert: Wir Ärzt*innen durften von nun an zwar öffentlich mitteilen, *dass* wir Abbrüche durchführen, allerdings durften wir nicht mitteilen, *wie* wir sie durchführen. Damit blieb die gesamte individuelle Aufklärung verboten, auch die Information darüber, welche Methoden des Abbruchs in der Praxis angeboten wurden. Zudem wurde nun eindeutig bestimmt, dass Ärzt*innen, die derartige Informationen weitergeben, sich nach § 219a schuldig machen.

Daraufhin wies das OLG Frankfurt meinen Fall zurück ans Landgericht Gießen, das nun prüfen sollte, ob ich mich auch nach dem neuen Gesetz strafbar gemacht hatte. Die Bestätigung der Verurteilung und Festsetzung der Strafe auf eine Geldstrafe in Höhe von 25 Tagessätzen erfolgte beim 2. Landgerichtsprozess im Dezember 2019. Durch die Abweisung der Revision durch das OLG Frankfurt wurde das Urteil rechtskräftig und *deshalb* musste ich aus Sorge vor weiteren Anzeigen, die zwischenzeitlich mehrfach erfolgt waren, die Informationen zum Schwangerschaftsabbruch von meiner Webseite nehmen. (Die Infos wurden jedoch von verschiedenen Organisationen, u. a. der Giordano-Bruno-Stiftung, postwendend wieder ins Netz gestellt, so dass sie beispielweise unter der Domain *abtreibung-info.de* weiterhin zugänglich waren – nur eben nicht auf meiner eigenen Homepage.)

Vom Ende des § 219a und dem Neubeginn der Debatte zu § 218

Im Alltag der Praxis war nun deutlich spürbar, wie sehr die detaillierten Patienteninformationen fehlten. Ohnehin war die Praxis und natürlich auch mein Privatleben in den fünf Jahren zwischen 2017 und 2022 extrem belastet. Um dies zu verarbeiten, schrieb ich – vermutlich aus dem gleichen Bedürfnis heraus wie die Ärzt*innen der 1920er Jahre – ein Buch mit dem Titel „Das Politische ist persönlich“. Mir war klar: So wie die Politik mein Leben auf den Kopf gestellt hatte, so tat sie es auch mit dem Leben zahlreicher Frauen, die ungewollt schwanger wurden und sich teilweise mit einem Wust von gesetzlichen, medizinischen und bürokratischen Hürden auseinandersetzen mussten – und dies in einer Zeit, in der sie ohnehin mit einer schwierigen, oft ambivalenten Situation zu kämpfen hatten. Das Verantwortungsgefühl diesen ungewollt Schwangeren gegenüber, die wir täglich in unserer Praxis erleben, war der wesentliche Antrieb dafür, dass ich gar nicht erst auf den Gedanken kam, in punkto § 219a klein beizugeben.

Ich fühlte mich meinem ärztlichen Berufsethos verpflichtet, zu informieren und aufzuklären, um Patientinnen eine informierte Entscheidung zu ermöglichen. „Informed Consent“ gilt schließlich als Standard in der Medizin. Mein Gewissen hat es mir nie ermöglicht, die Augen zu verschließen vor der Not der von ungewollter Schwangerschaft betroffenen Frauen, die ausgegrenzt werden, entmündigt werden, von medizinischen Informationen und medizinisch korrekter Behandlung ferngehalten werden. Ich sah mich dabei auch im Einklang mit den Grundsätzen der Weltgesundheitsorganisation (WHO), die freien Zugang zu Informationen und zu Schwangerschaftsabbrüchen gefordert hatte – und zwar ohne Beschränkungen, da Informations- und Zugangsbeschränkungen das Leben und die Gesundheit der Frauen gefährden.

Also legte ich, nachdem die „Strategie der erfolgreichen Niederlage“ aufgegangen und das Urteil rechtskräftig geworden war, Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe ein. Leider war mein Anwalt Karlheinz Merkel inzwischen verstorben – ein plötzlicher, unerwarteter Tod, der mich hart getroffen hat. Das Mandat für die Verfassungsbeschwerde übernahm nun dankenswerterweise sein Bruder Reinhard Merkel, renommierter Juraprofessor der Universität Hamburg, ehemaliges Mitglied im *Deutschen Ethikrat* und aktiver *ifw*-Beirat, der dabei von dem Berliner Rechtsanwalt und Verfah-

rensspezialisten Ali Norouzi unterstützt wurde.¹⁴ Zudem verfasste Frauke Brosius-Gersdorf, Professorin für Öffentliches Recht an der Universität Potsdam, im Auftrag des *ifw* ein zusätzliches Gutachten zu meiner Verfassungsbeschwerde.¹⁵

Wir hatten uns im Vorfeld aus pragmatischen Gründen darauf geeinigt, sowohl die Verfassungsbeschwerde als auch das Gutachten auf Basis der „herrschenden Rechtsmeinung“ zu formulieren, das heißt: unter Zugrundelegung der Denkvoraussetzung, dass die §§ 218 ff. verfassungskonform und die entsprechenden Urteile des Bundesverfassungsgerichts sachlich richtig seien. Diese Vorgehensweise war in unserem Team nicht umstritten. Vor allem Michael Schmidt-Salomon, der schon 2018 angemerkt hatte, dass die „Streichung von § 219a StGB nur der erste Schritt einer umfassenden Rechtsreform“ sein dürfe,¹⁶ insistierte darauf, dass man § 219a nur dann wirksam angreifen könne, wenn man die Verfassungswidrigkeit der gesamten Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch herausarbeite, da § 219a nur im Kontext dieser Regelungen zu verstehen sei. Die Lösung des Konflikts bestand darin, dass er im Namen der *Giordano-Bruno-Stiftung* und des *Hans-Albert-Instituts* eine weitere Stellungnahme mit dem Titel „Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat“ verfasste, die ebenfalls in Karlsruhe eingereicht wurde.¹⁷

Ich selbst hatte während meines Verfahrens und auch in vielen Medieninterviews immer wieder gesagt, dass ich mich auf die Abschaffung des § 219a StGB konzentrieren wolle, der (auch in meinen Augen notwendige) Kampf für eine Abschaffung der §§ 218 ff. war nicht mein primäres Ziel. Allerdings wurden schon mit Beginn der Auseinandersetzungen um § 219a wieder Debatten über die Abschaffung der §§ 218 ff. geführt. Es blieb mir nicht verborgen, dass auf den Solidaritätsdemonstrationen des *Bündnisses für sexuelle Selbstbestimmung*¹⁸ immer häufiger Transparente mit dem Slo-

14 Der Text der von Merkel und Norouzi formulierten Verfassungsbeschwerde ist im vorliegenden Band zu finden. Siehe S. 55 ff.

15 Auch das Gutachten von Brosius-Gersdorf ist in diesem Buch abgedruckt. Siehe S. 117 ff.

16 Vgl. *Giordano-Bruno-Stiftung*, „Es ist an der Zeit, die Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch zu revidieren!“ Pressemitteilung vom 21.2.2018, <https://www.giordano-bruno-stiftung.de/meldung/gesetze-schwangerschaftsabbruch-revidieren>.

17 Schmidt-Salomons Stellungnahme, die ebenfalls Teil dieses Sammelbandes ist, griff die gesetzlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch sowie die vorausgegangenen Urteile des BVerfG auf einer sehr grundsätzlichen Ebene an. Dies geschah nicht zuletzt auch mit Blick auf die sich entwickelnde gesellschaftliche Debatte zur Abschaffung der §§ 218 ff.

18 <https://www.sexuelle-selbstbestimmung.de/>

gan „§ 219a ist nur der Anfang: Weg mit § 218!“ auftauchten. Was mit der Diskussion über § 219a begonnen hatte, zielte nun mehr und mehr auf eine grundlegende Reform der Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch ab. Ich begrüßte dies zwar, jedoch schien es mir bis Mitte 2021 ziemlich utopisch zu sein, auf eine solch grundlegende Reform in absehbarer Zeit zu hoffen. Diese Einschätzung änderte sich allerdings mit der Bundestagswahl 2021 und der anschließenden Übernahme der Regierungsverantwortung durch die Ampelkoalition im Dezember 2021.

Schon im Koalitionsvertrag kündigten SPD, FDP und die Grünen nicht bloß die Streichung von § 219a an, sondern auch die Einrichtung einer Kommission, die eine Regelung des Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des Strafgesetzbuchs prüfen sollte.¹⁹ Und erfreulicherweise blieb es nicht bei den Worten: Im Juni 2022 kam es tatsächlich zur lang ersehnten Abschaffung des § 219a StGB durch den Deutschen Bundestag. Zusammen mit Bettina Gaber und Detlef Merchel, die ebenfalls verurteilt worden waren, und Natascha Nicklaus, deren Verfahren in Kassel zusammen mit dem Verfahren gegen Nora Szasz eingestellt worden war, verfolgte ich die Abstimmung auf der Tribüne des Bundestags. Dass die Mehrheit des Parlaments sich anschließend mit „Standing Ovations“ zu uns umdrehte, hätte ich mir im Moment des Erhalts der Ladung zum Prozess, als ich Angst vor dem Verlust der Approbation oder sogar einer Gefängnisstrafe hatte, nicht träumen lassen.

Einige Monate später wurde von der Bundesregierung die angekündigte Kommission eingesetzt, die eine Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des Strafgesetzbuchs prüfen soll. Das ifw, das von der Kommission zur Abgabe einer Stellungnahme eingeladen wurde, hat dazu bereits einen weitreichenden Vorschlag unterbreitet, der eine vollumfängliche Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs vorsieht.²⁰ Auch zahlreiche andere Organisationen wie u. a. der *Deutsche Juristinnenbund*, *Doctors for Choice Germany*, *pro famila*, *Terre des Femmes* und der *Zentralrat der Konfessionsfreien* haben im Rahmen dieses Verfahrens für die Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs votiert.²¹

19 Vgl. SPD, FDP, Bündnis 90/Die Grünen, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag 2021–2025, Berlin 7.12.2021, S. 92.

20 Die ifw-Stellungnahme „Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs“ ist ebenfalls in diesem Sammelband zu finden.

21 Die verschiedenen Stellungnahmen sind abrufbar über die Website der *Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin*, siehe: <https://event.ptj.de/kom-rsf-agl>.

Ich bin gespannt, zu welchen Ergebnissen die Kommission am Ende gelangen wird. Es wäre fantastisch, wenn der lange Kampf der Frauenbewegung für das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung endlich von Erfolg gekrönt sein würde! Jedenfalls hat sich der Nebel, der sich in den letzten Jahren über das Thema Schwangerschaftsabbruch gelegt hatte, gelichtet, wobei die Debatte um § 219a zweifellos eine maßgebliche Rolle gespielt hat. Vielleicht wird man es später einmal als eine „Ironie des Schicksals“ begreifen, dass ausgerechnet radikale Abtreibungsgegner wie Klaus Günter Annen und Yannik Hendricks durch ihre Strafanzeigen den berechtigten Anliegen der Frauenbewegung zum Durchbruch verholfen haben. Es wäre eine eigentümliche „Dialektik der Aufklärung“,²² die selbst die Herren Horkheimer und Adorno in Erstaunen versetzt hätte.

22 Horkheimer, Adorno, Dialektik der Aufklärung, Frankfurt 1969.

Strafprozess wegen Informationen zum Schwangerschaftsabbruch in Gießen – Der Paragraph 219a StGB ist verfassungswidrig

Jacqueline Neumann

Die Ärztin Kristina Hänel ist von der Staatsanwaltschaft Gießen nach § 219a StGB angeklagt worden. Die Verhandlung vor dem Amtsgericht ist am 24. November 2017. Der Vorwurf: Verstoß gegen das Verbot, öffentlich die ärztliche Dienstleistung des Schwangerschaftsabbruchs anzubieten. Auf Hänels Webseite befindet sich in ihrem Leistungsspektrum unter der Rubrik „Frauengesundheit“ das Wort „Schwangerschaftsabbruch“. Jacqueline Neumann, wissenschaftliche Koordinatorin des *Instituts für Weltanschauungsrecht (ifw)*, bewertet die Norm des § 219a StGB anhand der einschlägigen rechtswissenschaftlichen Kommentare der *ifw*-Beiräte Eric Hilgendorf und Reinhard Merkel, sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Ergebnis: § 219a StGB ist verfassungswidrig.

Inhalt der Rechtsnorm

§ 219a StGB

Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft

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

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

(2) Absatz 1 Nr. 1 gilt nicht, wenn Ärzte oder auf Grund Gesetzes anerkannte Beratungsstellen darüber unterrichtet werden, welche Ärzte, Kran-

kenhäuser oder Einrichtungen bereit sind, einen Schwangerschaftsabbruch unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 vorzunehmen.

(3) Absatz 1 Nr. 2 gilt nicht, wenn die Tat gegenüber Ärzten oder Personen, die zum Handel mit den in Absatz 1 Nr. 2 erwähnten Mitteln oder Gegenständen befugt sind, oder durch eine Veröffentlichung in ärztlichen oder pharmazeutischen Fachblättern begangen wird.

Wie die Überschrift des § 219a StGB besagt, handelt es sich bei der Norm um ein Verbot, für den Abbruch der Schwangerschaft zu werben. Bereits der erste Blick in den Normtext zeigt jedoch, dass es nicht nur um die Untersagung von „Werbung“ geht, sondern der Tatbestand derart weit gefasst ist, dass damit letztlich ein Informationsverbot statuiert wird. Denn Werbung ist nach dem Duden gleichzusetzen mit „Reklame“ oder „Propaganda“. Nach dieser Strafnorm genügt jedoch bereits die „Information“ über die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruches zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes des „Anbietens“. Damit gilt ein Verbot für Ärzte und Kliniken, darüber zu informieren, unter welchen rechtlichen Rahmenbedingungen ein legaler Schwangerschaftsabbruch erlaubt ist, welche Methoden es gibt, welche Risiken der Eingriff birgt und dass sie Schwangerschaftsabbrüche durchführen.

Vor diesem Hintergrund ist eine verfassungskonforme Auslegung auch anhand der Methoden der Gesetzesauslegung, wie sie sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herausgebildet haben, nicht möglich. Der Wortlaut des § 219a StGB ist klar und eindeutig und bildet anerkanntermaßen die Grenze zulässiger Auslegung. Die Norm ist aus mehreren Gründen verfassungswidrig:

Kriminalisierung des Vorfelds einer rechtmäßigen Haupttat

§ 219a Abs. 1 StGB differenziert nicht zwischen rechtmäßigen (bzw. tatbestandslosen) und rechtswidrigen Abbrüchen.¹ Erfasst werden daher auch Verhaltensweisen im Vorfeld rechtlich erlaubten Handelns. Versteht man die Norm folglich als „Vorfeldkriminalisierung“, liegt die Verfassungswidrigkeit nach Reinhard Merkel (ifw-Beirat) auf der Hand: „Wenn eine Handlung X und deshalb auch jederlei Teilnahme an ihr rechtmäßig ist, dann kann die bloße vorbereitende Förderung beider, genau genommen nur die

¹ Groppe in: MüKo, StGB, 3. Aufl. 2017, § 219a StGB Rn. 1 f.

Förderung der bloßen Möglichkeit zu beiden, nicht ihrerseits rechtswidrig und strafbar sein“²

Auch Eric Hilgendorf (*ifw*-Beirat) betont, dass eine „Kriminalisierung des Vorfelds einer rechtmäßigen Haupttat“ als „sachwidrig“ zu qualifizieren sei.³

Woher stammt der Tatbestand des „Werbeverbots“?

Mittelbar soll die Strafdrohung des § 219a StGB dem Schutz des ungeborenen Lebens dienen.⁴ Hintergrund dessen ist zum einen die nationalsozialistische Bevölkerungspolitik, als der Tatbestand des „Werbeverbots“ in der Strafrechtsreform im Mai 1933 eingeführt wurde. Zum anderen ist die religiöse Vorstellung aus den Glaubensnormen des Christentums prägend, bereits ab der „Beseelung“ der befruchteten Eizelle eine Abtreibung mit der strengsten Kirchenstrafe zu belegen („Exkommunikation“) und ein Abtreibungsverbot als „grundlegendes Element“ der staatlichen Gesetzgebung einzufordern (Nr. 2273, Katechismus der Katholischen Kirche). Zu den weltanschaulichen Auseinandersetzungen und deren rechtlichen Auswirkungen beim Thema Schwangerschaftsabbruch sei an dieser Stelle auf den Lexikoneintrag von Gerhard Czermak (*ifw*-Direktorium) verwiesen.⁵

Dem steht hinsichtlich rechtmäßiger Abbrüche jedoch entgegen, dass ein „Recht des ungeborenen Lebens“ im Rahmen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB nicht existiert. Deshalb scheidet auch eine Abwägung des ärztlichen Rechts auf Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) mit dem „Recht des ungeborenen Lebens“ aus.⁶ Die Annahme des Landgerichts Bayreuth in seinem Urteil vom 15.9.2005 (2 Ns 118 Js 12007/04), wonach der Arzt im Rahmen der Berufsausübung zwar das Recht hat, die Öffentlichkeit über die von ihm angebotenen Leistungen in seiner Praxis zu informieren, dieses aber das Recht des ungeborenen Lebens tangiere und deshalb zurückzutreten habe, ist folglich unzutreffend. Da der Schutzbereich des „Rechts des ungeborenen Lebens“ nicht eröffnet ist, bedarf es auch keiner Abwägung mit der Berufsausübungsfreiheit des Arztes und diese hat folglich nicht zurückzutreten.

2 *Merkel* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a StGB Rn. 2.

3 AWHH/Hilgendorf BT § 5 Rn. 40.

4 *Eschelbach* in: BeckOK StGB, 35. Ed. 1.8.2017, § 219a StGB Rn. 1.

5 <https://weltanschauungsrecht.de/Schwangerschaftsabbruch>

6 *Merkel* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a StGB Rn. 2.

Informationsrecht

Schutzzweck des § 219a StGB ist es ferner zu verhindern, dass sowohl der rechtmäßige als auch der rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch als kommerzialisierbare Dienstleistung dargestellt und von der Allgemeinheit als normales Verhalten eingeschätzt werden.⁷

Doch wenn die Kommerzialisierung der Haupttat, nämlich deren Bezahlung, fraglos erlaubte und (civil-)rechtlich garantierte Normalität ist, dann können kommerziell orientierte öffentliche Hinweise darauf kein strafwürdiges Unrecht sein.⁸

In einem System, das für alle Schwangerschaftsabbrüche eine medizinisch angemessene Durchführung als „Staatsaufgabe“ (BVerfGE 88, 203, 328) gewährleisten will, stellt die vom Gesetzgeber behauptete Gefahr der „Normalisierung“ von Abbrüchen zudem keine Gefahr dar, sondern den Normalzustand.⁹ Dementsprechend kann die frei zugängliche Information über die Durchführung legaler Schwangerschaftsabbrüche durch Ärzte aber auch nicht unter Strafe gestellt werden.

Überdies ist eine öffentliche Tabuisierung des Schwangerschaftsabbruchs mit Blick auf die Grundrechte auf Meinungs- und Informationsfreiheit nicht zulässig.

Die Ärztin Kristina Hänel hat eine Petition erstellt.¹⁰ Darin hebt sie zutreffend hervor:

„[§ 219a StGB] behindert das Anrecht von Frauen auf sachliche Informationen. De facto entscheiden die Beratungsstellen, wo die Frauen zum Schwangerschaftsabbruch hingehen können, da viele Ärzte eingeschüchtert sind und ihre sachlichen Informationen von den Websites herunternehmen aus Angst vor Strafverfolgung. Auch und gerade beim Thema Schwangerschaftsabbruch müssen Frauen freie Arztwahl haben und sich medizinisch sachlich und richtig informieren können. Ich bin für das Recht von Frauen, sich im Internet über angebotene Leistungen von Ärzten und Ärztinnen zum Schwangerschaftsabbruch zu informieren. Informationsrecht ist ein Menschenrecht.“

7 Bericht, BT-Drucks. 7/1981 (neu), 17; *Eschelbach* in: BeckOK StGB, 35. Ed. 1.8.2017, § 219a StGB Rn. 1.

8 *Merkel* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a StGB Rn. 2, 3.

9 *Merkel* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a StGB Rn. 17.

10 <https://www.change.org/p/kristinah%C3%A4nel-informationsrecht-f%C3%BCr-frauen-zum-schwangerschaftsabbruch-219a-behindert-das>

Der Staat muss einen Regelungsrahmen bereitstellen

Mit dem „Werbeverbot“ hängt auch die Problematik eng zusammen, dass es für Frauen insbesondere in ländlichen Gegenden zunehmend schwierig wird, Ärzte oder Kliniken zu finden, die Abtreibungen durchführen. Anfang 2017 berichteten Medien beispielsweise über den Fall eines Chefarztes,¹¹ welcher den Ärzten in seiner Klinik mit Verweis auf seinen christlichen Glauben untersagte, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen – und dies, obwohl es sich um die einzige Klinik des Landkreises handelte. In christlich geprägten europäischen Nachbarländern gibt es eine ähnliche Entwicklung. So verweigern in Italien¹² landesweit mittlerweile rund 70 Prozent der Ärzte eine Abtreibung. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem Urteil vom 30.10.2012 in der Sache P./S. gegen Polen (57375/08, Rn. 106) bezogen auf die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen jedoch betont:

“For the Court, States are obliged to organise their health service system in such a way as to ensure that the effective exercise of freedom of conscience by health professionals in a professional context does not prevent patients from obtaining access to services to which they are entitled under the applicable legislation.”

Demnach muss der Staat einen Regelungsrahmen bereitstellen, welcher es Individuen ermöglicht, ihre Rechte auch tatsächlich wahrzunehmen und durchzusetzen. Das Selbstbestimmungsrecht über den Abbruch einer Schwangerschaft darf nicht nur eine theoretische Option darstellen. Andernfalls verletzt der Staat seine Schutzwicht aus Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Diese Fragen nach dem staatlichen Regelungsrahmen stellen sich auch in Deutschland.

Klärung der Verfassungsmäßigkeit der Norm unumgänglich

Wie ist die rechtliche Situation von Ärztin Kristina Hänel angesichts der Anklage der Staatsanwaltschaft Gießen nach § 219a StGB? Sollte das Amtsgericht Gießen die Strafnorm für verfassungswidrig halten, müsste es das

11 <https://taz.de/Klinik-verweigert-Abtreibungen/!5378291/>

12 <https://www.spiegel.de/karriere/italien-aerzte-verweigern-abtreibungen-aus-karriere-gruenden-a-1154430.html>

Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen (Art. 100 Abs. 1 GG). Einer entsprechenden Richtervorlage kann das Gericht nach hiesiger Auffassung nicht dadurch entgehen, dass es die Norm dahingehend verfassungskonform auslegt, dass lediglich das Anbieten eines rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruches erfasst wird. Denn eine solche Auslegung erfolgte *contra legem* und wäre damit unzulässig. Das Gebot verfassungskonformer Auslegung legitimiert nicht dazu, Wortlaut und Sinn des Gesetzes beiseite zu schieben oder zu verändern (BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, BVerfGE 88, 203-366, Rn. 374). Gleichermaßen gälte für eine einschränkende Auslegung dahingehend, dass vom Tatbestand lediglich die offene oder als Information getarnte Propagierung des Schwangerschaftsabbruchs erfasst wird,¹³ nicht aber die bloße neutrale Information über die Durchführung von Abbrüchen, wie sie vorliegend seitens Frau Hänel erfolgte.

Sollte das Bundesverfassungsgericht mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm befasst werden, weist Reinhard Merkel zutreffend darauf hin,¹⁴ dass das Gericht die Norm wohl mit dem Grundgesetz für nicht vereinbar erklären wird. Im Rahmen von Verfassungsbeschwerden zu zivilrechtlichen Ansprüchen auf Unterlassung der Verteilung von Flugblättern vor der Praxis eines Frauenarztes, die unter anderem zum Stopp der „rechtswidrigen Abtreibungen“ in der Praxis auffordern, führte das Gericht nämlich aus: „Wenn die Rechtsordnung Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzte eröffnet, muss es dem Arzt auch ohne negative Folgen für ihn möglich sein, darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können.“ (BVerfG 24.5.2006 – 1 BvR 1060/02, Rn. 43)

Abschließender Kommentar

Die Strafnorm § 219a StGB und viele öffentliche Einrichtungen (z. B. Krankenhäuser, Staatsanwaltschaft Gießen) sind trotz der entsprechenden Verpflichtung der Verfassung nicht weltanschaulich neutral gehalten. Religiöse, aber auch philosophisch begründete Tabuisierungen von Schwangerschaftsabbrüchen und der Information über die Durchführung selbiger können in einem säkularen Staat jedoch keine Legitimationsgrundlage für

13 So wohl *Kühl* in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 219a StGB Rn. 1.

14 *Merkel* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a StGB Rn. 3.

mit Kriminalstrafe bewehrte Verbote sein. Mit dem Erlass einer moralisierenden, auf die Durchsetzung einer religiös-weltanschaulich bestimmten Sittlichkeit bezogenen Strafnorm überschreitet der Staat seine Kompetenzen.¹⁵

Bund und Länder sollten in Deutschland angesichts der teilweise flächendeckenden Einschüchterung von Ärzten durch „Lebensschützer“, die noch dazu wie im Fall der Staatsanwaltschaft Gießen Resonanz durch Staatsorgane erfahren, vielmehr sicherstellen, dass das Selbstbestimmungsrecht über den Abbruch einer Schwangerschaft nicht nur zu einer theoretischen Option wird. Der Staat muss nach der Europäischen Menschenrechtskonvention einen Regelungsrahmen bereitstellen, welcher es Individuen ermöglicht, ihre Rechte auch tatsächlich wahrzunehmen und durchzusetzen.

Der § 219a StGB ist abzuschaffen. Denn er folgt religiösen Glaubensvorstellungen und der nationalsozialistischen Weltanschauung, die mit einem demokratischen, weltanschaulich neutralen Rechtsstaat in der Ausrichtung auf die Europäische Menschenrechtskonvention unverträglich sind.

15 Vgl. allgemein hierzu Stefan Huster, *Die ethische Neutralität des Staates*, 2. Aufl. 2017, S. XXXIII f.

Antrag auf Vorlage zum Bundesverfassungsgericht gegenüber dem Landgericht Gießen

Karlheinz Merkel

A.

Antrag gemäß Art. 100 Abs. 1 GG

Ich beantrage, das Verfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen.

Die der Verurteilung durch das Amtsgericht zugrunde gelegte Vorschrift des § 219a Abs. 1 StGB ist verfassungswidrig. Würde man die Norm anwenden, müsste die Angeklagte verurteilt werden. Der Tatbestand ist erfüllt. Würde die Norm für verfassungswidrig erklärt werden, müsste die Angeklagte freigesprochen werden.

Die Norm hat in den letzten Jahren zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt. Der auch im hiesigen Verfahren aktiv gewordene Betreiber der Internetseite „babycast“ Klaus Günter Annen hat im Verbund mit dem Anzeigerstatter Yannic Hendricks seit einigen Jahren systematisch Strafanzeigen gegen Ärztinnen und Ärzte erstattet, die in ihrem Praxisangebot ausweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche durchführen. Wie seiner Homepage entnommen werden kann, handelt es sich um deutlich über 150 Anzeigen und daraufhin eingeleitete Ermittlungsverfahren (auf der Homepage ist das jeweilige Aktenzeichen mitgeteilt). Befragungen unter den angezeigten Ärztinnen und Ärzten haben ergeben, dass die Reaktion der Staatsanwaltschaften ganz unterschiedlich ist. Manche Staatsanwaltschaften lehnen unter Hinweis auf § 152 StPO ab, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Andere stellen gemäß § 170 II StPO oder gegen Auflage ein. Weitere Staatsanwaltschaften stellen ein, wenn die Publizierung durch die jeweiligen Ärztinnen und Ärzte, dass sie Schwangerschaftsabbrüche ausführen, beendet wird (streichen von der Homepage). In einigen Fällen ist es zu Anklagen gekommen.

Mit anderen Worten: Die Rechtsunsicherheit ist bundesweit und ganz erheblich. Sie betrifft nicht nur Ärztinnen und Ärzte, die nicht wissen, wie sie sich in Übereinstimmung mit dem Gesetz zu verhalten haben. Sie betrifft vor allem auch die Ermittlungsbehörden. Es besteht deshalb gerade

aktuell ein gesteigerter Bedarf danach, dass abschließend und endgültig geklärt wird, ob die zugrundeliegende Norm verfassungsgemäß ist.

Immerhin ist die Berufsausübung von hunderten von Ärztinnen und Ärzten betroffen, die jetzt schon einige Zeit in Unsicherheit gehalten werden, ob sie sich strafbar machen, wenn sie, wie seit Jahren praktiziert, in ihr publiziertes Leistungsspektrum „Schwangerschaftsabbruch“ aufnehmen.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem zweiten Urteil zu § 218 am 28.05.1993 ausdrücklich festgehalten, dass eine staatliche Pflicht bestehe („Staatsaufgabe“), ein „ausreichendes und flächendeckendes Angebot sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherzustellen“. Der Gesetzgeber hat dies in Umsetzung der Entscheidung in § 13 Abs. 2 Schwangerschaftskonfliktgesetz normiert. Diese staatliche Pflicht droht durch die oben darlegte Rechtsunsicherheit, die zur Folge hat, dass viele Ärzte sich aus der Versorgung gänzlich zurückziehen, von Tag zu Tag weiterhin und nachhaltig verletzt zu werden. Daher bedarf es einer endgültigen Entscheidung zur Rechtslage durch das Bundesverfassungsgericht.

Das ist offenbar auch die Auffassung der Berliner Staatsanwaltschaft. Unter dem AZ: 253 Js 654/18 hat der zuständige Staatsanwalt gegen zwei Ärztinnen Anklage erhoben und in der begleitenden Verfügung zum 12.07.2018 u. a. ausgeführt, § 219a StGB werfe verfassungsrechtliche Bedenken auf. Er zitiert zur Begründung u. a. eine jüngere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus 2006 und regt - jedenfalls indirekt - Vorlage nach Art. 100 GG an.

B.

Die Berufung und den Antrag oben A begründe ich wie folgt:

Der Sachverhalt ist von der Vorinstanz zutreffend festgestellt. Die Angeklagte bestreitet nicht, auf ihrer Praxis-Homepage die Öffentlichkeit darüber zu informieren, dass sie Schwangerschaftsabbrüche nach dem Gesetz durchführt und dafür das übliche ärztliche Honorar nimmt.

Das Problem des Falles liegt in der rechtlichen Beurteilung, im Einzelnen:

I. Das angefochtene Urteil

Das Amtsgericht geht davon aus, die Information der Angeklagten auf ihrer Homepage, sie führe Schwangerschaftsabbrüche durch, sei ein Anerbieten zum Abbruch, welches § 219a StGB unter Strafe stelle, da die ärztliche Leistung entgeltlich geschehe.

Dieses Verbot sei mit Artikel 12 (Berufsfreiheit) des Grundgesetzes vereinbar. Ein Arzt habe zwar das Recht, über seine Leistungen die Öffentlichkeit zu informieren. Dieses Informationsrecht sei jedoch einschränkbar, da es das Recht des ungeborenen Lebens aus Art. 1 GG beeinträchtige. Denn das Bundesverfassungsgericht habe entschieden, dass für die gesamte Dauer der Schwangerschaft die Abtreibung „grundsätzlich Unrecht (ist), da auch dem ungeborenen Leben Menschenwürde zukomme“ (UA, S. 5, 3. Absatz).

Durch § 218a StGB sei zwar unter bestimmten Voraussetzungen der Schwangerschaftsabbruch straflos gestellt. In § 219a StGB sei jedoch der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck gebracht, dass die Abtreibung in der Öffentlichkeit „nicht als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert werden darf“ und deshalb unter Strafe gestellt sei (UA, S. 5). Dem legitimen Bedürfnis der Schwangeren nach Information über zum Abbruch bereite Ärzte sei ausreichend Rechnung getragen dadurch, dass sie nach Beratung bei Fortbestehen des Abtreibungswunsches von der Beratungsstelle eine „Liste der zur Abtreibung bereiten Ärzte erhält“ (UA, S. 5, letzter Absatz).

Würde man „Werbung für Schwangerschaftsabbrüche zulassen, würde die staatliche Pflicht ungeborenes Leben zu schützen, ins Leere laufen“ (UA, S. 6 oben). Diesem Schutz diene § 219a StGB.

Das angefochtene Urteil missachtet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch, insbesondere jüngere Entscheidungen, auch diejenige aus dem Jahr 1998 (zum Bayerischen Schwangerenhilfeergänzungsgesetz), die auf S. 5 des Urteils offenbar in Bezug genommen wird. Es verkennt Bedeutung und Reichweite der betroffenen Grundrechte aus Art. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG.

Eine Analyse von § 219a StGB führt zu dem Ergebnis, dass die Norm verfassungswidrig ist, jedenfalls soweit sie zu einer Bestrafung der Angeklagten führt. Dazu wie folgt:

II. Verfassungsrechtliche Prüfung

1. Vorbemerkung

§ 219a StGB greift in den Schutzbereich von Grundrechten der Angeklagten ein. Davon geht auch das angefochtene Urteil aus, hält dies aber für ge-rechtfertigt. Der Tatbestand ist komplex und erfasst eine Reihe unterschied-licher Handlungsmodalitäten: von der öffentlichen Mitteilung („anbieten“) – das Urteil geht davon aus, dass die bloße Mitteilung auf der Homepage, ein Fall des „Anbietens“ sei – über das „Ankündigen“ bis hin zum reißeri-schen „Anpreisen“. Schutzgut sei durchgängig, so nimmt das angefochtene Urteil an, das „ungeborene Leben“, dem das Werbeverbot des § 219a diene.

Es ist vorab zu klären, welches Rechtsgut die Norm schützt. Sodann, ob damit ein legitimer Zweck verfolgt wird, der Grundrechtseingriffe rechtfer-tigen kann und schließlich, ob die mit der Anwendung der Norm bewirkten Grundrechtseingriffe dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.

2. Schutzgut und Zweck des § 219a StGB

a) Gesetzeskonzeption der §§ 218 ff. StGB

Das angefochtene Urteil stellt das „verfassungsrechtlich geschützte Recht des ungeborenen Lebens“ der Berufsfreiheit des Arztes gegenüber und meint – ohne nähere Prüfung der Verfassungsgemäßheit von § 219a StGB –, die Berufsfreiheit müsse zurücktreten. Eine solche Gegenüberstellung von Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 12 GG hatte bereits das LG Bayreuth in dem zit. Urteil (2 Ns 118 Js 12007/04) vorgenommen.

Dort ging es um einen analogen Fall. Die abstrakte Gegenüberstel-lung von behaupteten Grundrechten kann eine Prüfung der Verfassungsge-mäßheit von § 219a StGB aber nicht ersetzen. Es trifft schon nicht zu, dass das behauptete Recht des ungeborenen Lebens durch die Berufsfreiheit des Arztes „beeinträchtigt“ werde. Diese Annahme verkennt das gesetzgebe-rische Konzept, wie es in §§ 218 und 218a StGB in Umsetzung der beiden Entscheidungen des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch aus den Jahren 1975 und 1993 ausgestaltet ist.

Während § 218 StGB Schwangerschaftsabbrüche für strafbar erklärt, bestimmt demgegenüber § 218a StGB bereits in Absatz 1, dass Schwanger-schaftsabbrüche unter den angeführten Voraussetzungen „tatbestandslos“

seien; darüber hinaus stellen Absatz 2 und 3 klar, dass sie unter den dort genannten Voraussetzungen sogar rechtmäßig („nicht rechtswidrig“) sind.

Diese Konzeption ist eine Folge der Feststellungen des BVerfG in seinem 2. Urteil zu § 218 StGB, in welchem es den Staat verpflichtet, ein „flächendeckendes Angebot zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen“ sicherzustellen (BVerfG E 88, 203 328, 333 ff.). Der Sinn dieser „Staatsaufgabe“ (BVerfG, a. a. O.) ist evident und ohne vernünftige Alternative: jeden der auf diese Weise aus der Reichweite von Strafdrohungen entfernten Abbruch zwingend der medizinischen *lex artis* zu unterstellen.

In eindeutigem Gegensatz zu der genannten Konzeption in § 218 und § 218a StGB macht jedoch § 219a StGB gerade keinen Unterschied zwischen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbrüchen und tatbestandslosen bzw. rechtmäßigen. Vielmehr verbietet die Norm für jeden Schwangerschaftsabbruch generell das öffentliche Anbieten, Ankündigen und Anpreisen, sofern dies um eines Vermögensvorteils willen oder grob anstößig geschieht. Die amtliche Überschrift charakterisiert die genannten Tathandlungen pauschal als „Werbung“. (Das ist in der Sache eher irreführend, vgl. dazu unten 2c). Es ist also des Näheren der Tatbestand zu analysieren und zu prüfen, welches Schutzgut er in Bezug nimmt.

b) § 219a StGB hat zwei Schutzgüter

Nach allgemeiner Ansicht normiert § 219a StGB den Tatbestand eines abstrakten Gefährdungsdelikts. Er bestraft ein Handeln, welches wegen des in ihm konkretisierten generellen Risikos eine konkrete Gefahr auslösen kann, auch wenn es das im Einzelfall (und in einer Betrachtung ex post) nicht getan haben mag (LK-Kröger, Rn. 1 zu § 219a StGB). Die Norm solle, so heißt es in den meisten Kommentaren, ebenso wie im angefochtenen Urteil, verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas „Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“. Alle Kommentatoren beziehen sich auf die in der Bundestagsdrucksache 7/1981 (neu), dort S. 17, gegebene – insoweit wortgleiche – Begründung (vgl. stellvertretend Fischer, Strafgesetzbuch § 219a Rn. 1, m. w. N.).

Es handelt sich bei der zitierten Stelle um eine Formulierung des Sonderausschusses zum 5. Strafrechtsreformgesetz von SPD und FDP vom 24.04.1974. Die Gesetzesformulierung, wonach bestraft wird, wer „Schwangerschaftsabbrüche anbietet oder anpreist“, stammt aus dem Mai 1933; die Reform von 1974 fügte hinzu: „(Wer) ...seines Vermögensvorteils wegen“

(anbietet), mache sich strafbar. Das wendet sich heute gegen Ärzte, die, wie es das angefochtene Urteil mit der gesamten Kommentarliteratur annimmt, durch ihre Honorarerwartung unter den Tatbestand fallen (vgl. statt aller: Fischer, StGB § 219a Rn. 2). Dieses seit 1933 allgemein so bezeichnete „Werbeverbots“ (LK-Lay, 9. Aufl. 1974 § 219 Rn. 1) findet sich heute unverändert in der Normüberschrift. In den früheren Zeiten der uneingeschränkten Strafbarkeit für jeden Abbruch war das ein plausibler Begleitschutz. Mit der im oben zit. Gesetzentwurf vorgelegten Fristenlösung wurde der Norm ein geänderter Zweck zugewiesen: Die Öffentlichkeit soll Abbrüche nicht als normal und der Kommerzialisierung unterworfen wahrnehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat im ersten Urteil vom 25.2.1975 zu § 218 StGB das Fristenlösungsmodell verworfen. Mit § 219a StGB hat sich das Verfassungsgericht dann nicht mehr befasst.

Im Kontext des 1975 für nichtig erklärtten Fristenlösungsmodells hatte der zit. Sonderausschuss offenbar eine abstrakte Gefahr befürchtet, der Arzt würde im Beratungsgespräch mit der Schwangeren vor allem seine Vermögensinteressen im Auge haben, daraus ein Geschäftsmodell entwickeln, wodurch dann infolge öffentlicher Werbung ein Gewöhnungseffekt begünstigt werden könne, verbunden mit dem intuitiven Empfinden, Abbrüche seien etwas Alltägliches und Normales.

Die jetzige gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs ist jedoch anders ausgestaltet. Sie bestimmt im Unterschied zu dem Fristenlösungsmodell von 1974, dass die Beratung nicht der abbrechende Arzt durchführen darf, sondern dass diese von dritter Seite stattfinden muss. Ob die aus der Zeit des nie in Geltung gesetzten Fristenlösungsmodells stammende Rechtfertigung eines sog. „Werbeverbots“ (Überschrift zu § 219a) auch für den Fall eines in § 218a StGB als tatbestandslos (Absatz 1) oder als rechtmäßig (Absätze 2 und 3) erklärt Schwangerschaftsabbruchs nach der heute geltenden gesetzlichen Konzeption in § 219 StGB einen strafrechtlich sanktionierten Eingriff in Grundrechte überhaupt legitimieren kann, ist mehr als zweifelhaft, denn nun wird streng getrennt zwischen der beratenden Stelle und dem Arzt, der den Abbruch durchführt. Daher hat der Arzt, „werbend“ oder nicht, keinerlei Einfluss auf das Beratungsergebnis. (Zu weiteren Bedenken s.u.)

Der Schutzzweck des § 219a StGB umfasst nach allgemeiner Ansicht zwei Rechtsgüter: neben dem ungeborenen Leben (gegen eine als abstrakt befürchtete Gefahr) ist es auch das in der Literatur so bezeichnete „Klima“ der öffentlichen Meinungsbildung bzw. der gesellschaftlichen Diskussion, die nach den oben zit. Gesetzesmaterialien „bewahrt werden soll vor der

Entwicklung einer allgemeinen moralischen Indolenz, eines kollektiven Verlusts an Sensibilität gegenüber dem ethischen Problem, das jede, auch eine gerechtfertigte Abtreibung bedeutet“ (R. Merkel in: Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu § 219a StGB am 27.06.2018 im Rechtsausschuss des Dt. Bundestages, S. 2, sub 3). Diese Interpretation des Normzwecks als „Klimaschutz öffentlicher Meinungsbildung“ berücksichtigt die Komplexität des geschützten Rechtsgutes. Sie reflektiert insbesondere, dass die Norm sich unterschiedslos auf Schwangerschaftsabbrüche bezieht, die der Gesetzgeber mit diametral entgegengesetzter rechtlicher Bewertung versehen hat: von strafbar wie in § 218 bestimmt, bis rechtmäßig in § 218a Abs. 2 und 3.

Zwischenergebnis: Der vorliegende Fall zeigt, dass sogar der bloße Hinweis auf dem Informationsblatt im Wartezimmer einer Ärztin (oder der Eintrag auf einer Homepage) auf die Durchführung rechtmäßiger Schwangerschaftsabbrüche ebenso sanktioniert wird, wie reißerische Werbung im Internet durch irgendeine un seriöse Auslandspraxis, die auch späte Abbrüche nach der 12. Woche anbietet, etwa in einem als „luxuriös“ angepriesenen Wohnfühlambiente mit „optimalem Preis-Leistungsverhältnis“ oder in ähnlichen anstößigen Wendungen (vgl. hierzu R. Merkel, a. a. O.).

c) Zur Auslegung von § 219a StGB: Werbung und Vorfeldkriminalisierung

Ob die rein sachliche Information auf der Homepage oder in einer Praxisbroschüre etc. unter den alltagssprachlichen Begriff „Werbung“ fällt, was die Verteidigerin in der ersten Instanz offensichtlich abgelehnt hat, könnte zweifelhaft sein. Das muss aber wohl schon deshalb verneint werden, weil die Überschrift einer Strafrechtsnorm nicht Teil der normativen Regelung ist und „Werbung“ kein Tatbestandsmerkmal des § 219a. Der Wortlaut der Norm bietet auch sonst keinen Ansatz, „Werbung“ (als strafbar) zu unterscheiden von bloßer Information, die nicht strafbar sei. Soweit zu sehen, wird diese Auslegung der erstinstanzlichen Verteidigerin in der Kommentarliteratur nirgends geteilt.

Sie würde im Übrigen zu einem hohen Grad an Unbestimmtheit des Tatbestands führen: Was unter „Werbung“ zu verstehen wäre und wie sie von sachlicher Information abgegrenzt werden sollte, ist nicht klar und kann, da das Gesetz eine solche Unterscheidung nicht formuliert, jedenfalls nicht Sache des Rechtsanwenders sein. Zur Unbestimmtheit von „Werbung“ beispielhaft folgendes:

Das Europäische Parlament und der Rat der Union haben zum Entwurf einer Richtlinie, mit der bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zwischen Werbung und sachlicher Information zum Schutz der Verbraucher unterschieden werden sollte, festgestellt, dass kein Konsens bestehe, wie eine Abgrenzung möglich sei und wie das Problem „verdeckter Werbung“ gelöst werden könne (C 99 E/188, S. 1: zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG). Der zuständige Ausschuss des Bundesrates hat hierzu ausgeführt, er halte eine normative Unterscheidung von Werbung und sachlicher Information für nicht angezeigt, „weil sie zu Unschärfen führt“ (BR-Drs. 18/01/09, S. 2).

Für eine tragfähige Unterscheidung wäre also zumindest erforderlich, dass „Werbung“ mit einem weiteren Prädikat – z. B.: grob anstößig – näher eingegrenzt würde. Das geschieht in § 219a jedoch nicht; vielmehr bildet die grobe Anstößigkeit dort ein Prädikat, das einschränkend für *alle* Handlungsmerkmale des Tatbestands („anbieten, ankündigen, anpreisen“) gilt.

Im Hinblick auf das Schutzgut „ungeborenes Leben“ wird die Strafbarkeit von Verhaltensweisen weit im Vorfeld einer tatsächlichen (mittelbaren) Gefährdung angesiedelt, und zwar unstrittig auch für rechtlich erlaubtes Handeln. Das wirft im Besonderen die Frage nach der Verhältnismäßigkeit auf, da es insoweit ja nur um die Förderung legalen Handelns geht, oder genauer: nur um die abstrakte Möglichkeit der Förderung. Wenn es aber ein solches „Vorfeld“ gar nicht gibt, weil sich die fragliche Handlung nicht auf eine rechtswidrige (und strafbare) Tat bezieht, kann der Schutzzweck, den das angefochtene Urteil anführt – das ungeborene Leben – keine Rechtfertigung für einen strafbewehrten Grundrechtseingriff sein. Das ist im Folgenden näher darzulegen.

3. Grundrechtseingriffe

a) Kommunikationsfreiheiten: Art. 5 GG

aa) Schutzgut

Art. 5 GG umfasst verschiedene selbständige Grundrechte (vgl. statt vieler: Höming, GG, Art. 5 Rn. 1). Jarass spricht in der Überschrift zu Art. 5 GG treffend von „Kommunikationsfreiheiten“ (Jarass/Pieroth, Art. 5 GG). Herausragend geschützt sind die Informationsfreiheit und die Meinungsfreiheit. Beide sind „schlechthin konstituierend“ für eine freiheitlich demokratische Staatsordnung, wie das BVerfG in ständiger Rechtsprechung feststellt

(vgl. die Nachweise bei Hömig, a. a. O. Rn. 2). Sie sind in der Europäischen Menschenrechtskonvention in Art. 10 abgesichert. Auch (kommerzielle) Werbung, die Einfluss auf den Adressaten (Verbraucher) nehmen will, ist von der Meinungsfreiheit umfasst (BVerfGE 71, 162, (175); 102, 347, (359)).

Die öffentliche Bekundung, gesetzesgemäße Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, die vorliegend der Angeklagten vorgeworfen wird, betrifft somit den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Aus der Sicht der Ärztin ist dies eine Darstellung der angebotenen Leistung unter Inanspruchnahme einer Bewertung (eines Dafürhaltens) als nicht nur rechtsgemäß, sondern auch persönlich-moralisch gebilligt. Denn, wer dies anbietet, der kommuniziert, dass er von seinem gesetzlichen Recht nach § 12 SchwangerschaftskonfliktG (SchKG) und § 2 der Berufsordnung Ärzte keinen Gebrauch macht, wonach der Arzt es ablehnen darf, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen. Er nimmt also wertend Stellung. Entsprechendes gilt für die Tatbestandsvariante des sog. „Ankündigens“ (zum Schutzbereich des Art. 5 hinsichtlich der Stellungnahme und eines Dafürhaltens: BVerfG, NJW 2018, S. 2861, Abs. 15, wo das BVerfG ausdrücklich auch als „gefährlich“ eingeschätzte Meinungen in den Schutzbereich des Art. 5 einbezieht).

bb) Eingriff in das Schutzgut - Rechtfertigung?

§ 219a StGB soll, wie oben dargelegt, die öffentliche Kommunikation vor der Darstellung des Schwangerschaftsabbruchs als etwas „Normalem“ bewahren. Das ist freilich ersichtlich der Versuch einer Tabuisierung. Man soll sich nicht daran gewöhnen, und eben deswegen soll darüber nicht „öffentlich“ kommuniziert werden (vgl. hierzu umfassend und mit schweren Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, NK-Merkel, § 219a Rn. 2 ff.).

Strafrechtlich sanktionierte Verbote öffentlicher Kommunikation sind im freiheitlichen Rechtsstaat grundsätzlich nicht statthaft, von unstatthaften Formen der Kommunikation, etwa in Fällen der Ehrverletzung (§§ 185 ff. StGB), abgesehen. Das Strafgesetzbuch kennt darüber hinaus eine wohlgegründete Ausnahme: das Verbot der Leugnung des Holocaust (§ 130 Abs. 3 StGB). Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass damit der Achtungsanspruch der Opfer geschützt wird (vgl. BGH St 47, 278, 280 f.). Aber auch in diesem Fall handelt es sich, genau besehen, nicht um eine Strategie der Tabuisierung. Denn selbstverständlich soll und muss über dieses Menschheitsverbrechen in der Öffentlichkeit diskutiert werden.

Verboten ist nur, auf seelische Kosten der Opfer (und ihrer überlebenden Angehörigen) historisch Feststehendes zu leugnen. Diese gesetzgeberische Einschränkung der allgemeinen Meinungs- und Kommunikationsfreiheit durch ein strafbewehrtes Verbot ist aus vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Gründen (ausnahmsweise) verfassungsgemäß. Sie betrifft ein singuläres historisches Ereignis, das für die Gründungssituation der Bundesrepublik Deutschland und damit für die gesamte Rechtsordnung konstitutive Bedeutung hatte.

Zwar wird auch § 86a StGB, der das Tragen von Kennzeichen (Fahnen, Abzeichen, Uniformen) in der Öffentlichkeit verbietet, in der Rechtsprechung als ein „kommunikatives Tabu“ bezeichnet (BVerfG NJW 2006, 3050, 3051). Die Norm bezieht sich aber nur auf Kennzeichen von solchen Organisationen, die vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig verboten sind. Sie schützt den freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat davor, dass Organisationen, die ihn aggressiv bekämpfen und deshalb verboten wurden, gewissermaßen durch die Hintertür den öffentlichen politischen Prozess wieder zu beeinflussen versuchen. Konkreter Hintergrund, und insoweit auch die vom Bundesverfassungsgericht nur begrenzt gewährte Legitimation für ein solches Verbot, ist auch hier die deutsche Vergangenheit zwischen 1933 und 1945. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Vorschrift zeigen im Übrigen Folgendes: Es wendet die Norm sehr restriktiv an und hebt hervor, dass die Beschränkung der Meinungsfreiheit nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann. Im Hinblick auf die in Art. 5 Abs. 2 GG formulierte Schranke betont es, dass Gesetze, die die „Meinungsfreiheit einschränken können (…) ihrerseits im Lichte des eingeschränkten Grundrechts ausgelegt“ werden müssen (in: NJW 2006, S. 3050, Abs. 17). Die große Bedeutung der grundgesetzlich gesicherten Informations- und Meinungsfreiheit lässt andere Ausnahmen als die vorgenannten, die eine besondere Legitimation darstellen, nicht zu.

Die Auffassung, dass strafrechtlich sanktionierte Verbote öffentlicher Kommunikation im freiheitlichen Rechtsstaat grundsätzlich nicht statthaft sind, wird auch zu einer insoweit vergleichbaren Thematik vom Gesetzgeber geteilt. Die Begründung des erst jüngst in Geltung gesetzten § 217 StGB (strafbare Förderung der Selbsttötung) enthält folgenden Passus: „Die im strafrechtlichen Kontext alternativ unterbreiteten Regelvorschläge eines Verbots alleine der Werbung für die Förderung der Selbsttötung (…) sind zu weit gefasst (…), weil sie an der bloßen Kommunikation (…) im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutgefährdung ansetzen (…) wollen. Mit den Regelungsvorschlägen sind zudem Eingriffe in die Meinungsfreiheit des Art. 5

Abs. 1 Satz 1.l. Alt GG (...) verbunden, ohne dass ein rechtfertigender hinreichender Grund erkennbar wäre. Derartige Denk- und Kommunikationsverbote sind angesichts der ‚schlechthin konstitutiven‘ Bedeutung der Meinungsfreiheit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung strikt abzulehnen. Der vorgeschlagene Gesetzesentwurf stellt deshalb gerade nicht die freie Meinungsäußerung und die hierunter zu subsumierende Information über die Suizidhilfe bzw. die Werbung dafür unter Strafe. Er erkennt vielmehr den Gedankenaustausch über das Für und Wider der Suizidhilfe und namentlich deren rechtliche Grenzen als nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern angesichts der gesellschaftlichen Brisanz und Relevanz des Themas als politisch wünschenswert an“. (BT-Drs. 18/5373, S. 13)

Darüber hinaus kann die genannte Zweckbestimmung mit Blick auf § 219a eine Grundrechtseinschränkung schon deshalb nicht rechtfertigen, weil sie insofern gänzlich ungeeignet ist: Es findet ja permanent und seit vielen Jahren eine öffentliche Auseinandersetzung um Schwangerschaftsabbrüche statt. Es ist auch öffentliches Wissen in unserer Gesellschaft, dass jährlich zehntausende Abtreibungen unter Beteiligung von staatlich finanzierten Institutionen durchgeführt werden (vgl. hierzu im Einzelnen: NK-Merkel, § 219a, Rn. 3). Gegner solcher Abbrüche treten in der Öffentlichkeit mit großem Nachdruck und in höchstmöglicher Sichtbarkeit auf, bis an die Grenze – zum Teil darüber hinaus – der Rechtsbeeinträchtigung der betroffenen Ärztinnen/Ärzte. Unter diesem Blickwinkel ist die Tabuisierung der Informationsabsichten einer Seite (der Ärztinnen und Ärzte) eine unzulässige Einschränkung, die nicht nur Art. 3 GG verletzt. Vielmehr zeigt sich, dass damit dem § 219a StGB nachgerade der Charakter eines Sondergesetzes zugeschrieben würde, wovon sein Status als allgemeines Gesetz berührt würde. Auch deshalb liegt in jedem Fall eine unzulässige Einschränkung von Art. 5 Abs. 2 GG vor, der nur durch ein zweifelsfrei „allgemeines“ Gesetz eingeschränkt werden darf (vgl. zu diesem Erfordernis: BVerfG, NJW 2018, S. 2861 Abs. 15: „nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtetes Gesetz“).

Eine Strafrechtsnorm als Mittel einzusetzen, das für den gewünschten Zweck ungeeignet ist, widerspricht im Übrigen von vornherein der Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs. Das steht nach Jahrzehntelanger Rechtsprechung des BVerfG außer Zweifel (im Einzelnen: Hömig, GG, Vorbem. zu Art. 1, Rn. 8 m. w. N.).

Es kommt hinzu, dass in den Fällen indizierter Abtreibung, also bei Gefahr für Leib und Leben der Schwangeren und bei Schwangerschaft als Folge einer Sexualstraftat, die Schwangere sich in einer in § 218a StGB

anerkannten Notstandslage befindet. Es ist in jedem Fall unverhältnismäßig, den rechtmäßigen Ausweg aus dieser vom Gesetz anerkannten Notlage „(...) zu erschweren, indem die sachliche Information über diesen Ausweg mit Strafe bedroht wird. Die Möglichkeit der Schwangeren, sich (...) bei einer anerkannten Beratungsstelle nach § 8 SchKG“ zu informieren, kann nichts daran ändern; denn es geht nicht um die Frage, „ob Schwangere überhaupt einschlägige Informationen erhalten können, sondern darum, ob eine *Strafdrohung* zur Verhinderung sachlich korrekter Hinweise auf rechtmäßige Hilfe in einer unzumutbaren Notlage verfassungsgemäß sein kann. Die Antwortet lautet: nein.“ (so: R. Merkel, *Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu § 219a StGB am 27.06.2018 im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages*, S. 4).

Die Auffassung im angefochtenen Urteil, der Schutz des ungeborenen Lebens würde „ins Leere laufen“, würde man nicht den Hinweis einer Ärztin darauf, dass zu ihrem Leistungsspektrum auch Schwangerschaftsabbrüche gehören, verbieten, ist demnach – von der Unplausibilität ihrer überzogenen Formulierung („ins Leere laufen“) ganz abgesehen – verfassungsrechtlich nicht haltbar. Der Gesetzgeber selbst statuiert den Schutz des ungeborenen Lebens nicht als grenzenlos, sondern bestimmt in § 218a Ausnahmen, die Abbrüche zulassen. Wollte man den Worten des amtsgerichtlichen Urteils folgen, wäre es also der Gesetzgeber selbst, der den Schutz des ungeborenen Lebens leerlaufen ließe: eine offenkundig unhaltbare Konsequenz der zitierten Behauptung. Es ist ein Wertungswiderspruch, die bloße und sachliche öffentliche Mitteilung, man tue etwas, das erlaubt sei, unter Strafe zu stellen.

Jene Auffassung verkennt darüber hinaus das gesamte Schutzkonzept der §§ 218a, 219 StGB. Wie das Verfassungsgericht in seinen zwei Entscheidungen zu § 218 StGB dargelegt hat und wie der Gesetzgeber es auch im Schwangerschaftskonfliktgesetz ausformuliert hat, ist der von Verfassungs wegen adäquate Schutz für das ungeborene Leben in einer spezifischen Art und Weise im sog. Beratungsmodell zu verwirklichen. Es ist also geboten, dass Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch durchführen wollen, umfassend informiert sind, und zwar auch darüber, welche Ärztinnen und Ärzte Abbrüche vornehmen, ob diese als kompetent beurteilt werden können und wo sie diese Ärzte finden. Der schlichte Verweis auf angebliche Listen, die den Schwangeren nach Beratung ausgehändigt werden, ändert daran nichts. Es zwingt die Ärztinnen/Ärzte, sich auf eine „Liste“ setzen zu lassen, deren Weitergabe oder Nichtweitergabe und die damit im Kontext stehende Kommunikation über sie selbst, sie nicht beeinflussen können,

die vielmehr der unüberprüfbaren Willkür der entsprechenden Beratungsstelle unterliegt.

Das angefochtene Urteil verkennt aber vor allem, dass § 219a StGB keine Unterscheidung vornimmt zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Schwangerschaftsabbrüchen. Durch § 219a StGB, der angeblich dem Schutz des ungeborenen Lebens dient, wird eine Vorfeldbestrafung statuiert: Auch wenn der Abbruch nicht rechtswidrig ist, sollen gemäß den Tatbestandsvarianten des § 219a die Ärzte dafür bestraft werden, dass sie in ihrem Leistungsspektrum öffentlich (z. B. durch Eintrag in einem Telefonbuch oder auf einem Praxisschild usw.) rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche ausweisen. Wenn aber eine bestimmte Handlung (Schwangerschaftsabbruch) rechtmäßig ist, dann ist es notwendiger Weise auch jede Teilnahme an ihr; erst recht kann dann aber eine nur vorbereitende Förderung (genauer: Förderung der bloßen Möglichkeit, die rechtmäßige Handlung auszuführen) nicht ihrerseits rechtswidrig oder strafbar sein (NK-Merkel § 219a, Rn. 2 m. w. N.). Zu diesem dem § 219a StGB innewohnenden Wertungswiderspruch ist Folgendes festzuhalten:

Zwar ist richtig, dass das Bundesverfassungsgericht in seinen beiden Entscheidungen zu § 218 ff. StGB festgestellt hat, dass das Ungeborene ein „eigenes Lebensrecht“ habe und von der Verfassung geschützt sei. Daher bezeichnet das Verfassungsgericht den Abbruch „grundsätzlich“ als Unrecht.

Es führt dann jedoch aus, dass die Reichweite der Schutzpflicht des Staates unter Berücksichtigung kollidierender Rechtsgüter, vor allem des Rechts der Frau aus Art. 1 und Art. 2 GG zu bestimmen sei (BVerfGE 88, 203 Leitsatz 5, 12 und 13). Daraus folgert es, dass in bestimmten Fällen der Abbruch zulässig sei. Der Staat habe eine Beratungsregelung zu normieren, die die Letztentscheidung der Schwangeren überlässt (BVerfGE 88, 268, 270, 297, 318). Das BVerfG betont, dass der Vertrag zwischen Arzt und Abbruchwilliger wirksam ist (E 88, 295) und stellt weiter fest, dass jede Nothilfe für das Ungeborene ausgeschlossen ist (ebenda, S. 279). Es billigt der Schwangeren für die Zeit des Abbruchs Lohnfortzahlung zu (ebenda, S. 324 f.), und gewährt bei Bedürftigkeit Sozialhilfeleistungen zur Finanzierung des Abbruchs (ebenda, S. 321 f.). Der Staat sei – so heißt es weiter – verpflichtet, „ein flächendeckendes Angebot sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen“ vorzuhalten; das Gericht bezeichnet dies als „Staatsaufgabe“ (ebenda, S. 328).

Es ist nicht damit getan, sich zur Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs durch § 219a StGB auf eine „staatliche Pflicht ungeborenes Leben

zu schützen“ zu berufen. Denn die zentrale Frage ist, ob hierfür eine Kriminalisierung von Ärztinnen/Ärzten erforderlich oder auch nur zulässig sein kann, die nichts weiter tun als in sachlicher Weise öffentlich anzuzeigen, dass sie gesetzmäßig handeln. Sie teilen also nur mit, dass sie zugleich Beteiligte an der Erfüllung jener „Staatsaufgabe“ sind, als die das BVerfG die Bereitstellung der Möglichkeit medizinisch kompetenter Abbrüche bezeichnet.

§ 218a Abs. 1 StGB bestimmt, dass der Abbruch nach Beratung den Tatbestand des § 218 (Verbot) nicht erfüllt. Absatz 2 von § 218a StGB hält fest, dass bestimmte Indikationen Rechtfertigungsgründe für den Abbruch sind. Vor dem Hintergrund dieser rechtlich bedeutsamen Unterscheidungen erweist sich erneut die Verfehltheit der undifferenzierten Fassung des § 219a Abs. 1 StGB. Denn er stellt jedes öffentliche Anerbieten zur entgeltlichen Durchführung eines Abbruchs unter Strafe, also auch dasjenige, womit auf etwas verwiesen wird, das objektiv zur Erfüllung jener vom BVerfG hervorgehobenen „Staatsaufgabe“ beträgt.

An dem vorgenannten Ergebnis ändert sich auch durch den Hinweis des Bundesverfassungsgerichts nichts, der Abbruch einer Schwangerschaft sei grundsätzlich als „Unrecht“ anzusehen. Denn das, was das Bundesverfassungsgericht in diesen Entscheidungen als „Unrecht“, aber eben nur „grundsätzlich“ als Unrecht bezeichnet, steht der gesetzgeberischen Umsetzung in § 218a StGB nicht entgegen. Auch in späteren Entscheidungen (z.B. zum Bayer. Schwangerenhilfeergänzungsgesetz, NJW 1999, S. 841 ff.) hat sich das BVerfG affirmativ auf § 218a StGB bezogen.

Der Gesetzgeber hat in § 218a Abs. 1 StGB den Abbruch nach Beratung zwar nicht für rechtmäßig erklärt, wie dies in § 218a Abs. 2 und 3 (Indikationen) geschieht. Er hat jedoch dort bestimmt, dass ein Abbruch nach Beratung (bis zum Abschluss der 12. Woche) schon nicht den Tatbestand des § 218 StGB verwirklicht (das hatte in der Anhörung vor dem 2. Senat Prof. A. Eser als „Freigabe“ des Schutzbürges dargelegt, worauf das Minderheitenvotum von Mahrenholz und Sommer hinweist, NJW 1993, S. 1777, li. Sp. unten).

Im Übrigen ist auf die in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB vorgenommene Einordnung hinzuweisen: Eine rechtswidrige Tat i. S. des StGB liegt nur dann vor, wenn der „Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“ ist. Mit anderen Worten: Ein Handeln, das einen Tatbestand nicht verwirklicht (wie dies in § 218a Abs. 1 StGB festgestellt ist), kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht strafrechtswidrig sein. Auch wenn man es als „Unrecht“ bezeichnet

und damit ein Werturteil verbindet, das seine Grundlage in der Verfassung habe, ändert sich daran nichts.

Die Versuche in der Kommentarliteratur dieses Problem zu lösen (Ist „tatbestandslos“ wertungsgleich mit „nicht rechtswidrig?“) sind vielfältig. Fischer zitiert zustimmend Jakobs, der von einem „de facto Rechtfertigungsgrund“ spricht (Fischer, § 218a Rn. 5).

Es bleibt jedenfalls - insoweit unstrittig - festzuhalten, dass § 219a Abs. 1 StGB die Mitteilung (bzw. das Anbieten) einer Handlung mit Strafe bedroht, die vollständig legal ist, sei sie tatbestandslos oder nicht rechtswidrig. Unabhängig davon, dass eine Norm, welche die Vorfeld-Unterstützung einer rechtmäßigen Handlung bestraft, rechtsstaatswidrig ist - das BVerfG hat die Pönalisierung der Teilnahme an einer rechtmäßigen Haupttat für verfassungswidrig erklärt: BVerfGE 17, 306 Rn. 25 ff – verstößt § 219a StGB jedenfalls gegen das Übermaßverbot (zu diesem Rechtsstaatsgrundsatz vgl. BVerfGE ebenda und im Einzelnen: Jarass/Pieroth 99, Art. 20, Rn. 120 m. w. N.).

b) Berufsfreiheit Art. 12 GG

aa) Eingriff in den Schutzbereich

Durch Art. 12 wird die Freiheit der Berufsausübung, also das Recht einen Beruf möglichst unreglementiert auszuüben (BVerfGE 75, 284, 229; 82, 209, 223), umfassend geschützt (st. Rtspr., jüngst: BVerfGE 135, 90, 109).

Eingeschränkt werden darf die Freiheit der Berufsausübung demnach nur, wenn vernünftige Gründe des Gemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen. Insbesondere ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Das bedeutet, dass nur eine solche Einschränkung statthaft ist, die die geringste Belastung für die Betroffenen zur Folge hat (st. Rtspr., jüngst: E 110, 141, 157).

Im vorliegenden Fall ist das strafbewehrte Verbot des § 219a StGB ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich ausdrücklich im Jahr 1998 festgestellt, dass die ärztliche Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen dem Schutzbereich des Art. 12 GG unterfällt. Daher seien die entsprechenden gesetzlichen Einschränkungen dieser Tätigkeit am Maßstab von Art. 12, Abs. 1 GG zu messen (BVerfG, NJW 1999, S. 841 ff, sub. C). Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass auch ärztliche Werbung zur Berufsfreiheit gehört (BVerfGE E 85, 248 ff). Daraus folge, dass werbe-

beschränkende Vorschriften nur dann verfassungsgemäß seien, sofern sie „nicht jede, sondern lediglich die berufswidrige Werbung“ untersagen. Für „interessengerechte und sachangemessene, insbesondere das notwendige Vertrauensverhältnis zu Patienten nicht gefährdende Informationen, die keinen Irrtum erregen, muss dagegen im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben“ (st. Rtspr., jüngst in: NJW 2011, S. 3147, Tz. 21).

bb) Unverhältnismäßiger Eingriff

§ 219a Abs. 1 StGB unterscheidet seinem Wortlaut nach jedoch nicht, ob es sich um eine interessengerechte und sachangemessene, das Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt nicht gefährdende Information handelt. Er untersagt, wie bereits hervorgehoben, jedes öffentliche Anerbieten auch eines legalen Schwangerschaftsabbruchs. Im angefochtenen Urteil ist ausdrücklich festgehalten, dass die Angeklagte „beim Anbieten der eigenen Leistungen sachlich und seriös informiert hat“ (UA, S. 7, 1. Absatz).

Dass die Norm lediglich solches Handeln unter Strafe stellt, das um des „eigenen Vermögensvorteils wegen“ erfolgt, ist keine Einschränkung der Reichweite des gegen Ärzte gerichteten Verbots. Denn es ist zweifelsfrei und entspricht nicht nur einheitlicher Auffassung zum Strafrecht, sondern zur gesamten Rechtsordnung, dass jede Erwerbsabsicht das Merkmal „um des eigenen Vermögensvorteils willen“ erfüllt.

Deshalb geht das angefochtene Urteil mit der einhelligen Literatur (auch der zu § 219a StGB kritischen) davon aus, dass diese Voraussetzung bereits dann erfüllt ist, wenn der Arzt nur das übliche Honorar für die entsprechende Leistung nimmt (vgl. statt vieler: Lackner/Kühl, StGB § 219a Rn. 4 m. w. N.).

Insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG ist bereits fraglich, ob der oben dargelegte Zweck, den § 219a StGB verfolgt, legitim ist. In seiner Entscheidung zu § 218 StGB vom 28.05.1993 hat das Gericht nicht nur ausdrücklich festgehalten, dass der Vertrag zwischen Arzt und Abbruchwilliger rechtmäßig ist (BVerfGE 88, 295) und erlaubte Abbrüche bei Bedarf über die Sozialhilfe finanziert werden dürfen, sowie dass ein Anspruch auf Lohnfortzahlung von Verfassungen wegen nicht beanstandet werden kann (a. a. O., Leitsatz 16). Es hat darüber hinaus in einer jüngeren Entscheidung im Jahr 2006 ausdrücklich hervorgehoben:

„Wenn die Rechtsordnung Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzte eröffnet, muss es dem Arzt auch ohne negative

Folgen für ihn möglich sein, darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können“ (1 BvR 1060/02, v. 24.05.2006, Tz. 38).

Zwar erging die Entscheidung in einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung: Dem Beschwerdeführer war durch die vorangegangenen Entscheidungen verboten worden, vor den Praxisräumen Handzettel zu verteilen, die u. a. die Formulierung beinhalteten: „Stoppt rechtswidrige Abtreibungen in der Praxis Dr. K.“. Das Bundesverfassungsgericht hat die Untersagungsverfügung zugunsten des Arztes bestätigt. Dass es um einen zivilrechtlichen Streit ging, ändert schon im Hinblick auf den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung nichts an dem sachlichen Gehalt der Feststellung des Verfassungsgerichts. Es steht außer Streit, dass nicht strafrechtlich verboten sein kann, was dem Arzt zivilrechtlich – mit den Worten des BVerfG – „ohne negative Folgen ... möglich sein“ muss.

In einem weiteren Verfahren im Jahr 2010 hatte das Verfassungsgericht folgenden Fall zu entscheiden: Ein Arzt führte auf seiner Homepage u. a. auf, dass er Abbrüche vornehme. Vor seiner Praxis wurden Flugblätter verteilt, in denen es hieß, er führe „rechtswidrige Abtreibungen durch, die aber der Gesetzgeber erlaubt und nicht unter Strafe stellt“. Der Arzt wehrte sich mit einer Unterlassungsklage und bekam recht. Der Flugblattverteiler erhob Verfassungsbeschwerde. Das Verfassungsgericht führte dazu aus:

Dem Arzt werde „nicht etwa eine strafrechtlich relevante oder auch nur überhaupt gesetzlich verbotene, sondern lediglich eine aus Sicht des Beschwerdeführers moralisch verwerfliche Tätigkeit vorgehalten“, auf die er selbst öffentlich hingewiesen habe. Das Verfassungsgericht hält fest, dass es eine rechtlich besonders geschützte Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patienten gebe, die voraussetze, „dass die Patientinnen, die einen Schwangerschaftsabbruch erwägen, Kenntnis davon haben, dass ihr Arzt derartige Eingriffe vornimmt“ (BVerfG NJW 2011, S. 47 ff. Tz. 22). Der auf Unterlassung klagende Arzt müsse die Meinungsbekundung auf dem Flugblatt hinnehmen, weil er selbst auf das „Schwangerschaftsabbrüche umfassende Leistungsangebot seiner Praxis“ hingewiesen habe. Sein Wunsch von Belästigungen frei zu bleiben sei angesichts Art. 5 Abs. 1 GG nicht durchschlagend (a. a. O., Tz. 23). Auch in dieser dem betroffenen Arzt ungünstigen Entscheidung merkt das Verfassungsgericht mit keinem Wort etwa an, dass der Hinweis des Arztes auf seiner Homepage strafrechtlich verboten sei. Das hätte ohne jede weitere Erwägung fraglos zur Folge gehabt, dass er sich schon deshalb die Störpropaganda hätte fallen lassen müssen, und

wäre deshalb vom Verfassungsgericht ganz gewiss herangezogen worden, hätte es die Erwägung für zutreffend gehalten.

Auf derselben Linie liegt eine Entscheidung des BGH aus 2004. Auch hier war Grundlage eine Propagandaaktion mit Flugblättern gegen einen Arzt, der „ungeborene Kinder“ durch Abtreibung töte. Der BGH führt aus:

„Selbst wenn das Leistungsangebot auf seiner Homepage Abtreibungen mit umfassen sollte, wird damit lediglich über das Behandlungsangebot der Praxis informiert“. Der Flugblattverteiler wolle dem Arzt wirtschaftliche Nachteile zufügen, um ihn von der Fortführung der „gesetzlich erlaubten Tätigkeit“, die im Hinblick auf hilfesuchende Schwangere Teil der medizinischen Versorgung sei, abzuhalten (NJW 2005, S. 592, 593, li. Sp.). Es heißt dann weiter: „.... diese ärztliche Tätigkeit (genießt) den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. BVerfG, NJW 1999, 841 [842]).“

Auch wenn man entgegen den obigen höchstrichterlichen Darlegungen dennoch ein legitimes Ziel für den strafrechtlich sanktionierten Eingriff in Art. 12 GG bejahen wollte, fehlte es jedenfalls an der Geeignetheit dieses Mittels, das behauptete Ziel zu erreichen. Manche meinen zwar, durch diese Sanktion sei ein „mittelbarer“ Schutz vorgeburtlichen Lebens erreichbar. Es ist aber bereits höchst zweifelhaft, ob ein solcher „mittelbarer Schutz“ durch § 219a StGB überhaupt erreicht wird:

Da der Gesetzgeber, will er Grundrechte einschränken, die Begründungslast trägt, müsste dargelegt werden können, dass die Entscheidung einer ungewollt schwangeren Frau, einen Abbruch durchzuführen, durch sachliche Informationen in ärztlichen Selbstdarstellungen gefördert oder ein Abbruchwunsch überhaupt erst geweckt werden könnte. Das anzunehmen ist nicht belegt, aber insbesondere in der gesetzgeberischen Begründung mit keinem Buchstaben behauptet. Es wäre auch mehr als lebensfremd und als empirisches Fundament eines Grundrechtseingriffs schon deshalb untauglich. Frauen treffen solche Entscheidungen aufgrund ihrer konkreten Lebens- und Familiensituation und wissen dabei von Anfang an, dass es die Möglichkeit eines rechtsgemäßen Abbruchs gibt.

Soweit das angefochtene Urteil meint, das strafbewehrte Verbot öffentlicher Information Abbrüche durchzuführen, sei auch deshalb im Einklang mit der Verfassung, weil es kein legitimes Bedürfnis der betroffenen Frauen nach entsprechender Information gäbe (UA, S. 5 a. E.), ist dies eine irrite Umkehrung der rechtlichen Begründungslasten: Der Gesetzgeber muss Gründe angeben, die im Lichte der Verfassung es rechtfertigen, dass in Grundrechte eingegriffen wird. Darüber hinaus rechtfertigt die Möglichkeit für Frauen, sich irgendwie zu informieren, offensichtlich nicht die Strafdro-

hung gegen Ärzte, die ja nichts weiter tun, als diese Information zu geben. Außerdem verkennt jene Darlegung im angefochtenen Urteil, dass nur deshalb, weil Ärzte auf Listen von Beratungsstellen notiert sind, sie noch keineswegs auch tatsächlich Abbrüche durchführen. Da sie vor Behandlungsbeginn nach außen nicht erklären dürfen, ob sie Abbrüche durchführen, geht die hilfesuchende Schwangere das Risiko ein, dass sie infolge nicht aktueller Listen von dem aufgesuchten Arzt abgewiesen wird. Im Hinblick auf den engen zeitlichen Rahmen legaler Schwangerschaftsabbrüche ohne spezielle Indikation (bis zum Ablauf der 12. Woche) besteht für die Frauen, mit denen (und nicht gegen sie) nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Konfliktlage aufzulösen ist, hoher Druck und vor dem Hintergrund der schwer belastenden Situation ohnehin. Können sie sich nicht ungehindert und auf allgemein übliche Weise mit überschaubarem Aufwand informieren, welche Ärzte für sie in Betracht kommen, nimmt diese Belastung erheblich zu; und durch das Risiko, mit ihrem Begehrten gegebenenfalls unter moralischer Missbilligung abgewiesen zu werden, noch einmal.

Das Verweisen der hilfesuchenden Frauen auf irgendwo vorgehaltene „Listen“ behindert also die notwendige vertrauensvolle Kooperation der Ärzte mit den Frauen.

Im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel, die Zahl der Abbrüche zu reduzieren, ist sie kontraproduktiv. § 219a, der ein Verbot rechtzeitiger und umfassender Information statuiert, ist also zur Zielerreichung nicht nur ungeeignet; er steht dieser sogar dezidiert im Wege.

Selbst wenn man von all diesen Überlegungen absehen wollte, wäre die Strafsanktion auch dann und deshalb vom Grundgesetz nicht gedeckt, wenn und weil es mildere Mittel gibt, die mindestens gleich wirksam sind (zum Gebot des mildest möglichen Eingriffs in ein Grundrecht: Hömig, a. a. O., Art. 20 Rn. 13, mit Verweis auf BVerfG). Das ist hier der Fall. Denn die berufliche Selbstdarstellung der Ärzteschaft ist bereits umfangreich mit Bestimmung des Berufsrechts eingehetzt und mit Sanktionen abgesichert. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass nur solche werbeschränkenden Vorschriften in ärztlichen Berufsregelungen statthaft sind, die eine berufswidrige Werbung untersagen, nicht aber solche, die sachangemessene, insbesondere das notwendige Vertrauensverhältnis nicht gefährdende Informationen untersagen. Sachangemessen sind „verständliche Aussagen, die den möglichen Patienten nicht verunsichern“ (BVerfG, NJW 2003, S. 2818, sub. II, 1).

Die Ärztekammern können Pflichtverletzungen im Bereich nicht zugelassener Werbung und Verstöße gegen das Heilmittelgesetz oder das Wettbewerbsgesetz mit erheblichen Geldbußen sanktionieren. § 27 Abs. 1 des Muster-Berufsordnung für die Ärzteschaft stellt denn auch klar: „sachliche berufsbezogene Informationen sind gestattet“ Demgegenüber ist „anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung untersagt“ und mit Sanktionen belegt.

Das Strafrecht ist der schwerste Eingriff des Staates („ultima ratio“) in die aller staatlichen Gewalt vorausgehende Freiheit der Bürgerinnen und Bürger. Was im Bereich medizinischer Berufsausübung kriminalisiert wird, bedroht Ärztinnen/Ärzte mit dem hohen Risiko, dass sie im Falle einer strafrechtlichen Sanktion die Möglichkeit verlieren, ihren Beruf weiter auszuüben. Diese Bedrohungslage hat auch dazu beigetragen, dass immer mehr Ärzte, die grundsätzlich zu Abbrüchen bereit wären, dies aber in ihrem Leistungsspektrum nicht wie ihre übrigen Tätigkeiten darstellen dürfen, sie aus ihrem Leistungskatalog gänzlich gestrichen haben. Bei den Gesundheitsämtern und den Beratungsstellen ist bekannt, dass inzwischen keine flächendeckende Versorgung mehr für Schwangerschaftsabbrüche gegeben ist. Das statistische Bundesamt hat auf Anfrage der ARD-Sendereihe „Kontraste“ in diesem Jahr mitgeteilt, dass seit 2003 die Zahl der Ärztinnen/Ärzte, die Abbrüche durchführen, um 40 % zurückgegangen ist. Es gibt Städte und ganze Regionen in Deutschland, in denen überhaupt keine Ärztin/Arzt mehr zu finden ist, der Abbrüche durchführt.

Damit ist die vom Verfassungsgericht vorgesehene „flächendeckende Versorgung“ mit Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen (vgl. auch § 13 SchKG) nicht mehr hinreichend vorhanden. Das ist im Übrigen das Ziel von zwei Männern, die – wie im vorliegenden Fall Herr Yannik Hendricks – es sich auf ihre Fahnen geschrieben haben, Ärztinnen und Ärzte systematisch dadurch zu bedrängen und unter Druck zu setzen, dass sie (Herr Hendricks hat dies in einem Interview als „Hobby“ bezeichnet) Ärztinnen und Ärzte in möglichst großer Zahl anzeigen.

Die Homepage „babycast“ (Betreiber der zweite Aktivist: K. G. Annen) weist mehr als 170 namentlich aufgeführte Ärztinnen/Ärzte aus, die von Hrn. Annen oder Hrn. Hendricks angezeigt wurden. Wie entsprechende Recherchen ergeben haben, lehnen Staatsanwaltschaften oft die Einleitung eines Verfahrens unter Hinweis auf § 152 StPO zunächst ab. In der Folge haben die Anzeigerstatter – wie auch im vorliegenden Fall – das zitierte Urteil des LG Bayreuth aus dem Jahr 2006 den Staatsanwaltschaften mitsamt einer Beschwerde ins Haus geschickt. Daraufhin haben manche Staatsan-

waltschaften versucht, das Verfahren im Hinblick auf den Bagatellcharakter einzustellen. Auch dies haben die Anzeigerstatter nicht hingenommen, mit der Folge, dass es inzwischen zu einer Reihe von Anklagen gekommen ist.

Daraus folgt, dass das gesellschaftliche Klima, das einer der Schutzzwecke von § 219a StGB ist, jedenfalls seit einigen Jahren durch diese Norm oder doch ihren sachfremden Missbrauch notorisch vergiftet wird. Sie gibt selbsternannten Hüttern einer „höheren“ Moral das Mittel in die Hand zu Angriffen, die das Versorgungsangebot, das ein wesentliches Prinzip im Paket der Regelungen zu § 218 ff. darstellt, immer mehr beeinträchtigen, weil sich Ärzte den Gefahren staatlicher Verfolgung nicht aussetzen wollen.

III. Ergebnis

Nach alledem ist festzuhalten, dass die Angeklagte zwar den Tatbestand des § 219a StGB erfüllt hat. § 219a StGB ist jedoch in seiner derzeitigen Ausgestaltung verfassungswidrig. Er schränkt die Berufsfreiheit der Angeklagten ebenso verfassungswidrig ein, wie er in unzulässiger Weise in Art. 5 GG eingreift. Jedenfalls verletzt § 219a StGB den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach der Staat nur dann strafen darf, wenn die Sanktion zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet ist und es kein anderes mildereres Mittel gibt (Verbot der übermäßigen Freiheitsbeschränkung, BVerfGE 17, 306 Rn. 28). Das ist zugleich eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG der Ärztinnen und Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, aber auch der schwangeren Frauen selbst.

Verfassungsbeschwerde gegen § 219a StGB

Reinhard Merkel / Ali Norouzi

Im Namen und Auftrag der Beschwerdeführerin, Frau Kristina Hänel, [...] erheben wir kraft der uns nach § 22 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG erteilten Vollmachten Verfassungsbeschwerde gegen

(1) das Urteil des Landgerichts Gießen vom 12. Dezember 2019 – Az.: 4 Ns – 406 Js 15031/15 –,

(2) den Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. Dezember 2020 – Az.: 1 Ss 96/20 –, der Beschwerdeführerin formlos zugegangen am 19. Januar 2021,

(3) den Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. Juni 2019 – Az.: 1 Ss 15/19 –

und – mittelbar –

(4) § 219a StGB in der Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 2. März 2019 (BGBl. I, S. 350)

und rügen eine Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, weil die strafgerichtliche Verurteilung der Beschwerdeführerin auf einem mit dem Grundgesetz unvereinbaren Strafgesetz beruht und das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in seiner ersten Revisionsentscheidung willkürlich die Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV unterlassen hat.

A. Vorbemerkung

Der Fall der Beschwerdeführerin (Bf.) hat bundesweit Aufsehen erregt und maßgeblich zur öffentlichen Diskussion über die Legitimation und Notwendigkeit der Strafvorschrift des § 219a StGB beigetragen.¹

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, hat die Reaktion des Gesetzgebers mit der Schaffung von § 219a Abs. 4 StGB unterdessen zu einer Rechts-

¹ Treffenderweise trägt das beigefügte verfassungsrechtliche Gutachten von *Brosius-Gersdorf* den Titel „Der Fall Kristina Hänel“.

lage geführt, die nicht nur kriminalpolitisch falsch ist, sondern darüber hinaus durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Die Strafnorm ist nicht geeignet, das von ihr verfolgte Ziel zu verwirklichen, sie ist zudem nicht erforderlich und sie ist mit Blick auf den durch sie bewirkten Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Ärztinnen und Ärzte, aber auch der in ihren Informationsmöglichkeiten eingeschränkten Frauen, unangemessen.

B. Sachverhalt

I. § 219a StGB

Die im Zentrum der Verfassungsbeschwerde stehende Strafvorschrift des § 219a StGB lautet:²

§ 219a

Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft

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

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

(2) Absatz 1 Nr. 1 gilt nicht, wenn Ärzte oder auf Grund Gesetzes anerkannte Beratungsstellen darüber unterrichtet werden, welche Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen bereit sind, einen Schwangerschaftsabbruch unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 vorzunehmen.

(3) Absatz 1 Nr. 2 gilt nicht, wenn die Tat gegenüber Ärzten oder Personen, die zum Handel mit den in Absatz 1 Nr. 2 erwähnten Mitteln oder Gegenständen befugt sind, oder durch eine Veröffentlichung in ärztlichen oder pharmazeutischen Fachblättern begangen wird.

2 Mit Wirkung zum 1. Januar 2021 wurde der einleitende Satzteil in Absatz 1 redaktionell dahin geändert, dass es anstelle von „Verbreiten von Schriften“ nunmehr „Verbreiten eines Inhalts“ heißt (Gesetz vom 30. November 2020 [BGBl. I, S. 2600]). Für das gegenständliche Verfahren ist die Änderung bedeutungslos.

- (4) Absatz 1 gilt nicht, wenn Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen
1. auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 vornehmen, oder
 2. auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch hinweisen.

Zuletzt maßgeblich geändert wurde die Norm – auch infolge der öffentlichen Diskussion, die das damals anhängige Strafverfahren gegen die Bf. entfacht hatte – mit der Einfügung von Absatz 4 durch das Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 2. März 2019.³ Die Notwendigkeit dieser Änderung und das mit ihr verfolgte Ziel begründete der Gesetzesentwurf der Regierungsfraktionen von CDU/CSU und SPD so:

„Die Vorschrift des § 219a des Strafgesetzbuches (StGB) schützt das Rechtsgut des ungeborenen Lebens. Zugleich soll sie verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit verharmlost dargestellt und kommerzialisiert wird. [...]“

Für Frauen, die einen straffreien Schwangerschaftsabbruch durchführen lassen wollen, kann es daher heute problematisch sein, Informationen über Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen zu erhalten, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen. Es besteht ein dringender Bedarf an diesen Informationen. Frauen in Konfliktlagen müssen sie ohne Zeitverzug erhalten können. Das bedeutet, dass der Zugang zu einem System gewährleistet werden muss, welches zuverlässig und turnusmäßig erhobene sowie öffentlich und niedrigschwellig erreichbare Informationen bereitstellt. Das kann nur gewährleistet werden, wenn die Ärztinnen und Ärzte sowie Krankenhäuser und Einrichtungen, die auf die Tatsache hinweisen, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, keine Strafverfolgung zu befürchten haben.“

BT-Drs. 19/7693, S. 7

Allerdings hat sich der Gesetzgeber als Ergebnis eines politischen Kompromisses nur zu einem zweigleisigen System der Informationsvermittlung durchringen können: Während Ärztinnen und Ärzten nur die Mitteilung darüber, „dass“ sie Schwangerschaftsabbrüche durchführen, gestattet wurde

³ BGBL. I, S. 350.

(§ 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB), können Beratungsstellen nach dem SchKG und Ärztekammern auch weitergehende Informationen über Schwangerschaftsabbrüche zur Verfügung stellen; Ärztinnen und Ärzte dürfen auf diese Informationen nur durch eine Verlinkung auf ihrer Internetseite hinweisen.⁴

II. Strafbares Verhalten und Verfahrensgang

1. Verhalten der Beschwerdeführerin

Die Bf. ist seit 1981 approbierte Ärztin. Von 1981 bis 2001 war sie in verschiedenen Beratungsstellen und Zentren der pro familia Deutsche Gesellschaft für Familienplanung, Sexualpädagogik und Sexualberatung e. V. tätig, zunächst in der Schwangerschaftskonfliktberatung, dann auch in der Sexualpädagogik und Sexualtherapie. Später kam die Durchführung von ambulanten Schwangerschaftsabbrüchen und die Leitung des damaligen pro familia Zentrums Gießen hinzu.

Seit 2001 unterhält die Bf. eine hausärztliche Praxis in Gießen. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit als Fachärztin für Allgemeinmedizin liegt im Bereich der Frauengesundheit, wobei die Bf. in ihrer Praxis auch Schwangerschaftsabbrüche durchführt. Dies teilt sie auch über die von ihr bis heute betriebene und im Internet frei zugängliche Webseite www.kristinahaenel.de mit. Zudem bot die Bf. in der Vergangenheit über ihre Internetseite auch das in ihrer Praxis ausgelegte Informationsfaltblatt zum Thema „Schwangerschaftsabbruch“ als PDF-Datei zum Herunterladen an. Darin schilderte sie die gesetzlichen Voraussetzungen eines legalen Schwangerschaftsabbruchs, informierte sachlich über die drei unterschiedlichen Methoden, welche in ihrer Praxis durchgeführt werden (medikamentös, chirurgisch mit lokaler Betäubung, chirurgisch mit Vollnarkose) und machte Angaben dazu, was vor und nach einem Abbruch zu beachten sei. Das Informationsfaltblatt war auch in Englisch und Türkisch erhältlich.

2. Verfahrensgang bis zur ersten Revisionsentscheidung

a) Die Staatsanwaltschaft Gießen er hob unter dem 25. Oktober 2016 Anklage gegen die Bf. zum Strafrichter des Amtsgerichts Gießen und warf ihr vor, durch die Bereitstellung des PDF-Dokuments auf ihrer Internetseite

⁴ BT-Drs. 19/7693, S. 11.

öffentlich ihres Vermögensvorteils wegen eigene Dienste zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs angeboten und sich so nach § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen Werbung für den Schwangerschaftsabbruch strafbar gemacht zu haben.

b) Die Hauptverhandlung gegen die – den Sachverhalt nicht bestreitende – Bf. fand am 24. November 2017 statt und endete mit ihrer Verurteilung wegen Werbung für den Schwangerschaftsabbruch zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 150 Euro. In seiner schriftlichen Urteilsbegründung folgte das Amtsgericht Gießen dem Einwand der damaligen Verteidigerin der Bf. nicht, in der Bereitstellung von Informationen zum Schwangerschaftsabbruch sei kein Angebot von Diensten im Sinne des Straftatbestands zu sehen und aufklärende Informationen erfüllten den Tatbestand des § 219a StGB nicht. Das Amtsgericht meinte hingegen, der in der Strafbarkeit liegende Eingriff in das Recht der Ärztin auf freie Berufsausübung gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG sei im Sinne des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes des ungeborenen Lebens hinzunehmen. Legitime Informationsinteressen betroffener Frauen würden durch die nach dem gesetzgeberischen Gesamtkonzept hierfür vorgesehenen Beratungsstellen gewährleistet.

c) Gegen das amtsgerichtliche Urteil ging die Bf. in Berufung.

Zum Hintergrund: Die Befassung einer zweiten Tatsacheninstanz bei einem erwiesenen Sachverhalt, dessen rechtliche Bewertung allein strittig ist, erscheint nicht zweckmäßig, lässt sich aber mit einem Wechsel der Verteidigung erklären. Während die ursprüngliche Verteidigerin der Bf., Rechtsanwältin Prof. Dr. Frommel (Kiel), noch am 25. November 2017 gegen das erinstanzliche Urteil Sprungrevision eingelegt hatte, zeigte am 30. November 2017 Rechtsanwalt Stomps (Gießen) seine Mandatierung an, teilte mit, dass das Mandat von Rechtsanwältin Prof. Dr. Frommel beendet sei und legte zunächst (unbestimmt) Rechtsmittel gegen das Urteil ein.

Nach der h. M. besteht das Wahlrecht der Angeklagten im Strafverfahren, ob sie in Berufung oder (Sprung-)Revision gehen möchte, bis zum Ablauf der eigentlichen Revisionsbegründungsfrist einen Monat ab Zustellung der schriftlichen Urteilsgründe fort, solange sie sich nicht bindend auf ein Rechtsmittel festlegt (s. nur Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. [2020], § 335 Rdn. 2 ff.). Dies geschah am 16. Januar 2018 durch die schriftliche Mitteilung von Rechtsanwalt Stomps, das Rechtsmittel solle als Berufung durchgeführt werden. Er zeigte am 14. Juni 2018 indes die Beendigung des Mandates an, und am 16. Juli 2018 meldete sich Rechtsanwalt Dr. Karlheinz Merkel (Hof) als Verteidiger zur Akte und kündigte eine Berufsbegründung an.

Die Berufungshauptverhandlung vor der 3. kleinen Strafkammer des Landgerichts Gießen wurde für den 12. Oktober 2018 terminiert. Unter dem 27. September 2018 reichte der neue Verteidiger der Bf. eine schriftliche Berufungsbegründung bei der für das Rechtsmittel zuständigen Strafkammer des Landgerichts Gießen ein. Er beantragte darin die Aussetzung des Verfahrens und die Vorlage der Sache nach Art. 100 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht. Anders als die Verteidigerin in der Vorinstanz vertrat er nicht die Auffassung, die bloße Information sei keine „Werbung“ im Sinne der Überschrift des Straftatbestands. Sie werde von den dort beschriebenen Tathandlungen erfasst. Hierin sah er indes einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 12 und Art. 5 GG. In der öffentlichen Bekundung, legale Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, komme zugleich eine wertende Stellungnahme der Ärztin zum Ausdruck von ihrem nach § 12 SchKG gegebenen Recht keinen Gebrauch zu machen, die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen abzulehnen. Dieser Kommunikationsinhalt werde durch das strafbewehrte Verbot des § 219a StGB untersagt. Der Eingriff sei unverhältnismäßig. Ebenfalls verstöße die Norm gegen die Berufsfreiheit der Ärzte aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Der Bf. werde die Information über eine von der Rechtsordnung gestattete Tätigkeit verboten, ohne dass das Gesetz danach unterscheide, ob es sich um eine interessengerechte und sachangemessene Mitteilung handele; für die Absicht, Vermögensvorteile zu erzielen, genüge es dabei bereits, wenn die ärztliche Leistung nach dem üblichen Entgelt honoriert werde.

d) Das Landgericht Gießen verwarf am 12. Oktober 2018 die Berufung der Bf. nach eintägiger Hauptverhandlung.

Eine einschränkende Auslegung des §219a StGB sei nach Wortlaut, Systematik und Schutzzweck nicht möglich. Vielmehr sei „jeder öffentliche Hinweis auf die Bereitschaft zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen strafbar, solange die ärztliche Leistung nicht entgeltfrei angeboten wird“ (S. 7). § 219a StGB füge sich in ein Regelungsgeflecht ein, das auf den Schutz des ungeborenen Lebens abziele. Die Norm solle verhindern, „dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“ (S. 8). Wegen des Eingriffs in die Meinungs- und Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Ärztin komme eine verfassungskonforme Auslegung nicht in Betracht, weil es an einer Regelungslücke oder Gesetzesunklarheit fehle (S. 9). Eine Vorlage nach Art. 100 GG lehnte das Berufungsgericht ab, da es keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit hatte. Weder sei § 219a StGB völlig ungeeignet zur Erreichung eines Regelungszwecks noch stelle er einen unverhältnismäßigen Eingriff in

die Berufsausübungsfreiheit dar. Auch die Informationsfreiheit der Frauen werde nicht verletzt:

„Die Schwangeren selbst können sich ungehindert bei ihren Frauenärzten, den Beratungsstellen, Gesundheitsämtern und Ärztekammern über Methoden der Schwangerschaftsunterbrechung und Anschriften abtreibungsbereiter Ärztinnen und Ärzte informieren. Die Behandlungsmethoden erläutern allgemein zugängliche Quellen der medizinischen Literatur. Ein Anspruch darauf, dass Ärzte außerhalb eines Behandlungsvertrages von sich aus informierend an die Öffentlichkeit gehen, besteht für Schwangere ohnehin nicht.“ (S. 11)

Stattdessen schließt das Berufungsgericht mit einer Art Beschreibung des rechts- und verfassungspolitischen Status quo und merkt an, der Normzweck habe seine Berechtigung nicht verloren, halte aber der gesellschaftlichen und gesetzgeberischen Entwicklung nicht mehr stand:

„An die Stelle des Rechts des Kindes auf den Schutz durch seine Familie und den dahinterstehenden Staat ist das Recht des Erwachsenen auf ein Kind getreten, selbst, wenn der natürliche Weg verstellt ist oder verpasst wurde, das Recht über das Kind in unklaren und wechselnden Partnerschaften und Familienverhältnissen oder in elternunabhängigen Erziehungsmodellen, das Recht am Kind als Einkommensfaktor sowie zuletzt das Recht auf kein Kind bei ungewollter Schwangerschaft.“ (S. 13)

e) Gegen das Urteil legte der Verteidiger der Bf. am 15. Oktober 2018 Revision ein und er hob bereits mit der Einlegungsschrift die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts; zur Begründung der Verfassungswidrigkeit nahm er zunächst auf seinen Berufungsschriftsatz vom 27. September 2018 Bezug.

f) Die Revision wurde sodann nach Zustellung der schriftlichen Urteilsgründe formal vollständig, also mit einem Revisionsantrag versehen, durch Schriftsatz vom 20. Dezember 2018 mit der allgemeinen Sachrüge begründet, im Übrigen wurde wiederum auf die Berufungsrechtfertigung Bezug genommen und eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG angeregt.

g) Zu der Revision nahm am 14. März 2019 die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main Stellung und beantragte ihre Verwerfung als offensichtlich unbegründet nach § 349 Abs. 2 StPO.

h) Auf den Verwerfungsantrag reichte der Verteidiger der Bf. unter dem 4. Mai 2019 eine ausführliche Erwiderung ein, mit der er den Revisionsvortrag ergänzte und vertiefte.⁵

Er ging zunächst auf den am 29. März 2019 in Kraft getretenen § 219a Abs. 4 StGB ein. Er sprach die Inkohärenz der Ausnahmeregelung an, die einerseits die gesetzgeberische Wertung dokumentiere, dass in der sachlichen Information der Schwangeren keine Relativierung des Schutzes des ungeborenen Lebens bestehe, andererseits aber nicht erkläre, warum Ärztinnen und Ärzte bestraft werden müssten, die die gleichen Informationen verbreiten, welche nach § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB die Ärztekammern und Beratungsstellen verbreiten dürften. Und er verwies auf weitere Wertungswidersprüche, die der neue Absatz 4 berge (S. 7 ff.).

Zudem ergänzte der Verteidiger das Revisionsvorbringen auch um einen Antrag auf Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Frage der Vereinbarkeit von § 219a StGB mit Unionsrecht, namentlich der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV. Er wies darauf hin, dass das von der Bf. über ihre Internetseite bereitgestellte Informationsblatt in Deutsch, Englisch und Türkisch⁶ weltweit zur Verfügung stehe und dass die Bf. auch Patientinnen aus dem EU-Ausland, „vornehmlich aus Polen und Ungarn“, behandle, „die sie zum Zwecke der Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs aufsuchen“ (S. 12). Darum bedeute für sie das Verbot des § 219a Abs. 1 StGB auch eine ungerechtfertigte Beschränkung ihrer durch Art. 56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit. Auch verletzte es die durch Art. 11 GRCh i. V. m. Art. 10 MRK geschützte Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit und die durch Art. 15 GRCh geschützte Berufsfreiheit bzw. die durch Art. 16 GRCh geschützte unternehmerische Freiheit.

i) Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hob gemäß § 349 Abs. 4 StPO mit dem unter (3) angefochtenen Beschluss vom 26. Juni 2019 das (erste) Berufungsurteil vom 12. Oktober 2018 mit den zugrundeliegenden Feststellungen auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung

5 Soweit in dem Schriftsatz auf S. 1 ergänzend auf die Ausführungen „*in der Revisionschrift vom 15.01.2019 (dort Bezugnahme auf die Verteidigungsschrift im Berufungsverfahren)*“ Bezug genommen wird, handelt es sich erkennbar um ein Fassungsversehen. Ein Schriftsatz vom 15. Januar 2019 ist nicht aktenkundig. Gemeint ist die Revisionseinstellung vom 15. Oktober 2018.

6 Zwar ist die Türkei kein Mitgliedsstaat der Europäischen Union. Der Verteidiger wies aber darauf hin, dass Türkisch von Minderheiten auch in Bulgarien und Griechenland gesprochen und verstanden wird.

und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Gießen zurück.

Auf die Frage der Verfassungsgemäßheit oder Europarechtskonformität ging es nicht ein. Es beanstandete allein, dass die vom Landgericht Gießen getroffenen Feststellungen dem Revisionssenat nicht die Prüfung ermöglichten, ob das Verhalten der Angeklagten mit Blick auf den zwischenzeitlich in Kraft getretenen § 219a Abs. 4 StGB als gegenüber dem Tatzeitrecht mildernde und daher gem. § 2 Abs. 3 StGB bei der Entscheidung des Revisionsgerichts zu berücksichtigende Regelung strafbar sei.

3. Verfahrensgang bis zur zweiten Revisionsentscheidung

- a) Die zweite Berufungshauptverhandlung wurde von der zuständigen 4. kleinen Strafkammer des Landgerichts Gießen für den 12. Dezember 2019 terminiert.

Zwei Tage vor dem Termin, am 10. Dezember 2019, reichte der Verteidiger nochmals einen vorbereitenden Schriftsatz ein, mit dem er sein Begehr nach Aussetzung und Vorlage der Sache an das Bundesverfassungsgericht bzw. den Europäischen Gerichtshof wiederholte und seine strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Kritik an der Vorschrift ergänzte⁷.

Speziell zur Neuregelung in § 219a Abs. 4 StGB beanstandete er, der Gesetzgeber habe ohne empirische Tatsachengrundlage zur Frage gehandelt, inwieweit das Werbeverbot Schwangerschaftsabbrüche eindämmte oder verhindere (S. 9). Wie aus den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werde, gestatte der neue Absatz 4 Ärztinnen und Ärzten nur die Information darüber, „ob“ sie Schwangerschaftsabbrüche als ärztliche Leistungen anbieten, nicht dagegen, „wie“ Schwangerschaftsabbrüche vollzogen werden (S. 11). Eine Mitteilung hierüber bleibe nur Ärztekammern und Beratungsstellen vorbehalten. Dieses Informationsmonopol lasse sich auch nicht damit rechtfertigen, dass einzelne Ärztinnen und Ärzte möglicherweise unsachlich oder verharmlosend informierten. Eine Kriminalisierung aller Ärztinnen und Ärzte, die in sachlicher Form Hinweise erteilten, sei ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit, der auch nicht durch den Zweck der Strafvorschrift zu rechtfertigen sei (S. 13).

⁷ Der Schriftsatz wurde seinerseits mit Anlagen zur Akte gereicht, die Entscheidungen und Dokumente enthielten, auf die im Schriftsatz Bezug genommen wurde und die hier ebenfalls beigefügt werden.

§ 219a StGB sei zudem kein abstraktes Gefährdungsdelikt zum Schutz des ungeborenen Lebens, da das durch die Strafnorm sanktionierte Verhalten in keinem Bezug zu einer Verletzungshandlung stehe (S. 14 ff.). Die Eingriffe, über die nicht informiert werden dürfe, seien ihrerseits nicht tatbestandsmäßig (in den Fällen des § 218a Abs. 1 StGB) oder gerechtfertigt (in den Fällen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB). Vielmehr gehe es dem Tatbestand um den Schutz eines bestimmten gesellschaftlichen Klimas (S. 19). Selbst wenn man hierin ein legitimes Ziel erkennen würde, verstöße die weitgehende Kriminalisierung gegen das Ultima-ratio-Prinzip. Der Gesetzgeber habe nicht bedacht, dass jene Befürchtungen, die 1974 gegen eine ausufernde Abtreibungspraxis sprachen, in Anbetracht der gegenwärtigen gesellschaftlichen Vorstellungen überholt seien:

„Es ist nicht ansatzweise zu erkennen, dass von der allgemeinen Öffentlichkeit für verwerlich gehalten würde, wenn Ärzte/Ärztinnen, die auf ihrer Homepage Schwangerschaftsabbrüche als Leistungen anbieten, auch darstellen, dass bestimmte medizinische Methoden zur Verfügung stehen, und mit welchen Risiken diese jeweils verbunden seien usw.“ (S. 22)

Schließlich machte der Verteidiger einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG geltend, weil die Norm von zahlreichen Wertungswidersprüchen geprägt sei, die eine rechtssichere Bestimmung des personalisierten Handelns unmöglich machten, und die Neuregelung in § 219a Abs. 4 StGB sogar den „grob anstößigen“ Hinweis unter den genannten Voraussetzungen straffrei stelle, was dem propagierten Zweck der Norm widerspreche (S. 22).

b) Einen Tag später, am 11. Dezember 2019, ergänzte der Verteidiger seine Ausführungen noch in einem kurzen Schriftsatz, in dem er darauf hinwies, dass die EU-Grundrechtecharta gleichfalls Prüfungsmaßstab sei und § 219a StGB auch gegen Art. 10 UN-Menschenrechtskonvention zur Beseitigung der Diskriminierung von Frauen und Art. 12 Abs. 3 des Sozialpakts über soziale, ökonomische und kulturelle Rechte verstöße, weil er den Zugang zu verlässlichen Informationen über Möglichkeiten, Risiken und Gefahren von Schwangerschaftsabbrüchen einschränke.

c) Die Berufungshauptverhandlung fand wie terminiert am 12. Dezember 2019 vor dem Landgericht Gießen statt und endete mit folgendem Ergebnis: Das Urteil des Amtsgerichts Gießen vom 24. November 2017 wurde im Rechtsfolgenausspruch dahin abgeändert, dass die Bf. zu einer Geldstrafe von nunmehr 25 Tagessätzen zu je 100 Euro verurteilt wurde; die weitergehende Berufung wurde verworfen, wobei das Urteil als angewende-

te Strafvorschrift ausdrücklich § 219a StGB in der Fassung vom 22. März 2019 auswies.

In seiner Begründung führt das Landgericht Gießen aus, dass nach dem Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. Juni 2019 keine Zweifel an der Verfassungsgemäßheit von § 219a StGB bestünden. Andernfalls hätte das Revisionsgericht die Sache nicht wegen eines bloßen Darstellungsmangels aufgehoben. An diese Einschätzung sei das Berufungsgericht nach § 358 Abs. 1 StPO gebunden (S. 4). Eine einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „anbieten“, welche nur im Sinne der amtlichen Bezeichnung werbende Handlungen verböte, sei weder mit dem Schutzzweck vereinbar noch werde dieses Normverständnis nach der Reform in § 219a Abs. 4 StGB nahegelegt. Die Materialien dieses Gesetzes zeigten, dass der Gesetzgeber auch die bloße Information über straflose Schwangerschaftsabbrüche verbieten wollte. Aus der Neuregelung folge lediglich die Straflosigkeit der Information auf der Internetseite der Bf., dass sie Schwangerschaftsabbrüche als Eigendienste vornehme. Dagegen fielen die weiteren Informationen auf der Internetseite über das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs weiterhin unter den Straftatbestand. Eine andere Auslegung legten weder die Gesetzeszusammenfassung noch die Materialien des Gesetzgebungsverfahrens, namentlich die Beschlussempfehlung des Bundestagsrechtsausschusses, nahe. Sie sei auch nicht verfassungsrechtlich geboten. Es handle sich um einen Eingriff auf unterster Ebene der Berufungsausübungsfreiheit.

„Die Einschränkung von ärztlichen Informationsrechten wird durch die in § 219a Abs. 4, 2 StGB eröffnete Möglichkeit eine Verlinkung zur Seite der Bundesärztekammer herzustellen, auf ein minimales Eingriffsniveau abgesenkt [...] und ist im Hinblick auf den gesetzgeberischen Zweck, der Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen entgegenzuwirken, nicht unangemessen. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass sich die Einschränkungen nur auf öffentliche Informationen beziehen und die Information über die praktizierten Behandlungsmethoden in der persönlichen Beratung vollumfänglich möglich ist.“ (S. 13)

d) Gegen das Urteil legte der Verteidiger der Bf. unter dem 17. Dezember 2019 Revision ein. Bereits im Einlegungsschriftsatz begründete er das Rechtsmittel mit der Sachrüge, rügte, dass die Verurteilung auf einer verfassungswidrigen Norm beruhe, und verwies zur näheren Begründung auf seine Ausführungen in der Berufsbegründung vom 27. September 2018,

in der Revisionsbegründung vom 4. Mai 2019⁸ und in seinem Schriftsatz vor der (zweiten) Berufungshauptverhandlung vom 10. Dezember 2019.

Weiter wurde die Revision im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr begründet.⁹

e) Unter dem 14. April 2020 beantragte die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main die Verwerfung der Revision nach § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet. Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht verbiete sich, weil der Revisionssenat, wie das Berungsgericht zutreffend ausgeführt habe, bereits in seinem Beschluss vom 26. Juni 2019 die Verfassungsgemäßheit der Norm implizit bejaht habe und an diese Auffassung nach § 358 Abs. 1 StPO gebunden sei. Sachlichrechtliche Fehler seien weder im Schuld- noch Rechtsfolgenausspruch erkennbar.

f) Mit dem unter (2) angegriffenen Beschluss verwarf das Oberlandesgericht Frankfurt am Main am 22. Dezember 2020 die Revision der Bf. nach § 349 Abs. 2 StPO. Auch der Revisionssenat bestätigte, dass nach seiner ersten Entscheidung vom 26. Juni 2019 in der vorstehenden Sache eine Prüfung der Verfassungsgemäßheit der Norm bzw. ihrer Vereinbarkeit mit Unionsgrundrechten im Wege entsprechender Vorlageverfahren nicht mehr angezeigt sei:

„Beide Fragen sind unter dem Gesichtspunkt der Eigenbindung nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens, § 358 Abs. 1 StPO. Handelt es sich, wie vorliegend, um ein sachlichrechtliches Aufhebungsurteil, stellen die Beurteilungen der Verfassungs- und Europarechtskonformität der angewandten Strafnormen zwingende, vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfende Vorfragen dar.“ (S. 6)

Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „anbieten“ merkte das Revisionsgericht an, einem restriktiven Verständnis, welches nur werbende Maßnahmen erfasse, sei mit Einführung von § 219a Abs. 4 StGB der Boden entzogen.

„Der Gesetzgeber normiert nunmehr in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB die Straffreiheit von Ärzten, die sachlich auf die Tatsache hinweisen, dass sie

8 Soweit in dem Schriftsatz auf „die Revisionsbegründung vom 05.05.2019“ hingewiesen wird, handelte es sich wiederum erkennbar um ein Fassungsversehen. Gemeint ist der auf den Verwerfungsantrag der Generalstaatsanwaltschaft erwidernde Schriftsatz vom 4. Mai 2019.

9 Dies hing mit dem unerwarteten Tod von Rechtsanwalt Dr. Merkel während des Revisionsverfahrens zusammen.

Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 219a Abs. 1 bis 3 StGB durchführen. Nur das, was grundsätzlich nach § 219a StGB strafbar ist, kann sinnvoller Weise ausnahmsweise (§ 219a Abs. 4 StGB: „Absatz 1 gilt nicht, wenn ...“) straffrei gestellt werden. [...] Mit der Ergänzung des § 219a Abs. 4 StGB hat der Gesetzgeber jedenfalls im praktischen Ergebnis auch die bloße sachliche Information über das ‚Ob‘ und das ‚Wie‘ des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 219a Abs. 1 StGB unter Strafe gestellt.“ (S. 7/8)

Soweit die Bf. über das „Wie“ der angewandten Methoden und den Ablauf der konkreten Maßnahmen von der Aufnahme bis zur Abschlussuntersuchung informiert habe, sei ihr Verhalten indes tatbestandsmäßig.

Damit hatte es sein Bewenden. Der Beschluss ging der Bf. formlos am 19. Januar 2021 zu, ihrem nunmehr mandatierten Verteidiger, dem Prozessbevollmächtigten des hiesigen Verfahrens, Prof. Dr. Merkel, einen Tag später, am 20. Januar 2021.

C. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

I. Beschwerdebefugnis

Die Bf. ist beschwerdebefugt. Sie ist nach dem dargelegten Sachverhalt durch die sie im Schuld- und Sanktionsspruch betreffenden Entscheidungen der Strafgerichte selbst, unmittelbar und gegenwärtig in ihren Grundrechten betroffen.

II. Beschwerdegegenstand

Nähere Ausführungen sind mit Blick auf den Beschwerdegegenstand hinsichtlich der unter (3) ebenfalls angefochtenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 26. Juni 2019 angezeigt.

1. Keine Tenorbeschwer

Isoliert an seinem Tenor bemessen, entfaltet der erste Revisionsbeschluss nämlich keine beschwerende Wirkung für die Bf. Im Gegenteil: Das gegen

sie ergangene Strafurteil des Landgerichts Gießen wurde vollständig im Schuld- und Strafausspruch mit den Feststellungen aufgehoben; die Bf. erhielt hierdurch im fachgerichtlichen Verfahren abermals die Möglichkeit auf einen Freispruch vor einem neuen Tatgericht.

2. „Bindungswirkungsbeschwer“

Indes verkennt eine Konzentration auf den formalen Entscheidungstenor die materielle Beschwer, die der Beschluss für das weitere fachgerichtliche Verfahren entfaltet hat. Insoweit ist der Beschluss nicht prozessual überholt.

Obgleich die Revisionsentscheidung kein Wort zur Verfassungsgemäßheit von § 219a StGB bzw. der Vereinbarkeit der Strafnorm mit Unionsrecht verliert, gehen sowohl das Landgericht Gießen in dem unter (1) angefochtenen Urteil als auch das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in dem unter (2) angefochtenen Beschluss davon aus, dass beide Fragen bereits implizit im ersten Revisionsbeschluss geprüft und bejaht worden sind und dies folgerichtig Bindungswirkung nach § 358 Abs. 1 StPO entfalten muss. Insoweit leitet sich die grundrechtliche Beschwer der Bf. im Strafurteil des Landgerichts Gießen, wie es durch das Oberlandesgericht Frankfurt am Main abschließend bestätigt worden und in Rechtskraft erwachsen ist, mittelbar aus dieser ersten Oberlandesgerichtsentscheidung ab, mag sich der Beschluss vom 26. Juni 2019 zur Verfassungsgemäßheit auch nicht weiter äußern und mag in der Sache zu diesem Zeitpunkt auch der Rechtsweg noch nicht erschöpft, sondern durch die erste Revisionsentscheidung erneut eröffnet worden sein. Darum ist auch Anfechtung des Beschlusses vom 26. Juni 2019 geboten.

III. Formelle und materielle Rechtswegerschöpfung

Mit der abschließenden Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. Dezember 2020 wurde der strafprozessuale Rechtsweg erschöpft. Eine Anhörungsrüge nach § 356a StPO war weder erforderlich noch statthaft. Die Bf. beanstandet keine Verletzung ihres Gehörsrechts im fachgerichtlichen Revisionsverfahren. Im Gegenteil: Wie der geschilderte Verfahrensablauf belegt, konnte sie sich, anwaltlich vertreten, durch die Schriftsätze ihres Verteidigers umfassend Gehör verschaffen. Ihr Verteidiger hat zu allen rechtlich relevanten Aspekten, auch und gerade zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Verurteilung nach § 219a StGB,

vorgetragen und auch die Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vorzeitig angeregt. Damit hat die Bf. zugleich dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität nach § 90 Abs. 2 BVerfGG entsprochen.

IV. Frist

Die Verfassungsbeschwerde ist schließlich auch fristgerecht erhoben. Der das fachgerichtliche Verfahren abschließende Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. Dezember 2020 ist der Bf. am 19. Januar 2021 formlos zugegangen, sodass die Monatsfrist nach § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG zum 19. Februar 2021 abläuft. Der Revisionsverteidiger der Bf. erhielt die Entscheidung zwar erst einen Tag später, doch darauf kommt es für den Fristbeginn nicht an. Entscheidend ist die zuerst an die Bf. erfolgte formlose Übersendung; § 37 Abs. 2 StPO findet im Verfassungsbeschwerdeverfahren keine Anwendung (vgl. BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats v. 12. Juni 2014 – 2 BvR 1004/13 = juris Rdn. 5).

D. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, weil die angefochtenen Entscheidungen die Bf. in ihrer Berufsausübungsfreiheit verletzen.

I. Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit

Das durch § 219a StGB sanktionierte Verhalten der Bf. greift in den Schutzbereich ihrer Berufsausübungsfreiheit als Ärztin nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ein.

Zum grundrechtlich geschützten Verhalten zählt auch die Außendarstellung der beruflichen Tätigkeit und die Werbung für sie.¹⁰ Sachlich gehaltene Informationen darüber, unter welchen Voraussetzungen und „wie“ Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden können, stellen noch keine (ebenfalls vom Schutzbereich umfasste) Werbung dar, weil es der Ärztin nicht darum geht, ihre Leistung für die Inanspruchnahme durch Dritte an-

¹⁰ BVerfGE 105, 252, 266; E 106, 181, 192; E 112, 255, 262.

zupreisen, sondern einen Bereich ihrer ärztlichen Tätigkeit transparent zu machen. Indem das Strafgesetz einer Ärztin untersagt, über einen Bereich ihrer – legalen – ärztlichen Tätigkeit in der Öffentlichkeit zu informieren, beeinträchtigt es ihre ärztliche Außendarstellung. Sie darf nur mitteilen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche durchführt, nicht dagegen, wie ein Schwangerschaftsabbruch durchgeführt wird.

II. Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs

Der Eingriff durch die Sanktionsnorm ist nicht durch die Schranke des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gerechtfertigt. Zwar steht die Berufsausübungsfreiheit unter einem Gesetzesvorbehalt. Doch verstößt § 219a StGB in mehrfacher Hinsicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Strafnorm ist nicht geeignet, die von ihr verfolgten Ziele zu verwirklichen, sie ist zudem nicht erforderlich, und sie ist schließlich unverhältnismäßig im engeren Sinne.

1. Legitime Zwecke der Verbotsnorm des § 219a Abs. 1 StGB

Dass die mit der Verhaltensnorm des § 219a StGB nach der Intention des Gesetzgebers verfolgten Ziele als solche legitim sind und einem Gemeinwohlbelang entsprechen, steht außer Zweifel. Allerdings müssen diese Ziele (Zwecke) präziser bestimmt werden, als das regelmäßig – etwa auch in dem unter (1) angegriffenen Urteil des Landgerichts Gießen (S. 10) – geschieht. Das zu ihrer Verwirklichung eingesetzte Mittel, ein strafbewehrtes Verbot, muss verhältnismäßig sein: geeignet, erforderlich und angemessen. Ob § 219a StGB diesen Voraussetzungen genügt, hängt auch vom genauen Inhalt der Begriffe ab, in denen seine Schutzzwecke formuliert werden.

Dabei geht es nicht um die allgemeinen Strafzwecke, die mit jeder tatbestandlichen Androhung und Verhängung einer Strafsanktion verfolgt werden (und die im Strafrecht umstritten sind). Die Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht als zulässige Zwecke des allgemeinen staatlichen Bestrafungsrechts statuiert hat – exemplarisch: „*Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens*“ (BVerfGE 39, 1, 46; E 45, 187, 253) – ermöglichen in ihrer Abstraktheit keine hinreichende Überprüfung einzelner Straftatbestände. Sie markieren zwar den normativen Hintergrund, vor dem es dann aber auf die konkreten und spezifischen Schutzzwecke der jeweils fraglichen Einzelnorm ankommt – hier des § 219a Abs. 1 StGB.

a) Konkrete Schutzziele

aa) Die Zwecke von § 219a StGB hat der Gesetzgeber selbst so umschrieben: Die Norm solle „*verhindern, daß der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert*“ werde.¹¹ Die Kommentarliteratur deutet den Tatbestand daher zutreffend als den einen zweifach abstrakten Gefährdungsdelikts: Er diene primär (wenngleich mittelbar) dem Schutz des ungeborenen Lebens, indem er unmittelbar (wenngleich sekundär) ein „Klima“ der gesellschaftlichen Kommunikation bekämpfe, das der sachlichen wie kommerziellen Trivialisierung des Schwangerschaftsabbruchs Vorschub leisten und dadurch zur abstrakten Gefährdung ungeborenen Lebens beitragen könne.¹²

bb) Das primäre Ziel der Norm, der Schutz ungeborenen Lebens, steht somit in zweifach abstrakter und daher ungewöhnlich großer Distanz zu den im Tatbestand inkriminierten Tathandlungen. Diese nennt die amtliche Überschrift des Paragraphen pauschal „Werbung“, obwohl zu ihnen auch sachliche, korrekte, nicht-werbende Informationen gehören, wie sie Gegenstand der Verurteilung der Bf. gewesen sind. Solche sachlichen und medizinisch zutreffenden Informationen sind Bestandteil der in § 218a StGB statuierten ärztlichen Aufklärungspflicht vor jedem Schwangerschaftsabbruch. Schon deshalb erscheint es zweifelhaft, dass gerade sie geeignet wären, jene moralische Korruption des einschlägigen gesellschaftlichen Diskurses zu fördern, die § 219a Abs. 1 StGB verhindern soll. Erst recht, nämlich im Wortsinne doppelt zweifelhaft ist, ob sie auf diesem vermittelten Umweg Entschlüsse zu Schwangerschaftsabbrüchen beeinflussen könnten.

cc) Damit soll die weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers (dazu BVerfGE 90, 145, 182 f.) im Blick auf beide befürchtete Gefahren nicht bestritten werden. Klargestellt sei lediglich das Folgende: Der vom Gesetzgeber beim Erlass des neuen Absatzes 4 zu § 219a StGB erneut betonte Zweck des Tatbestands, „*das Rechtsgut des ungeborenen Lebens zu schützen*“¹³, stützt sich erstens auf eine argumentlos behauptete, zweitens

11 Erster Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform v. 24. April 1974 (BT-Drs. 7/1981 [neu], S. 17); in der Sache beibehalten im Gesetzesentwurf des neuen § 219a Abs. 4 (BT-Drs. 19/7693, S. 6).

12 *Eschelbach* in: BeckOK-StGB (Stand 01.II.2020), § 219a vor Rdn. 1; *Gropp* in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 219a Rdn. 1.

13 Vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 1, 6; mit Modifikation des (neuen) § 13 Abs. 3 SchKG, unverändert zur Annahme empfohlen vom Bundesrat (BR-Drs. 89/19).

zweifach abstrakt vermittelte, drittens schon gedanklich schwer fassbare und viertens empirisch gänzlich beweislose Relation, die zwischen sachlich-medizinischen Informationen als Tathandlungen und Gefahren für das ungeborene Leben bestehe.

dd) Für die gegebenenfalls erforderliche Abwägung zur Klärung der Angemessenheit einer Strafdrohung, die allein auf der Behauptung einer solchen Relation beruht, müssen deren Elemente und muss insbesondere ihr normatives Gewicht genau bestimmt werden. Tut man dies, so wird deutlich, dass in die Relation nicht einfach der abstrakte, jede Abwägung dominierende Wert des „Rechtsguts Leben“ eingestellt werden darf. Vielmehr muss dabei auch der allenfalls verschwindend geringe Grad seiner höchst abstrakten, mittelbaren, keinem Beweis zugänglichen Bedrohung durch die inkriminierte Tathandlung mitbedacht werden.¹⁴

b) Fehlen der Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und tatbestandslosen Schwangerschaftsabbrüchen in § 219a Abs. 1 StGB

Ebenfalls schon im Kontext der Zweckbestimmungen des § 219a Abs. 1 StGB ist das Folgende hervorzuheben: Der Tatbestand differenziert – anders als die §§ 218 und 218a StGB – nicht zwischen strafbaren, tatbestandslosen und gerechtfertigten Schwangerschaftsabbrüchen als den Gegenständen der inkriminierten „Werbung“. Er erfasst daher auch sachliche Informationen über rechtmäßige Abbrüche i. S. v. § 218a Abs. 2 und 3 StGB. Dass auch solche Abbrüche (neben den tatbestandslosen nach § 218a Abs. 1 StGB) zu den von ihr angebotenen medizinischen Leistungen gehören, hat die Bf. auf ihrer Internetseite dargelegt. Die speziell dazu bereitgestellten Informationen liegen der Verurteilung der Bf. somit ebenfalls zugrunde.

aa) Grundlage rechtmäßiger Abbrüche: gravierende Notstandsgefahr

Die pauschale Gleichsetzung von Abbruchshandlungen, die rechtlich ganz unterschiedlich bewertet werden, als den Gegenständen der „Werbung“ in § 219a StGB verdeckt einen entscheidenden normativen Gesichtspunkt:

14 Zum Fehlen jedes empirischen Befunds zu einer solchen Bedrohung s. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion zur „Evaluation des § 219a StGB“ zum Nachweis eines „Zusammenhangs zwischen dem Bestehen des § 219a StGB und der Häufigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen“ (BT-Drs. 19/6934, S. 2).

Gesetzliche Voraussetzung *rechtmäßiger* Abbrüche ist eine gravierende Notstandslage, wie sie den lediglich „beratenen“ Abbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB regelmäßig nicht zugrunde liegt:

„eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustands der Schwangeren“.

§ 218a Abs. 2 StGB

Eine solche Notstandsgefahr erklärt das Gesetz für unzumutbar. Das folgt aus dem Halbsatz, sie sei nur dann anzunehmen, wenn es für die Schwangere keine „*andere [...] zumutbare Weise*“ der Abwendung gebe als den Abbruch der Schwangerschaft (§ 218a Abs. 2 letzter Halbs. StGB). Gibt es diese „*andere Weise*“, so ist die Austragung der Schwangerschaft zumutbar. Wird dagegen eine Indikation zum Abbruch erteilt, bestätigt sie die Unzumutbarkeit der Gefahr. Nach § 218a Abs. 3 StGB gelten diese Voraussetzungen „*auch als erfüllt*“, wenn die Schwangerschaft auf einem Sexualverbrechen nach den §§ 176 bis 179 StGB beruht.

bb) Gesetzlicher Nachrang des ungeborenen Lebens in Fällen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB

In solchen Fällen tritt das Lebensrecht des Ungeborenen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Wertentscheidung hinter die Gesundheits- und Lebensschutzbelaenge der Schwangeren zurück. Im konkreten Schwangerschaftskonflikt kann diese Entscheidung notwendig nur im Modus eines „Entweder/oder“ erfolgen: für oder gegen den Abbruch. Ein wechselseitiger optimierender Ausgleich („praktische Konkordanz“) der beiden kollidierenden Schutzgüter ist nicht möglich.

Ist die Feststellung der Notstandsvoraussetzungen (Indikation) gesetzesgemäß getroffen und eine Entscheidung der Schwangeren für den Abbruch gefallen, so wird die Behauptung unrichtig, auch dann gelte als normative Zielvorgabe des § 219a Abs. 1 StGB unverändert der Schutz des ungeborenen Lebens. Denn mit der Rechtfertigung des Abbruchs zieht das Gesetz diesen Schutz im konkreten Fall zugunsten des Schutzes der Schwangeren zurück. Auch für diese Fälle gilt aber § 219a Abs. 1 StGB ohne Einschränkung. Der Rekurs auf den Normzweck „Schutz des ungeborenen Lebens“, der dies begründen soll, wird nun jedoch falsch: Er tritt in offenen Widerspruch zur gesetzlichen Regelung.

cc) Bedeutung für Schutzzwecke des § 219a StGB

Die weiteren Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit der Strafdrohung in § 219a StGB müssen daher in Rechnung stellen, dass der für die gegebenenfalls erforderliche Abwägung pauschal postulierte Schutzzweck zugunsten des Ungeborenen in den Fällen der Absätze 2 und 3 des § 218a StGB vom Gesetz zurückgenommen wird. Erst für diese Situation, nämlich die *nach* einer Feststellung der einschlägigen Voraussetzungen (Indikation plus Abbruchsentschluss der Schwangeren), galten aber die oben wiedergegebenen Hinweise auf der Internetseite der Bf., sie führe auch Abbrüche nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB durch.

Die Bestrafung der Bf. auch dafür – im Klartext: für das Angebot rechtmäßiger Hilfe in einer unzumutbaren Notstandsgefahr für Leib oder Leben Schwangerer – kann daher nicht (mehr) auf das allgemeine Schutzziel „Leben des Ungeborenen“ und eine gerade darauf beruhende Angemessenheit des § 219a Abs. 1 StGB gestützt werden. Diese spezifische Einschränkung seines Schutzzwecks für Fälle rechtmäßiger Abbrüche muss bei der Frage, ob Tatbestand und Strafdrohung auch insoweit verhältnismäßig sind, beachtet werden.

c) Ergebnis: Konkretisierung der Schutzzwecke

Nur mit den dargelegten Präzisierungen lässt sich klären, ob § 219a Abs. 1 StGB den weiteren Voraussetzungen seiner Verhältnismäßigkeit genügt.

2. „Geeignetheit“ der Strafdrohung gegen Auskünfte über gerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche?

Das strafbewehrte Verbot der in § 219a StGB genannten Tathandlungen kann nur dann geeignet sein, die intendierten Schutzzwecke zu erreichen, wenn die Tathandlungen ihrerseits geeignet sind, die geschützten Güter wenigstens abstrakt zu gefährden. Als gesetzliches Schutzinstrument ginge das Verbot ins Leere, wenn die untersagten Handlungen in keinem hinreichenden Gefährdungszusammenhang mit den zu schützenden Rechtsgütern stünden. Eben dies ist bei den Tathandlungen, derentwegen die Bf. verurteilt wurde, jedoch der Fall.

- a) Keine (abstrakte) Gefährdung ungeborenen Lebens durch Auskünfte über rechtmäßige Abbrüche

Zur Verdeutlichung ist zunächst an die Unterscheidung der Güter zu erinnern, die § 219a Abs. 1 StGB nach der legislativen Intention schützen soll: das ungeborene Leben und das „Klima“ der sozialen Kommunikation über Schwangerschaftsabbrüche.

Soweit sich die inkriminierten Auskünfte auf der Homepage der Bf. ausdrücklich auf rechtmäßige Abbrüche nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB bezogen, konnten sie das Schutzgut „ungeborenes Leben“ auch nicht abstrakt gefährden. Das gilt unbeschadet jedes denkbaren empirischen Zusammenhangs mit der Praxis indizierter Schwangerschaftsabbrüche. Dafür ist es irrelevant, dass ein solcher Zusammenhang so wenig beweisbar wie widerlegbar ist. Denn in Fällen eines gerechtfertigten Abbruchs tritt jenes Schutzgut, wie dargelegt, kraft gesetzlicher Regelung hinter die geschützten Belange der Schwangeren zurück. In dem konkreten klinischen Vorgang selbst genießt es deshalb seinen generellen Schutzstatus nicht mehr. Denn dieser Vorgang, das ist mit keiner Formulierung zu bemänteln, besteht allein in der (rechtlich gebilligten) Zerstörung des Guts.

- aa) Schutzzweck ungeborenes Leben: Unmöglichkeit einer Gefährdung bei gegebener Erlaubnis zur Verletzung

Ein nicht mehr geschütztes, sondern rechtlich preisgegebenes Gut kann im Hinblick auf das Geschehen, in dem sich diese Preisgabe realisiert, schon logisch nicht mehr auf eine Weise gefährdet werden, die selbständige normative Bedeutung hätte. Denn ab dem tatsächlichen Vorliegen der Rechtfertigungsbedingungen für die nachfolgende Zerstörung (Indikation plus Abbruchentschluss) ist jede darauf bezogene Gefährdung dieses Guts zwingend ebenfalls gerechtfertigt.

Soweit die Angebote und Erläuterungen auf der Internetseite der Bf. gerechtfertigte Abbrüche und deren klinische Methoden und Umstände zum Gegenstand hatten, bezogen sie sich ausschließlich auf jene Geschehenszusammenhänge, in denen für das Schutzgut keine denkbare Form seiner missbilligten Gefährdung mehr möglich war. Denn nur für diese Situationen, für *keinen* Zeitpunkt davor, galten sie: Von der vorherigen Indikationsstellung war die Bf. stets kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 218b

Abs. 1 Satz 1 StGB) und für jeden Entschluss zum Abbruch naturgemäß gänzlich unzuständig.

Das gleichwohl auch für diese Darlegungen geltende Verbot des § 219a Abs. 1 StGB ist insofern – und war somit auch im Fall der Bf. – kein geeignetes Mittel zur Verwirklichung des Schutzzwecks, eine abstrakte Gefährdung des ungeborenen Lebens zu verhindern.¹⁵ Von diesem logischen Zusammenhang abgesehen ist es im übrigen auch normativ verfehlt, das Ziel einer strafbewehrten Norm gerade (und im Widerspruch zu einer anderen Norm) darin zu sehen, schwangere Frauen in existenziellen Notstandslagen zu veranlassen, sich eine Gefahr für Gesundheit oder Leben, die ihnen von Gesetzes wegen nicht zumutbar ist, selbst zuzumuten.

bb) Integrität des gesellschaftlichen „Diskursklimas“: berührt von Informationen über rechtmäßige Abbrüche?

Auch im Hinblick auf das zweite Schutzziel des § 219a Abs. 1 StGB – Verhinderung einer Normalisierung und Kommerzialisierung des Schwangerschaftsabbruchs (BT-Drs. 7/1981 [neu], S. 17) – war die Strafdrohung gegen sachliche Auskünfte der Bf. über das „Wie“ *gerechtfertigter* Abbrüche kein geeignetes Mittel. Das gilt ohne weiteres dann, wenn man mit einem großen Teil der Strafrechtslehre den Schutz des ungeborenen Lebens als das in der Sache alleinige Ziel des Tatbestands versteht und die Verhinderung eines trivialisierenden „Klimas“ nur als Hilfsmittel zu diesem primären Zweck.¹⁶ Denn wenn, wie dargelegt, das strafrechtliche Verbot ungeeignet ist, das primäre Ziel zu erreichen, dann ist dies aus Gründen der Logik auch das sekundäre „Hilfsziel“ zu dessen Gewährleistung – und ist es deshalb ebenfalls die Strafdrohung gegen Handlungen, die diesem Hilfsziel vermeintlich zuwiderlaufen.

Doch gibt es gute Gründe, diesen „Klimaschutz“ nicht allein als dienendes Mittel zum Lebensschutz, sondern darüber hinaus auch als eigenen,

15 Für die Verfassungswidrigkeit der Strafdrohung des § 219a Abs. 1 StGB in Fällen sachlicher Hinweise auf *rechtmäßige* Abbrüche auch *Walter* ZfL 2018, 26, 28; in eben diesem Sinne für eine verfassungskonforme „teleologische Reduktion“ des Tatbestands (die gegen den Wortlaut des Gesetzes und den Willen des Gesetzgebers freilich nicht zulässig ist) *Satzger* ZfL 2018, 22, 23.

16 *Eschelbach* in: BeckOK-StGB (Stand 01.11.2020), § 219a vor Rdn. 1; *Gropp* in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2017), § 219a Rdn. 1; jew. mit weit. Nachw.

wenngleich weniger gewichtigen Schutzzweck des § 219a Abs. 1 StGB zu beurteilen. Dies wird hier im Folgenden vorausgesetzt.¹⁷

cc) „Trivialisierung“ von Abbrüchen bei Auskünften über deren
rechtmäßige Formen?

Schlechterdings nicht zu sehen ist aber, wie rein sachliche Auskünfte von medizinisch kompetenter Seite (auch) über rechtmäßige Abbrüche nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB zu einer Korruption des öffentlichen Diskurses im Sinne einer Trivialisierung solcher Abbrüche „als etwas Normales“ und zu ihrer missbilligten Kommerzialisierung beitragen könnten. Das ist schon für sich genommen höchst unplausibel. Hinzu kommt dies: Die Absätze 2 und 3 des § 218a StGB schreiben für gerechtfertigte Abbrüche keine eigene Beratung vor, wie es Absatz 1 (i. V. m. § 219 und §§ 4 ff. SchKG) für lediglich tatbestandslose Abbrüche tut.¹⁸

Diese medizinische Aufklärung müsste der Schwangeren, *falls* sie sich zum Abbruch entschlösse, vor dem Eingriff zwar erteilt werden. Aber *vor* dieser Entscheidung gibt es keine Pflichtberatung, in der die Schwangere Auskunft über medizinische Besonderheiten eines späteren Abbruchs erhielte. Vor diesem Hintergrund eine solche sachliche und medizinisch korrekte öffentliche Information über klinische Aspekte rechtmäßiger Abbrüche als auch nur ferne abstrakte Gefahr zu beurteilen, einer Trivialisierung etc. des gesellschaftlichen Diskurses Vorschub zu leisten, ist schwer verständlich.

17 Ein simples Gedankenexperiment verdeutlicht das: Man nehme (kontrafaktisch) nicht nur als beweisbar, sondern als bewiesen an, dass auch eine erhebliche moralische Verwahrlosung des gesellschaftlichen Diskurses über Abtreibung keinen einzigen Entschluss einer Schwangeren zum Abbruch beeinflussen könnte. (Vollkommen abwegig erscheint das übrigens nicht, nämlich insofern, als jede „grob anstößige“ Werbung pro Abbruch für die meisten Menschen ja auch etwas grob Abstoßendes hätte.) Selbst ohne diese Wirkung bliebe eine grob anstößige Werbung für die Tötung ungeborenen Lebens aber ein „erhebliches öffentliches Ärgernis“ und damit eine legitime Verbotsmaterie (die freilich geradezu *per definitionem* in die Zuständigkeit des Rechts der Ordnungswidrigkeiten und nicht in die des Strafrechts gehörte).

18 Die „Beratung in besonderen Fällen“ gem. § 2a SchKG für Abbrüche nach § 218a Abs. 2 StGB betrifft erstens nur Fälle der „körperlichen oder geistigen“ Schädigung des Ungeborenen; zweitens nicht die klinischen Besonderheiten *für die Schwangere* im Fall eines *Abbruchs* nach der 12. Woche, sondern lediglich drittens die „medizinischen Aspekte“ der fetalen Schädigung für das *Ungeborene* und ggf. für das *spätere Leben* mit ihm.

- dd) Fehlende Plausibilisierung des Gefährdungszusammenhangs seitens des Gesetzgebers

Die Bf. bestreitet nicht den weiten und insoweit unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum („Einschätzungsprärogative“) des Gesetzgebers in dieser prognostischen Frage. Doch ist darauf hinzuweisen, dass in Fällen empirisch unüberprüfbarer Prognosen (wie dem vorliegenden) zur Legitimation von Straftatbeständen als den schärfsten Formen staatlicher Grundrechts-eingriffe dem Gesetzgeber eine besondere Pflicht obliegt, seine prognostischen Annahmen wenigstens plausibel zu machen.¹⁹ Andernfalls könnte er sich auf unwiderlegliche (und unbeweisbare) Prognosebehauptungen zurückziehen, diese damit gegen Einwände immunisieren und darauf ge-gründete Strafdrohungen der Überprüfung auf ihre Eignung, Erforderlich-keit und Angemessenheit entziehen. Das liefe dem Ultima-ratio-Prinzip zuwider, das nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Legitimationsgrundlagen staatlichen Strafens gehört.²⁰

Eine solche Plausibilisierung des Gefährdungszusammenhangs zwischen Tathandlungen des § 219a Abs. 1 StGB und Diskursverwahrlosung hat der Gesetzgeber nirgendwo auch nur versucht, weder in der Gesetzesbegründung von 1974 (BT-Drs. 7/1981 [neu]) noch in der Begründung des Ent-wurfs für den 2019 neu eingefügten Absatz 4 des Paragraphen (BT-Drs. 19/7693). Sie wäre nach allem hier Dargelegten auch nicht zu leisten. Und dass die sachliche, inhaltlich korrekte, mit dem höchstpersönlichen ärztlichen Status beglaubigte Information *selbst* bereits die Verwahrlosung darstelle, wird (auch angesichts zahlloser unsachlicher, ideologischer, in jederlei Richtung irreführender Darstellungen zu dem Thema im Internet) niemand ernsthaft behaupten.

b) Zwischenergebnis

Soweit die angegriffenen Judikate auch die erläuternden Hinweise zu Me-thoden, Folgen und Risiken *rechtmäßiger* Schwangerschaftsabbrüche auf der Internetseite der Bf. bestrafen, beruhen sie auf Verboten im Tatbe-stand des § 219a Abs. 1 StGB, die zur Erreichung der Schutzzwecke der

19 Ob darüber hinaus der Prozeduralisierungsgedanke auch auf den Bereich der Strafge-setzung ausgedehnt werden sollte (skeptisch dazu *Jahn/Brodowski* JZ 2015, 969, 977 f.), muss hier nicht entschieden werden.

20 BVerfGE 39, 1, 47; E 88, 203, 258; E 120, 224, 240.

Norm ungeeignet sind. Im Hinblick auf den Schutzzweck „ungeborenes Leben“ sind sie dies aus (normen-)logischen Gründen, im Hinblick auf den Schutzzweck „Klima der öffentlichen Kommunikation“ wegen Fehlens jeder Plausibilität des im Tatbestand vorausgesetzten Gefährdungszusammenhangs zwischen der inkriminierten Handlung und dem zu schützenden Gut. Bereits die insoweit fehlende Eignung der Strafdrohung für den durch sie propagierten Schutzzweck führt dazu, dass die strafgerichtliche Verurteilung die Bf. in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

3. „Geeignetheit“ der Strafdrohung gegen Auskünfte über tatbestandslose Schwangerschaftsabbrüche?

Die inkriminierten Auskünfte auf der Internetseite der Bf. bezogen sich auch auf lediglich tatbestandslose Schwangerschaftsabbrüche i. S. d. § 218a Abs. 1 StGB und deren klinische Methoden. Solche Abbrüche machen den weitaus größten Teil aller Abbrüche in Deutschland aus (im Jahr 2018: 96%).²¹ In ungefähr demselben Maß dürften die Informationen der Bf. ganz überwiegend für Schwangere bedeutsam gewesen sein, für die ein Abbruch allenfalls nach § 218a Abs. 1 StGB in Betracht kam.

Solche Abbrüche sind nach den Maßgaben in BVerfGE 83, 203 („Schwangerschaftsabbruch II“) und nach der Intention des Gesetzgebers (Art. 8 des SFHÄndG von 1995) nicht rechtmäßig, sondern „lediglich“ tatbestandslos. Dass sie damit gem. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB im strafrechtlichen Sinn auch nicht rechtswidrig sind, berührt nach h. M. ihre verfassungsmittelbare Rechtswidrigkeit nicht. Die oben dargelegten Argumente zur Ungeeignetheit der Strafdrohungen in § 219a Abs. 1 StGB in Fällen der Information über rechtmäßige Abbrüche gelten daher nicht für Auskünfte über tatbestandslose Abbrüche. Gleichwohl ist die Strafdrohung des Tatbestands auch in diesen Fällen zur Zweckerreichung ungeeignet, und zwar mit Blick sowohl auf den „Schutz ungeborenen Lebens“ als auch auf den „Schutz des gesellschaftlichen Diskursklimas“.

21 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2019, S. 137.

a) „Normalisierung“ und „Kommerzialisierung“? Begriffliche Präzisierungen

Um dies genauer zu sehen, bedarf es einer weiteren Präzisierung der beiden Grundbegriffe, mit denen der Gesetzgeber diese Schutzzwecke erläutert hat: Verhinderung der „Normalisierung“ sowie der „Kommerzialisierung“ von Schwangerschaftsabbrüchen in der öffentlichen Wahrnehmung. Als ärztliche Leistungen (auch als „nicht-normale“) sind Schwangerschaftsabbrüche allerdings Gegenstand der ärztlichen Gebührenordnung (GOÄ) und in deren Rahmen selbstverständlich in gewissem Maß und sogar rechtlich verbindlich „kommerzialisiert“²²

Das zu verhindern kann mit dem Schutzzweck des § 219a Abs. 1 StGB daher nicht gemeint sein. In einem Beschluss vom Juli 2005 hat das Bundesverfassungsgericht den Begriff der „gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung“ für allgemeine ärztliche Leistungen präzisiert. Die ärztliche Berufsausübung solle sich „*nicht an ökonomischen Erfolgskriterien, sondern an medizinischen Notwendigkeiten orientieren*“. Dagegen müsse

„*für interessengerechte und sachangemessene Informationen, die keinen Irrtum erregen, [...] im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben*“.

BVerfG NJW 2006, 282

Das gilt als Grundsatz auch für Schwangerschaftsabbrüche. Zwar sollen diese nach dem Willen des Gesetzgebers nicht als „Normalität“, nämlich nicht als „normale ärztliche Leistung“ verstanden werden (dazu unten bb]). Doch sind sie nicht nur Gegenstand ärztlicher Gebührenrechnungen, sondern auch ärztlicher Beratungs- und Aufklärungspflichten, die gesetzlich vorgeschrieben sind (§§ 218a Abs. 1 bis 3, 219 StGB, §§ 2a, 5, 6 SchKG). Solche auch und gerade für schwangere Frauen und nicht nur für Ärzte und Ärztinnen „*interessengerechten und sachangemessenen Informationen, die keinen Irrtum erregen*“, unter Strafandrohung zu verhindern, kann daher ebenfalls nicht zum legitimen Schutzzweck des § 219a Abs. 1 StGB gehören.

22 Vgl. § 12 Abs. 1 S. 3 der „(Muster-)Berufsordnung“ der Bundesärztekammer für „in Deutschland tätige Ärztinnen und Ärzte“; danach dürfen diese „*die Sätze nach der GOÄ nicht in unlauterer Weise unterschreiten*“ und (gem. Abs. 3) nur „*Verwandten, Kolleginnen und Kollegen, deren Angehörigen und mittellosen Patientinnen und Patienten das Honorar ganz oder teilweise erlassen*“.

Weiterhin zu bedenken ist, dass – anders als „normalen“ ärztlichen Leistungen – jedem Schwangerschaftsabbruch rechtliche Hürden wie Beratungspflicht und Indikation vorgeschaltet sind, die dem Eindruck einer unangemessenen Kommerzialisierung entgegenwirken und die in der Öffentlichkeit bekannt sind. Ebenfalls zu bedenken ist, dass § 5a GOÄ die Anhebung des einfachen Gebührensatzes (§ 5 Abs. 1 S. 2 GOÄ) für Schwangerschaftsabbrüche im Vergleich zu anderen Leistungen nur in deutlich reduziertem Maß zulässt. Auch das beugt jeder sachwidrigen Kommerzialisierung vor.

aa) „Kommerzialisierung“? Allenfalls durch „Werbung“ im engeren Sinn, nicht durch sachliche Aufklärung

Die mit § 219a StGB bezeichnete Verhinderung kann sich daher nur auf Werbung im engeren Sinn des *Attraktivmachens* eines Angebots aus individuellem Gewinninteresse beziehen, nicht aber auf sachliche Informationen. Eben diese Unterscheidung setzt auch die Begründung des Gesetzentwurfs der Regierungsfraktionen vom 12. Februar 2019 voraus, der unverändert Gesetz geworden ist: Sachliche Hinweise „fallen zukünftig nicht mehr unter § 219a Absatz 1 StGB. Werbende Handlungen bleiben weiterhin verboten.“²³ Jedenfalls generell qualifiziert der Gesetzgeber somit sachliche Hinweise nicht mehr als verbotene Werbung.

Die Bf. hat auf ihrer Internetseite auch zu Abbrüchen gem. § 218a Abs. 1 StGB ausschließlich rein sachlich informiert. Das bestätigen die strafgerichtlichen Entscheidungen (S. 10: „*aufklärend und sachlich*“). Dennoch ist die Bf. auch dafür nach § 219a Abs. 1 StGB bestraft worden. Denn der Tatbestand soll nach dem Willen des Gesetzgebers – ersichtlich inkonsistent – gleichwohl auch nach Einfügung des neuen Abs. 4 (Nr. 2) rein sachliche Informationen erfassen, sofern sie über die schlichte Angabe, man nehme gesetzesgemäße Abbrüche vor, und den bloßen Verweis auf Informationen anderer Stellen hinausgehen, nämlich solche Informationen oder Teile davon selbst bereitstellen.

23 BT-Drs. 19/7693, S. 10.

bb) „Normalisierung“ in der öffentlichen Wahrnehmung?

Was die Verhinderung einer öffentlichen Wahrnehmung des Schwangerschaftsabbruchs als „normal“ angeht, so hat dieser Begriff einen regelmäßig unerläuterten Doppelsinn. Dass nicht-indizierte Schwangerschaftsabbrüche jährlich mehr als 100.000-fach unter Beteiligung staatlicher und kirchlicher Stellen stattfinden und in diesem Sinn *als Faktum* soziale Normalität sind, gehört zum allgemeinen Wissen der Gesellschaft. Diese gesellschaftliche Wahrnehmung zu verhindern, kann daher kein Straftatbestand geeignet sein. Denn sie entspricht der Wahrheit, ist in unzähligen Medienberichten on- wie offline präsent und wird dies bleiben.

Richtig ist, dass Abbrüche gleichwohl nicht als „normale“ *ärztliche Leistung* wahrgenommen werden sollen. Gemeint sein dürfte damit eine Normalität im Sinne moralischer und rechtlicher Unbedenklichkeit. Eine andere Frage ist freilich, ob rein sachliche Hinweise darauf, dass solche Abbrüche stattfinden (ggf. in der eigenen ärztlichen Praxis) und wie deren klinische Umstände beschaffen sind, geeignet sein können, ihre *normative „Normalität“* im angedeuteten Sinn zu suggerieren.

b) Keine plausiblen Argumente für Gefahr einer „Kommerzialisierung“ oder „Normalisierung“

Dafür spricht nichts. Zu erinnern ist zunächst, dass der Gesetzgeber trotz seines weiten Beurteilungsspielraums für empirisch unbelegbare Prognosen über die Folgen bestimmter Berufspraktiken für Handlungsdispositionen und Bewusstseinsformen der ganzen Gesellschaft sich nicht schlechterdings auf die gänzlich apodiktische Behauptung solcher Folgen zurückziehen darf. Denn damit würde, wie dargelegt, jedes strafbewehrte Verbot jener Berufspraktiken gegen die Prüfung seiner Verhältnismäßigkeit immunisiert. Das widerspräche dem Ultima-ratio-Prinzip, wonach der Gesetzgeber vom Strafrecht „*nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen darf*“ (BVerfGE 39, 1 47; s. auch E 88, 203, 258). Auch Strafgesetze auf der Grundlage prinzipiell unbeweisbarer Prognosen müssen mit Blick auf eine wenigstens vertretbare Plausibilität ihrer Prämissen in engen Grenzen überprüfbar sein.

aa) Keine Identität jeder Sachinformation mit „Werbung“

Nicht selten wird behauptet (und in der Entwurfsbegründung 1974 in gewissem Maß wohl schlicht unterstellt²⁴), sachlichen Informationen über Schwangerschaftsabbrüche durch jemanden, der von deren Durchführung einen Vermögensvorteil hätte, sei „*zwangsläufig eine implizite Werbung immanent*“²⁵. Das ist nicht einzusehen. Aber selbst wenn man es zugestehen wollte, wäre mit dem Bundesverfassungsgericht zu erwidern, „*dass der Werbeeffekt als solcher nicht zu einem Verbot führen kann*“.²⁶ Der Satz bezog sich auf die allgemeine ärztliche Werbung und nicht spezifisch auf die von § 219a StGB inkriminierte. Er gilt aber auch für diese. Denn ihm liegt ersichtlich nicht eine Unterscheidung zwischen „allgemeiner“ und „abbruchsbezogener“ Werbung zugrunde, sondern die zwischen intendierter Werbung und bloßem Werbeeffekt als nichtintendierte Nebenfolge rein sachlicher Auskünfte. Die Logik *dieser* Relation ist in Fällen des § 219a Abs. 1 StGB naturgemäß dieselbe.

bb) Information über das „Wie“ eines Abbruchs: kein Zusammenhang mit Entscheidung über dessen „Ob“

Nicht einzusehen ist, inwiefern die nach wie vor verbotene sachliche Auskunft über das mögliche „Wie“ eines Abbruchs die Entscheidung einer Schwangeren über das „Ob“ des Abbruchs sollte beeinflussen können.²⁷

Nur die Entscheidung *über* (und ggf. für) das „Ob“ eines Abbruchs kann das Rechtsgut des ungeborenen Lebens gefährden – und daher auch nur und allenfalls der Hinweis, man biete die ärztliche Dienstleistung an, die ein solches „Ob“ ggf. realisieren würde. *Dieser* Hinweis wird freilich von dem neu eingefügten Absatz 4 in § 219a StGB ausdrücklich aus dem Tatbestand des Absatzes 1 ausgenommen und ist damit erlaubt. Mehr als das: Er entspricht darüber hinaus genau der vom Gesetzgeber mit dem neuen Absatz 4 explizit verfolgten Absicht. Schon der Name des Reformgesetzes

24 Erster Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform v. 24. April 1974 (BT-Drs. 7/1981 [neu], S. 17): „*als Information getarnte Werbung*“.

25 Duttge in: GS für Tröndle (2019), S. 714.

26 BVerfG NJW 2001, 2788, 2790; bestätigt in BVerfG NJW 2006, 282, 283.

27 Ebenso Brosius-Gersdorf Der Fall Kristina Hänel: Zur Verfassungswidrigkeit des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB – Rechtsgutachten im Auftrag des Instituts für Weltanschauungsrecht, 2020, S. 41, 45; nachfolgend zitiert als „Gutachten“.

indiziert das unmissverständlich: „Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“ (BGBl. I 2019, S. 350). Deutlich formuliert es die Entwurfsbegründung:

Da (nach § 219a Abs. 1 StGB a. F.) für Ärztinnen und Ärzte „schon die bloße Information darüber, dass sie einen – nach § 218a Absatz 1 bis 3 straflosen – Schwangerschaftsabbruch durchführen, vom Straftatbestand erfasst“ sei und da es deshalb „für Frauen, die einen straffreien Schwangerschaftsabbruch durchführen lassen wollen, [...] problematisch sein [könne], Informationen über Ärztinnen und Ärzte [...] zu erhalten, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen“, sei das „Ziel des Entwurfs [...] die Verbesserung der Information von Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch in Erwägung ziehen“.²⁸

Inwiefern die sachliche Information über das „Wie“ eines Abbruchs (die zur Entscheidung über dessen „Ob“ keinen Bezug hat) neben der gesetzlich gewollten Auskunft, man biete den Dienst für das „Ob“ an (deren Bezug zu diesem „Ob“ evident ist), eine eigene strafwürdige Gefährdung des Rechts- guts „ungeborenes Leben“ sein könnte, ist nicht zu sehen. Solche

„Informationen beeinflussen nicht – schon gar nicht positiv – die Entscheidung der Frau über das „Ob“ eines Schwangerschaftsabbruchs, sondern versetzen sie nur in die Lage zu entscheiden, welche Methode im Fall eines Schwangerschaftsabbruchs zum Einsatz kommen soll, sowie zu übersehen, welche Ärztin bzw. welcher Arzt die Methode anbietet.“

Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 19

cc) Sachliche Information auch über das „Wie“ als Normzweck des neuen Absatzes 4

Daher ist die Behauptung, diese sachliche Information zum „Wie“ des Abbruchs zu verhindern, sei nach wie vor Schutzzweck des § 219a StGB, ebenfalls nicht einzusehen. Dessen neuer Absatz 4 hat nicht nur den Tatbestand in Absatz 1 eingeschränkt und Auskünfte zum „Ob“ eines Abbruchs daraus entfernt. Vielmehr hat das Gesetz zur Einfügung des Absatzes 4 in § 219a StGB diese Auskünfte und die dadurch verbesserte Information Schwangerer explizit zum *weiteren* Schutzzweck der Norm erklärt. Zu diesen Infor-

28 BT-Drs. 19/7693, S. 1.

mationsverbesserungen gehört auch und insbesondere die Auskunft über das „Wie“ von Abbrüchen. Der Gesetzgeber formuliert als eines seiner Ziele, dass „möglichst viele Frauen die Informationen erhalten können“.²⁹ Nur sollen diese nicht direkt von Ärztinnen und Ärzten, sondern lediglich mittelbar durch Verweis auf die in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten Stellen gegeben werden. Die BÄK, die zu diesen Stellen gehört, wird aber verpflichtet, die Liste mit den einschlägigen Informationen monatlich zu aktualisieren und im Internet zu veröffentlichen (§ 13 Abs. 3 S. 2 und 3 SchKG).

Vor dem Hintergrund dieser gesetzlich gewollten öffentlichen Distribution der Auskünfte über das „Wie“ eines Abbruchs ist nicht erkennbar, wie eine entsprechende *ärztliche* Information, die mit der gesetzlich propagierten inhaltlich identisch ist, den Schutzzwecken des § 219a StGB auf strafwürdige Weise widersprechen könnte. Schließlich ist es dessen Absatz 4 selbst, der den Gesetzeszweck der Verbreitung solcher Informationen normiert.³⁰

dd) „Vermögensvorteil“ kein Grund für Misstrauen gegen sachliche Informationen

Gelegentlich wird behauptet, das eigene finanzielle Interesse der Ärztinnen und Ärzte untergrabe die Sachlichkeit und Neutralität ihrer medizinischen Auskünfte.³¹ Das ist lebensfremd; in seiner argumentlosen Unplausibilität mutet es willkürlich an. Zudem liefe es auf eine unzulässige Verdachtsstrafe gegen Ärztinnen und Ärzte hinaus, die wie die Bf. sachlich und medizinisch korrekt informieren.³²

Korrekte, mit der dargelegten gesetzgeberischen Absicht harmonierende Auskünfte über das „Wie“ eines straflosen Abbruchs können den *konsistent* bestimmten Schutzzwecken des § 219a Abs. 1 StGB nicht widersprechen.

29 BT-Drs. 19/7693, S. 10.

30 Zutr. Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 21; ebda. S. 22 auch der Hinweis auf die Rspr. des EGMR, der „die Beziehung zwischen der Verbreitung von Informationen und der Zerstörung ungeborenen Lebens“ skeptisch beurteilt (EGMR NJW 1993, 773, 775 Rdn. 75).

31 Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Gutachten „Zur Verfassungsmäßigkeit der Neufassung von § 219a StGB“ (2019), WD 3 - 3000 - 043/19, S. 9.

32 Vgl. das unter (1) angefochtene Urteil des Landgerichts Gießen vom 12. Dezember 2019 (S. 10): Die Informationen auf der Internetseite der Bf. seien „aufklärend und sachlich“ und „ohne besonderen werbenden Charakter“.

Ihr strafbewehrtes Verbot ist daher kein geeignetes Mittel zur Realisierung dieser Schutzzwecke.

c) Fortbestand des Verbots sachlicher Informationen konterkariert
Normzweck des § 219a Abs. 4 StGB

In einer weiteren Hinsicht erweist sich § 219a Abs. 1 StGB nach der Einführung des Absatzes 4 ebenfalls als ungeeignet, die Gesetzeszwecke der Norm zu fördern. Der neue Absatz 4 erweitert, wie dargelegt, diese Zwecke um den zusätzlichen einer Informationsverbesserung für Schwangere. Dieses Ziel wird konterkariert von dem fortbestehenden Verbot für Ärztinnen und Ärzte, über eigene öffentliche Auskünfte die erwünschten Informationen schwangeren Frauen zugänglich zu machen. Ohne weiteres offensichtlich ist dabei zunächst, dass die Beschränkung des Tatbestandsausschlusses in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB auf bloße Verweise zu anderen Auskunftsstellen, die ggf. ihrerseits weiterverweisen, das Gesetzesziel der verbesserten Information zumindest in gewissem Maß behindert.

aa) Unzulänglichkeit der Informationen offizieller Stellen im Sinne von
§ 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB

Hinzu kommt, dass die Informationen, die von den in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten Stellen angeboten und in §§ 13 Abs. 3, 13a SchKG genauer ausgeführt werden, für ratsuchende Schwangere mehrfach unzulänglich sind.³³ Die bei der Bundesärztekammer (BÄK) geführte Liste der Ärztinnen und Ärzte, die gesetzeskonforme Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, enthält gem. § 13 Abs. 3 SchKG nur die Namen derer, die der BÄK ihre entsprechende Bereitschaft mitgeteilt haben. Viele Ärztinnen und Ärzte vermeiden aber eine solche Mitteilung. Denn sie haben Grund, die Prangerwirkung zu fürchten, die der BÄK-Liste im Echo der Internetseiten fanatischer sog. Lebensschützer verschafft wird: mittels schwerer, dauernder, persönlich wie beruflich diskreditierender Angriffe. Über die rechtliche Zulässigkeit solcher Angriffe ist hier nicht zu befinden; nur um ihre faktische Wirkung geht es. Diese manifestiert sich etwa in dem Umstand,

33 Dazu eingehend Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 37-39.

dass derzeit nur (!) knapp 330 Ärztinnen und Ärzte ihre Bereitschaft zu Schwangerschaftsabbrüchen bei der BÄK angezeigt haben.³⁴ Dagegen finden sich auf der verstörend unsachlichen, unter „babycaust“ firmierenden Internetseite des „Lebensschützers“ *Annen* rund 1.200 Namen von Ärzten und Ärztinnen, die dort wegen dieser Bereitschaft als „Massenmörder“ beschimpft werden.³⁵

Weitere Umstände, die das gesetzliche Ziel der verbesserten Information vereiteln, sind insbesondere das Fehlen zahlreicher entscheidungswichtiger Informationen für Schwangere auf der Liste der BÄK sowie die Unkenntnis dieser Liste bei vielen Frauen, die andererseits selbstverständlich ihre Frauenärztinnen und -ärzte kennen. Wegen dieser Unkenntnis ist den Frauen auch der Link nicht verfügbar, mit dem die BÄK auf ihrer Internetseite ebenfalls weiter verweist: zu der speziellen Seite „Familienplanung“ der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, auf der dann erst genauere Informationen zum Schwangerschaftskonflikt zu finden sind.³⁶ Die „*Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs*“ werden auf der Liste der BÄK ebenfalls nur genannt, „soweit diese mitgeteilt werden“ (§ 13 Abs. 3 S. 2 SchKG), und bleiben ohne jede Erläuterung.

bb) Fortbestand der Strafdrohung in Absatz 1 widerspricht Normzweck des Absatzes 4

Aus den dargelegten Gründen ist die fortbestehende Strafdrohung in § 219a Abs. 1 StGB gegen eigene sachliche und öffentliche Auskünfte über Schwangerschaftsabbrüche seitens der Ärzte und Ärztinnen, die wie die Bf. dazu bereit sind, ungeeignet, den in Absatz 4 artikulierten weiteren Gesetzeszweck „Verbesserung der Information Schwangerer“ zu fördern. Sie läuft im Gegenteil diesem Zweck zuwider.³⁷

³⁴ www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Liste219a/20210205_Liste____13_Abs_3_SchKG.pdf

³⁵ www.babycaust.de/ (dort sub „Abtreiber“).

³⁶ www.familienplanung.de/beratung/

³⁷ Eindrücklich bestätigen dies die beigefügten Stellungnahmen des Vereins Evangelische Frauen in Deutschland e. V. (EFiD) vom 5. Februar 2021 und des Landesverbandes donum vitae NRW e. V. vom 15. Januar 2021.

d) Ergebnis

Da es auch an der Eignung des Mittels zur Förderung des propagierten Gesetzeszwecks fehlt, verletzen § 219a StGB und die die Strafnorm anwendenden Entscheidungen das Grundrecht der Bf. aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, soweit sie sie auch wegen erläuternder Hinweise auf ihrer Internetseite zu tatbestandslosen Schwangerschaftsabbrüchen gem. § 218a Abs. 1 StGB bestrafen.

4. Erforderlichkeit der Strafdrohung gegen Auskünfte über das „Wie“ von Schwangerschaftsabbrüchen?

Selbst wenn man die dargelegten Argumente ablehnen und eine Eignung des Verbots sachlicher Informationen in § 219a Abs. 1 StGB annehmen bzw. dem Gesetzgeber insofern einen gänzlich unüberprüfbaren Beurteilungs- (nämlich apodiktischen Behauptungs-) Spielraum zubilligen wollte, hielte dieses Verbot der Überprüfung seiner Erforderlichkeit nicht stand.

a) Konkretisierung des Grundrechtseingriffs: Handlungs- und Sanktionsnorm

Die entsprechende Analyse muss auf der Eingriffsebene (einmal mehr) zunächst ihren Gegenstand präzisieren. Wie alle Straftatbestände enthält § 219a Abs. 1 StGB eine Verhaltens- und eine Sanktionsnorm: Handlungsverbote und Strafdrohung. Für die Prüfung seiner Erforderlichkeit zur Erreichung des Normzwecks dürfen nicht allein die Handlungsverbote, sondern muss auch deren Strafbewehrung in den Blick genommen werden. Verhältnismäßig muss also nicht nur das Verbot, sondern dieses *zusammen mit seiner strafenden Sanktion* sein.³⁸

aa) Aufgrund der Strafdrohung mehr als bloße Berufsausübungsregelung

Andernfalls würde der entscheidende Umstand, dass hier das schärfste staatliche Eingriffsmittel – die „*ultima ratio im Instrumentarium des Gesetzes*“

38 Ebenso Goeckenjan in: Jestaedt/Lepsius (Hg.), Verhältnismäßigkeit (2015), S. 184 (194 f.).

gebers“ (BVerfGE 39, 1, 47) – eingesetzt wird, verdeckt und zu der irrgen Annahme trivialisiert, bei § 219a Abs. 1 StGB gehe es nur um eine bagatellhafte Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit (die zudem einem weitreichenden Gesetzvorbehalt unterliegt), nämlich lediglich um ein geforderetes Unterlassen, das bereits ausreiche, jede Kollision mit dem Gesetz zu vermeiden. *Das* stimmt freilich für jeden Straftatbestand. Gleichwohl haben alle Normen, die Strafe androhen, den Charakter eines *besonderen*, nämlich dem Ultima-ratio-Gebot unterliegenden Eingriffs, und nicht nur den eines bagatellhaften Unterlassungsgebots.

Es ist daher falsch, wenn man, wie etwa die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags, § 219a Abs. 1 StGB *allein* als Berufsausübungsregelung qualifiziert, für die „*jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls*“ als Rechtfertigung ohne weiteres ausreiche, und keinerlei Überlegung an den Umstand wendet, dass die Regelung mit einer Strafdrohung verbunden ist.³⁹ Mit diesem defizitären Argument könnte *jede* Berufsausübungsregelung zugleich als Straftatbestand normiert werden, wofür ganz offensichtlich nicht „*jede vernünftige*“ Gemeinwohlerwägung ausreichte. Mit dem Ultima-ratio-Prinzip des Bundesverfassungsgerichts für staatliches Strafen stünde das in offenem Widerspruch.

bb) Sozialethisches Unwerturteil durch Strafe als Grund besonderer Eingriffstiefe

Das besondere Eingriffsgewicht von Handlungsnormen mit Strafbewehrung liegt nicht primär in der Strenge der angedrohten Sanktion. Es liegt vielmehr vor allem in dem mit der Kriminalstrafe verbundenen „sozialethischen Unwerturteil“. Eben dieses Unwerturteils wegen kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „*dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu*“ (BVerfGE 120, 224, 240 m. w. N.). Damit erhält es maßgebliche Bedeutung auch und bereits für die Frage der Erforderlichkeit der Strafdrohung. Nicht die bloße Berufsausübungsregelung in § 219a Abs. 1 StGB, sondern vor allem ihre Strafbewehrung bestimmt das Gewicht des Grundrechtseingriffs.

39 Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Gutachten „Zur Verfassungsmäßigkeit der Neufassung von § 219a StGB“ (2019), WD 3 - 3000 - 043/19, S. 4; ebenso irrig Kubiciel Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 18. Februar 2019, S. 6: § 219a Abs. 1 StGB schränke *lediglich* die Berufsausübungsfreiheit ein und dies „*nur peripher*“.

Mit Blick auf dieses besondere Gewicht ist daher die Frage zu klären, ob es milder Eingriffsmittel zur Erreichung der Normzwecke gibt.

Das hebt auch das Bundesverfassungsgericht hervor. In einem Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats, dessen Gegenstand u. a. öffentliche Hinweise eines Arztes auf seine Bereitschaft zum Schwangerschaftsabbruch waren, heißt es:

„Gravierende Beeinträchtigungen kann es auch mit sich bringen, wenn dem Einzelnen sein berufliches Verhalten als Begehung einer Straftat vorgeworfen wird.“

BVerfG, Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 24. Mai 2006 – 1 BvR 1060/02, I139/03, Rdn. 35 = BVerfGK 8, 107

Der gegen den Arzt erhobene Vorwurf kam in diesem Fall von einer Privatperson. Aber das „Gravierende“ daran bestand, wie das Bundesverfassungsgericht festhält, im Verweis auf die in Bezug genommene Strafnorm und das mit ihr verbundene Unwerturteil. Für dieses Gravierende ist es daher ohne Bedeutung, ob der Vorwurf von einer Privatperson oder von der Staatsanwaltschaft erhoben wird.

Kurz: Gegenstand der Prüfung, ob § 219a Abs. 1 StGB zur Realisierung seiner Zwecke erforderlich sei, ist nicht allein seine Verhaltensnorm zur Regelung der ärztlichen Berufsausübung, sondern diese Norm in Verbindung mit dem gewichtigen Eingriff der Strafdrohung.

b) Keine Erforderlichkeit der Strafdrohung

Unbeschadet des dargelegten Fehlens der Eignung einer Strafdrohung zur Förderung der Normziele erweist sich diese Strafdrohung zudem als dafür nicht erforderlich und auch insofern als unverhältnismäßig. Ziel des Gesetzgebers für § 219a Abs. 4 StGB war, wie gezeigt, die „Verbesserung der Information“ Schwangerer über einen möglichen Abbruch, und zwar sowohl über das „Ob“ als auch über das „Wie“ solcher Abbrüche (Methoden, Risiken, Nachbehandlung). Doch sollen die letzteren nicht von ärztlicher Seite, sondern allein von den in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten Stellen angeboten werden. Sie als „*neutrale, medizinisch und rechtlich qualitätsgesicherte Informationen*“ schwangeren Frauen überhaupt verfügbar zu machen, und

zwar möglichst hindernisfrei, sei jedoch „geboten“, weswegen es gesetzliches Ziel sei, dass „*möglichst viele Frauen die Informationen erhalten können*“.⁴⁰

aa) Öffentliche Informationen, die zum Gesetzesziel gehören, begründen kein strafwürdiges Unrecht

Daraus folgt zunächst, dass die Übermittlung dieser gebotenen Informationen, sofern sie „qualitätsgesichert“ sind, kein strafwürdiges Unrecht sein kann. Denn sie entspricht einem ausdrücklichen legislativen Ziel. Das hängt von der Quelle der Auskünfte nicht ab, sondern allein von deren Qualität. Gleichwohl wird ihre öffentliche Kundgabe (mit Vorteilsabsicht) von § 219a Abs. 1 StGB auch nach Einfügung des Absatzes 4 als tatbestandsmäßig erfasst. Anders gewendet: Dieser (vermeintliche) Unrechtserfolg entspricht einem ausdrücklichen Gesetzeszweck: dem der besseren Zugänglichkeit korrekter Informationen für Schwangere.

bb) Pönalisierung lediglich der „falschen“ Herkunft der Informationen?

§ 219a Abs. 1 StGB pönalisiert somit nicht ein bestimmtes Handeln und dessen Erfolg, sondern dessen „falsche“ Herkunft. Den Grund dafür deutet die Entwurfsbegründung des Gesetzes mit der Formulierung an, die Informationen sollten „*neutral, medizinisch und rechtlich qualitätsgesichert*“ bzw. „*sachlich und verlässlich*“ sein (BT-Drs. 19/7693, S. 1, 10). Diese Qualitätssicherung hält der Gesetzgeber offenbar nur für gewährleistet, wenn die Informationen allein von den in § 219a Abs. 4 StGB genannten Institutionen stammen.

Unterschiedliche Zuständigkeiten für sachlich identisches Handeln aus Gründen der Vermutung divergierender Kompetenz anzugeben, gehört zum legislativen Alltag. Wird allerdings ein und derselbe Handlungserfolg (Information Schwangerer) zu einem („gebotenen“) Gesetzesziel erklärt, sofern ihn Akteur X herbeiführt, dagegen zu kriminellem Unrecht, sofern dies Akteur Y tut, bedarf letzteres einer besonderen Begründung.

40 BT-Drs. 19/7693, S. 1, 10.

- cc) Keine mindere Kompetenz oder Vertrauenswürdigkeit von Ärztinnen und Ärzten, die entgeltliche Abbrüche anbieten

Auf unterschiedliche Kompetenzen kann diese Begründung im Fall des § 219a Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 2 StGB nicht gestützt werden. Ärztinnen und Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, sind für die einschlägigen klinischen Belange nicht in geringerem, sondern eher in höherem Maße kompetent als die in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten Stellen. Zu diesen gehören die Beratungsstellen nach dem SchKG, unter denen sich auch solche privater Träger befinden (§ 3 SchKG).

Die Beratungspraxis dieser privaten Träger, die gem. § 5 Abs. 1 S. 4 SchKG zwar dem „*Schutz des ungeborenen Lebens*“ dient, aber gleichwohl „*ergebnisoffen*“ zu sein hat (§ 5 Abs. 1 S. 1 SchKG), gründet bekanntlich in durchaus unterschiedlichen weltanschaulichen Orientierungen und wird von diesen beeinflusst. In welchem Sinn solche privaten Beratungsstellen hinsichtlich ihrer Neutralität und ihrer medizinischen und rechtlichen Qualitätssicherung im Hinblick auf den Gesetzeszweck (Information Schwangerer) ohne weiteres vertrauenswürdig wären, wohingegen Ärztinnen und Ärzte, die sachlich identische (ggf. sogar höherwertige) Auskünfte auf ihren Internetseiten publizieren, *ausnahmslos* kriminelles Unrecht verwirklichen, ist schlechterdings unerfindlich.

Der Hinweis auf finanzielle Interessen, die die Verlässlichkeit solcher Ärztinnen und Ärzte angeblich zweifelhaft machen, verfängt nicht. Abgesehen von seiner offenen Unplausibilität (wie könnten unseriöse oder medizinisch falsche Informationen auch nur kurzfristig die Akquise von Patientinnen fördern?) ist ihm entgegenzuhalten, dass unter jenen privaten Vereinen, die anerkannte Träger von Beratungsstellen sind, sich auch solche befinden, die selbst gebührenpflichtige Schwangerschaftsabbrüche anbieten.⁴¹

Damit soll die gesetzlich vorausgesetzte Seriosität der Beratungsstellen nicht in Zweifel gezogen werden. Klarzustellen ist aber, dass sich unter keinem auch nur denkbaren Gesichtspunkt irgendein Indiz für die Annahme findet, im Vergleich zu jenen offiziellen Stellen sei die Seriosität von Ärztinnen und Ärzten bei der öffentlichen Information ihrer Patientinnen ausnahmslos, nämlich in einem abstrakt-generellen Straftatbestand, zu ver-

41 Vgl. pro familia, Satzung des Bundesverbands, § 2 („Zweck und Arbeitsweise des Vereins“) Nr. 1 Abs. 1: „*pro familia [bietet] auch medizinische Dienstleistungen wie zum Beispiel [...] Schwangerschaftsabbruch an.*“

neinen – und gerade deshalb selbst die Verbreitung *sachlich identischer* Informationen als kriminelles Unrecht zu verfolgen.

c) Erlaubnis der Information nicht nur über „Ob“, sondern auch über „Wie“ des Abbruchs als gleich geeignetes „milderes Mittel“

Damit liegt auf der Hand, mit welchem „milderem Mittel“ als dem der Strafdrohung der Gesetzgeber alle drei dargelegten Normzwecke des (verbliebenen) § 219a Abs. 1 StGB hätte verfolgen können, und zwar nicht nur wirkungsgleich, sondern besser und konsistenter: mit der Herausnahme nicht allein von Informationen über das „Ob“, sondern auch von solchen über das „Wie“ der ärztlichen Leistung aus dem Tatbestand der Norm. Die Vermittlung entsprechender Auskünfte auch durch Ärztinnen und Ärzte entspricht dem Gesetzesziel des § 219a Abs. 4 StGB. Dass diese Vermittlung nur als indirekte gewollt ist, macht aber ihre direkte Form nicht zu strafwürdigem Unrecht.

Bildlich gesprochen: Wem es erlaubt, ja von wem es erwünscht ist, vor lesekundigen Adressaten öffentlich auf eine Informationstafel zu deuten, auf der „X“ steht, dem muss es auch erlaubt sein zu sagen, dass dort „X“ steht. Unter dem verfassungsrechtlichen Gebot einer wenigstens minimalen normativen Konsistenz sachlich verbundener Regelungen (grdl. BVerfGE 121, 317, 359 ff.) ist es ausgeschlossen, ihm zwar den Verweis auf den Inhalt der Tafel (etwa der Homepage der BÄK) als läblich nahezulegen, ihm aber das eigene Vortragen dieses Inhalts als kriminelles Unrecht vorzuwerfen.

aa) Verbot der Auskunft über „Wie“ als politischer Kompromiss

Die Bf. verkennt nicht, dass die gesetzliche Differenzierung öffentlicher ärztlicher Auskünfte zu Schwangerschaftsabbrüchen in einerseits erwünschte (zum „Ob“) und andererseits strafbare (zum „Wie“) das Ergebnis eines parlamentarischen Kompromisses gewesen ist.⁴²

42 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 20. Februar 2019 (BT-Drs. 19/7965, S. 9): „Die Fraktion der SPD hätte eine Streichung des § 219a StGB vorgezogen. ... [Sie] habe sich ein anderes Ergebnis gewünscht, betrachte den gefundenen Kompromiss dennoch als Verbesserung.“

Kompromisse sind legislativer Alltag. Wiewohl sie deshalb nicht ganz selten normative Verspannungen aufweisen, sind sie auch vor dem Gebot der (prinzipiellen) gesetzlichen Folgerichtigkeit ohne weiteres hinzunehmen. Doch dürfen die gesetzesinternen Friktionen nicht ein Maß des verfassungsrechtlich Inakzeptablen annehmen. Das gilt insbesondere für strafrechtliche Tatbestände: einerseits wegen des Ultima-ratio-Gebots, andererseits und insbesondere wegen des Schuldprinzips, das nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG gründet.⁴³ Der Vorwurf schuldhaften Handelns setzt einen materiell begründeten Unrechtsvorwurf voraus. Daran fehlt es in Fällen seriöser, zutreffender Informationen über das „Wie“ gesetzmäßiger Schwangerschaftsabbrüche auf den Internetseiten von Ärztinnen und Ärzten. Denn entsprechende Informationen seitens anderer Stellen, denen unter Gesichtspunkten der Neutralität, Seriosität und medizinischen Kompetenz in keinem Sinn ein Vertrauensvorzug vor fachlich geschulten Ärztinnen und Ärzten zukommt, sind erlaubt, erwünscht, ja in Teilen gesetzlich vorgeschrieben. Im Vergleich zu ihnen weisen inhaltlich identische Auskünfte seitens zuständiger Ärzte keine noch so geringe Differenz im Unrechtsgehalt auf. Daher sind sie keine legitime Grundlage für einen strafrechtlichen Schuldvorwurf.

bb) „Symbolisches Strafrecht“ ohne Grundlage materiellen Unrechts

Der Kompromiss der Regierungsparteien, den § 219a Abs. 1 und 4 StGB widerspiegelt, hat eine Strafnorm rein symbolischen Charakters hervorgebracht. Auch symbolische Gesetze können legitim sein. Als Strafdrohungen unterliegen sie aber aus den dargelegten Gründen erheblich engeren Kriterien ihrer Zulässigkeit als zivil- oder ordnungsrechtliche Normen. Soweit § 219a Abs. 1 StGB ärztliche Auskünfte über das „Wie“ von Schwangerschaftsabbrüchen nach wie vor als strafwürdiges Unrecht ausweist, genügt er keinem dieser Kriterien.

43 BVerfGE 9, 167, 169; E 86, 288, 313; E 95, 96, 140.

- d) „Milderes Mittel“: Recht der Ordnungswidrigkeiten; Reduktion des Beurteilungsspielraums auf Null

Schließlich: Selbst wenn man dies alles bestreiten wollte, gäbe es ein milderes und mindestens gleich geeignetes Mittel, die gesetzlichen Zwecke zu erreichen. Gewiss kann der Gesetzgeber für Handlungen, die bei keinem ihrer Akteure einen Unwertgehalt aufweisen, die Zuständigkeit zur Vornahme gleichwohl – etwa aus Ordnungserwägungen – verschiedenen Akteuren zuweisen und die Missachtung der Zuständigkeiten mit einer Sanktion belegen. Ob Sanktionen als Strafe, Geldbuße oder in anderer Form auszugestalten seien, obliegt grundsätzlich allein der Beurteilung des Gesetzgebers. Wählt er allerdings die Strafsanktion, so muss diese den dargelegten Kriterien ihrer Legitimität genügen.

Für Handlungen wie die, für deren Vornahme die Bf. verurteilt wurde, genügt der zugrundeliegende § 219a StGB jedoch keinem einzigen dieser Kriterien. Daher durften solche Handlungen nicht mehr dessen Sanktionsnorm unterstellt werden. Der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers war insofern auf Null reduziert. Er durfte allenfalls eine Sanktion aus dem Recht der Ordnungswidrigkeiten wählen. Für Handlungen ohne jeden Unwertgehalt, die allein aus ordnungspolitischen Erwägungen unterschiedlichen Akteuren zugewiesen werden, ist das im übrigen nicht überraschend, sondern selbstverständlich. Für politische Kompromissgründe gilt das erst recht.

Die Reduktion des legislativen Spielraums für die Beurteilung der Sanktionsfrage ergibt sich auch aus Art. 3 Abs. 1 GG. Pönalisiert der Gesetzgeber bestimmte Handlungen nur für Akteure einer bestimmten Gruppe, während in Form, Vollzug und Wirkung gleiche Handlungen Mitgliedern anderer Gruppen erlaubt sind, so berührt dies den allgemeinen Gleichheitssatz. Die Bf. verkennt nicht, dass sich aus diesem sehr unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe ergeben können und somit „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen [sc. solcher Regelungen], die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen“ (BVerfGE 121, 317, 369).

Die Unterschiede in den Regelungen zur Berufsausübung, die § 219a Abs. 1 und 4 StGB normieren, sind jedoch nicht nur im Hinblick auf die Handlung (verboten vs. erlaubt), sondern vor allem wegen der mit dem Verbot assoziierten Kriminalstrafe gravierend. Unterliegt der Gesetzgeber „bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen“ schon grundsätzlich „einer strengen Bindung“ (BVerfGE 121, 317, 369), so gilt dies im Hinblick

auf die ungleiche Androhung einer Strafsanktion in besonderem Maß. Der hierfür geltende Prüfungsmaßstab ist daher jedenfalls strenger als ein bloßes Willkürverbot. Wie oben dargelegt, gibt es für die Ungleichbehandlung von Ärztinnen und Ärzten gegenüber den Mitarbeitern der in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten Stellen schon im Hinblick auf das verbotene bzw. erlaubte Verhalten keinen vernünftigen Grund. Im Hinblick auf die Strafsanktion und das ihr inhärente Unwerturteil gilt das *a fortiori*. Ihre Androhung war somit von Art. 3 Abs. 1 GG untersagt. Das schließt ihre Erforderlichkeit aus.

e) Ergebnis: keine Erforderlichkeit der Strafdrohung

Die verbliebene Strafdrohung des § 219a Abs. 1 StGB ist zur Förderung seiner Schutzziele, die im Zusammenspiel von Abs. 1 und Abs. 4 zu bestimmen sind, nicht erforderlich. Auch deswegen verletzen die darauf gestützten Strafurteile die Bf. in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG.

5. Angemessenheit der Strafdrohung gegen Auskünfte über das „Wie“ von Schwangerschaftsabbrüchen?

Wollte man den bisher entwickelten Argumenten gegen Geeignetheit und Erforderlichkeit der Strafdrohung des § 219a Abs. 1 StGB gleichwohl nicht zustimmen, so wäre jedenfalls die Angemessenheit dieser Strafdrohung, ihre Verhältnismäßigkeit „im engeren Sinn“, zu verneinen.

a) Gegenstand der Abwägung

Zur genauen Bestimmung der Rechtsgüter für die hierfür erforderliche Abwägung ist zunächst an die obigen Überlegungen zu den Schutzzwecken des § 219a StGB zu erinnern (D. II. 1.). In diese Abwägung abstrakt „das ungeborene Leben“ einzustellen und ihm die Berufs- und die Meinungsfreiheit der Ärzte entgegenzusetzen, ist verfehlt.⁴⁴

Das nachgerade Befremdliche der Vorstellung, es könne zwischen dem Recht auf Leben und der Berufsausübungs- oder der Meinungsfreiheit auch

44 So aber Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Gutachten „Zur Verfassungsmäßigkeit der Neufassung von § 219a StGB“ (2019), WD 3 - 3000 - 043/19, S. 10 f.; ebenso Fraktion der CDU/CSU im Gesetzgebungsverfahren (s. BT-Drs. 19/7965, S. 9).

nur eine ernsthafte Abwägung geben, zeigt das grundsätzlich Irrige dieser Auffassung. Eine Abwägung zwischen Lebensrecht und Freiheit der Berufsausübung wäre entschieden, bevor sie stattgefunden hätte. Abgewogen werden im Rahmen der Angemessenheitsprüfung für *Handlungsverbote* jedoch nicht abstrakte Rechtsgüter, sondern die *rechtlich geschützten Interessen* am Unterbleiben der untersagten Handlungen einerseits und an ihrem Stattfinden andererseits. Das Interesse an ihrem Unterbleiben erhält seine inhaltliche Bestimmung aber ebenfalls nicht durch den abstrakten Verweis auf ein Rechtsgut, sondern durch die konkrete Klärung *des Risikos*, das die verbotenen Handlungen für dieses Rechtsgut typischerweise zu schaffen geeignet sind.

- aa) Abzuwägendes Schutzgut: nicht „ungeborenes Leben“, sondern (typisierbares) Risiko für dieses Leben durch Auskünfte aus formell unzuständiger Quelle

Diese Klärung ist oben (D. II. 1.) bei der Präzisierung der legitimen Schutzziele des § 219a StGB dargelegt worden; darauf wird hier verwiesen. Was sie verdeutlicht, ist dies: Derjenige Typus unter den Tathandlungen des § 219a Abs. 1 StGB, dem die abgeurteilten Handlungen der Bf. unterfallen – öffentliche Kundgabe sachlicher und zutreffender Informationen über das „Wie“ gesetzesgemäßer Schwangerschaftsabbrüche – kann lediglich eine höchst abstrakte, zweifach mittelbare, schon gedanklich kaum fassbare und allenfalls minimale Gefährdung für das Rechtsgut des ungeborenen Lebens bedeuten.

Der Gesetzgeber selbst bekräftigt dies mit der jüngsten Reform des Paragraphen unmissverständlich. Ihr ausdrücklich erklärtes Ziel ist es, „*dass möglichst viele Frauen [diese] Informationen erhalten*“.⁴⁵ Gleichwohl ist deren Verbreitung durch Ärztinnen und Ärzte nach wie vor strafbedroht. Daraus folgt, dass es nicht das öffentliche Verfügbar machen der Informationen selbst sein kann, was allenfalls zur Rechtsgutgefährdung führt; denn dieses Verfügbarsein ist gesetzliches Ziel. Vielmehr kann es nur der Umstand sein, dass die Auskünfte aus einer *hierfür* nicht erwünschten Quelle stammen, nämlich von ärztlicher Seite und nicht von den in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten Stellen.

45 BT-Drs. 19/7693, S. 10.

Dass die öffentliche Verbreitung ein und derselben Information unter „*möglichst vielen Frauen*“ einem gesetzlichen Ziel entspricht, wenn sie von Beratungsstellen stammt, dagegen strafwürdiges Unrecht sein soll, wenn sie von (zuständigen) Ärzten stammt, ist mit der Behauptung eines Unterschieds der jeweiligen Bedrohung für das Rechtsgut „ungeborenes Leben“ schlechterdings nicht verständlich zu machen. Es geht, wie oben gezeigt, allein um ordnungsrechtliche Kompetenzzuweisungen (und in Wahrheit primär um die symbolische Beglaubigung eines politischen Kompromisses). Dass sich damit schon die Strafdrohung selbst nicht legitimieren lässt, ist oben dargelegt worden.

bb) Abzuwägendes Gewicht des Eingriffs: Freiheitsbeschränkung plus Strafdrohung

Damit ist für die Angemessenheitsprüfung deren Abwägungsgegenstand im Hinblick auf den Schutz ungeborenen Lebens präzise bestimmt und in seiner Begrenzung zuletzt auf ein ordnungsrechtliches Schema der Zu- bzw. Unzuständigkeit für die fragliche Tathandlung dargetan. Hinzu kommt der weitere Schutzzweck des § 219a Abs. 1 StGB: Verhinderung einer moralischen Korruption des öffentlichen „Diskursklimas“ (D. II. 1. b] und D. III. 2. b]). Ihnen gegenüber steht, wie ebenfalls bereits gezeigt, nicht etwa nur eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit bzw. der Meinungsfreiheit, sondern diese Beschränkung *zusammen* mit der ihr beigegebenen Strafdrohung und insbesondere der damit verbundenen sozialethischen Missbilligung.

b) Ergebnis der Abwägung

Die Abwägung liefert ein eindeutiges Ergebnis. Es ist nicht ersichtlich, dass die als solche gesetzlich gewollten öffentlichen Auskünfte über das „Wie“ von Schwangerschaftsabbrüchen das ungeborene Leben in irgendeinem fassbaren Sinn stärker gefährden könnten, wenn sie von fachlich kompetenten Ärztinnen und Ärzten stammen, als wenn sie von den in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten Stellen angeboten werden. Das Gleiche gilt für den Schutzzweck „Diskursklima“ bzw. Verhinderung der Trivialisierung und Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen.

Diesem Ergebnis entspricht im übrigen durchaus der öfter zitierte Satz des Bundesverfassungsgerichts:

„Wenn die Rechtsordnung Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzte eröffnet, muss es dem Arzt auch ohne negative Folgen für ihn möglich sein, darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können.“

BVerfG, Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 24. Mai 2006 – 1 BvR 1060/02, 1139/03, Rdn. 36 = BVerfGK 8, 107

Zwar ging es dabei nicht um § 219a StGB (weswegen dieser unerwähnt bleibt), sondern um einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch. Implizit besagt der zitierte Satz in seiner Allgemeinheit aber Wesentliches auch zu § 219a StGB.

In dem zugrundeliegenden Fall ging es um die gleiche Konstellation wie im Fall der Bf. Der betroffene Arzt hatte im Internet seine Bereitschaft zu gesetzmäßigen Schwangerschaftsabbrüchen, wie das vorhergehende Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart ausführt, durch „*einen etwa verbotenen Hinweis (§ 219a StGB)*“ dargelegt, worum es im streitgegenständlichen Fall jedoch nicht gehe.⁴⁶ Auf diesen Satz des Oberlandesgerichts bezieht sich die Bemerkung im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, der klagende Arzt habe „*seine Bereitschaft zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen [...] öffentlich erkennen lassen*“. Und *unmittelbar hierauf* folgt der oben zitierte Satz („*muss es [...] möglich sein*“). Dass er für § 219a Abs. 1 StGB keine Bedeutung habe, ist nicht anzunehmen.

Soweit die Strafdrohung des § 219a Abs. 1 StGB auch die Bereitstellung der genannten Auskünfte durch Ärztinnen und Ärzte erfasst, genügt sie daher nicht dem Gebot der Angemessenheit und somit der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen. Auch insofern ist sie verfassungswidrig.

c) Unangemessenheit des § 219a Abs. 1 StGB auch wegen Verstoßes gegen Grundrechte Dritter (schwangerer Frauen)

Gegen das Gebot ihrer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn verstößt die oben genannte Strafdrohung auch deshalb, weil sie die Grundrechte Dritter, nämlich schwangerer Frauen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an

46 OLG Stuttgart, Urt. v. 18. September 2002 – 4 U 54/02.

den pönalisierten Auskünften haben, unangemessen einschränkt. Frauen, die durch ihre Schwangerschaft in einen ernsthaften Konflikt geraten, haben ein Recht auf die verfassungsadäquate rechtliche Behandlung dieses Konflikts. Dieses Recht gründet sowohl in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG) als auch in ihrem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Hinzu kommt der Schutz ihrer Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), deren sie zur angemessenen, auch die Belange des Ungeborenen berücksichtigenden Klärung ihres Konflikts bedürfen.⁴⁷

aa) Berücksichtigung der Grundrechte schwangerer Frauen als Teil des Prüfungsmaßstabs für Eingriffe in die ärztliche Berufsfreiheit

Nur Gesetze, die formell wie materiell verfassungsgemäß sind, können Grundrechte legitim einschränken. Ob und ggf. in welchem Umfang für die Rüge einer Grundrechtsverletzung durch Gesetz auch die Verletzung von Grundrechten Dritter Prüfungsmaßstab sein kann, erscheint noch nicht vollständig geklärt (zur einschlägigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts *Brosius-Gersdorf* Gutachten (S. 24)). Die jüngste Judikatur des Bundesverfassungsgerichts hat den Bezug auf verletzte Grundrechte Dritter jedoch für solche Fälle bejaht, in denen die fragliche Norm neben ihrem direkten Adressaten „*zwingend zugleich die Rechtsstellung Dritter berührt (funktionale Verschränkung)*“ (*Brosius-Gersdorf* a. O., S. 24).

(a) Damit wird der unmittelbare Normadressat selbstverständlich nicht zum Träger der Grundrechte Dritter. Doch darf ihm „*nichts aufgegeben werden, was Grundrechte Dritter verletzt*“ (BVerfG, NJW 2020, 314, 324).⁴⁸ Ein Normbefehl, der mit den „*funktional verschränkten*“ Grundrechten Dritter unvereinbar ist, „*verstößt [...] gegen objektives Verfassungsrecht und ist infolgedessen auch gegenüber dem unmittelbaren Normadressaten nichtig*“.⁴⁹ Dass sich Verfassungsbeschwerden zu verkappten Popularbeschwerden ausweiten könnten, wird durch das Erfordernis der engen funktionalen Verschränkung der betroffenen Grundrechte ausgeschlossen.

47 Die folgenden Ausführungen stützen sich v. a. auf die umfassende, mit zahlreichen Nachweisen versehene Analyse von *Brosius-Gersdorf* Gutachten, S. 22 ff.

48 BVerfG, Beschl. v. 6. November 2019 – 1 BvR 276/17 („Recht auf Vergessen II“), Rdn. 107 = NJW 2020, 314.

49 BVerfG, Urt. v. 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 u. a. („§ 217 StGB“), Rdn. 331 = JZ 2020, 627.

(b) Im Hinblick auf öffentliche Informationen zum „Wie“ eines Schwangerschaftsabbruchs durch Ärztinnen und Ärzte sind deren rechtliche Positionen mit denen der Adressatinnen ihrer Auskünfte, der schwangeren Frauen, im Sinn des Postulats des Bundesverfassungsgerichts untrennbar funktional verknüpft.

„Kehrseite des nach § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB strafbewehrten Verbots für Ärztinnen und Ärzte, über das ‚Wie‘ und insbesondere die Methoden von ihnen durchgeführter Schwangerschaftsabbrüche zu informieren, ist ein entsprechendes Informationsverbot für schwangere Frauen.“
(Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 25)

bb) Unverhältnismäßige Einschränkung der Grundrechte Schwangerer durch § 219a Abs. 1 und 4 StGB

(a) Für Fälle ggf. gerechtfertigter Abbrüche (§ 218a Abs. 2 u. 3 StGB) schränkt das Verbot öffentlicher erläuternder Hinweise von Ärztinnen und Ärzten nach § 219a Abs. 1 u. 4 StGB die Grundrechte schwangerer Frauen unverhältnismäßig ein. In diesen Fällen tritt, wie oben dargelegt (D. II 1 b] aa] und bb]), der Schutz des Ungeborenen kraft Gesetzes hinter die Rechte der betroffenen Frauen zurück. Diesen gegenüber hat der Gesetzgeber verfassungsrechtliche Schutzpflichten aus Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde), Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) sowie aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (körperliche Unversehrtheit).⁵⁰ Diese Schutzpflichten sind von herausgehobener Bedeutung. Denn sie richten sich auf Gefahren für Gesundheit oder Leben in existenziellen Notlagen, die für die betroffenen Frauen nach der Wertung des Gesetzes (§ 218a Abs. 2 StGB) unzumutbar sind (D. II. 1 b) aa] und bb]).

(b) Daher darf der Gesetzgeber den Zugang zu den für betroffene Frauen entscheidungsrelevanten ärztlichen Informationen nicht behindern. Zu diesen gehören insbesondere auch Auskünfte über die verfügbaren Abbruchmethoden, deren Risiken und erforderliche Nachbehandlungen. Nichts davon erscheint auf der Namenslisten-Internetseite der BÄK; erst über einen weiteren Link von dort zur Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BzGA) wird einiges davon verfügbar. Webseiten von Ärztinnen und Ärzten, die solche Informationen bereitstellen, sind „allgemein

50 Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 31.

zugängliche Quellen“. Der Zugang zu ihnen ist daher von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.⁵¹

(c) § 219a Abs. 4 StGB erlaubt Ärztinnen und Ärzten öffentliche Informationen nur zu ihrer Bereitschaft für das „Ob“ (Abs. 4 Nr. 1), nicht dagegen zum „Wie“ von Schwangerschaftsabbrüchen (Abs. 4 Nr. 2), und zwar unbeschadet der Frage, ob diese Abbrüche gerechtfertigt oder nach § 218a Abs. 1 StGB lediglich tatbestandslos wären. Eine solche Erschwernis des Informationszugangs für schwangere Frauen, denen der Umweg über die Webseiten der BÄK bzw. der BzGA nicht selten unbekannt, der Weg zu denen ihrer Gynäkologinnen und Gynäkologen dagegen geläufig ist, bedeutet eine unverhältnismäßige Einschränkung ihrer grundrechtlichen Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Darüber hinaus verletzt der Gesetzgeber mit dieser Einschränkung auch seine Schutzpflichten für die betroffenen Frauen aus den oben genannten Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG.

(d) Für den Schutz der Informationsfreiheit gilt aber auch in Fällen, in denen ggf. nur ein tatbestandsloser Abbruch in Frage käme, nichts anderes (eingehend dazu *Brosius-Gersdorf* Gutachten, S. 39 ff., mit dem berechtigten Hinweis, dass Informationen zum „Wie“ eines Abbruchs die Entscheidung über dessen „Ob“ nicht beeinflussen, sondern nur *für den Fall eines Abbruchs* notwendige Aufklärungen liefern). Zwar kann eine Schutzpflichtverletzung des Gesetzgebers im Hinblick auf Art. 1 und 2 GG in solchen Fällen nicht angenommen werden. Doch auch für sie hat der Gesetzgeber eine möglichst umfassende und unbehinderte Information betroffener Frauen zum Gesetzeszweck des neuen § 219a Abs. 4 StGB erklärt (BT-Drs. 19/7693, S. 10; D. II. 4. b]). Die Möglichkeit dieser unbehinderten Information wird damit zugleich zum Inhalt des Grundrechts der Schwangeren auf freie Information aus allgemein zugänglichen Quellen (wie ärztlichen Webseiten).

(e) Insofern ist die zweckwidrige Begrenzung des Informationszugangs, für die es auch im übrigen keine überzeugenden Gründe gibt (D. II. 4. b] aa] bis dd]), ebenfalls ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht Schwangerer aus Art. 5 Abs. 1 GG. Bekräftigt wird dieses Ergebnis durch vielfältige sachliche Mängel der offiziellen Quellen, auf die Ärztinnen und Ärzte nach § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB (lediglich) verweisen dürfen und mit deren Unzulänglichkeit sich abzufinden schwangere Frauen daher genötigt

51 *Brosius-Gersdorf* Gutachten, S. 31 f., m. zahlr. N.

werden (s. dazu bereits oben D. II. 3. c] bb] und cc] sowie eingehend *Brosius-Gersdorf* Gutachten, S. 36 ff.).

cc) Ergebnis dieser Überlegungen für den Eingriff in das Grundrecht der Bf. aus Art. 12 Abs. 1 GG

Das Recht der Bf. auf Ausübung ihrer Berufsfreiheit – auch in Form sachgerechter öffentlicher Informationen über gesetzesgemäße Schwangerschaftsabbrüche, die zu ihren ärztlichen Leistungen gehören – ist mit dem Grundrecht ihrer (potentiellen) Patientinnen auf Freiheit der Information über solche Abbrüche funktional untrennbar verschränkt. Die unverhältnismäßigen Eingriffe in diese Informationsfreiheit, die für schwangere Frauen mit dem Verbot entsprechender Auskünfte auf der Internetseite der Bf. als dessen Kehrseite verbunden sind, verletzen daher zugleich das Grundrecht der Bf. aus Art. 12 Abs. 1 GG, das ein Recht auf sachliche öffentliche Informationen über diesen Bereich ihrer ärztlichen Tätigkeit grundsätzlich umfasst.

6. Verstoß des § 219a Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 2 StGB gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Folgerichtigkeit gesetzlicher Regelungen

§ 219a Abs. 4 StGB hat, wie dargelegt, nicht nur den Tatbestand des Absatzes 1 eingeschränkt, sondern den Schutzzwecken der Norm einen weiteren hinzugefügt: den einer möglichst umfassenden und hindernisfreien Information Schwangerer über medizinische Möglichkeiten und Umstände eines ggf. erwogenen Abbruchs. Diese Erweiterung der Normzwecke ist allerdings in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB gewissermaßen halbiert worden: Ärztinnen und Ärzten soll weiterhin bei Strafe verboten bleiben, was von den in Nr. 2 genannten Stellen erwartet und zum Teil gesetzlich verlangt wird (§ 13 Abs. 3 und 13a SchKG). Diese Halbierung des Schutzzieles „Informationsverbesserung“ führt in der Anwendung des § 219a Abs. 1 StGB zu gravierenden Inkonsistenzen. Sie widersprechen dem verfassungsrechtlichen Gebot einer wenigstens prinzipiellen Folgerichtigkeit der normativen Wertungen, die rechtlichen Regelungen eines einheitlichen Lebenszusammenhangs zu grunde liegen (grdl. BVerfGE 121, 317, insbes. 362 ff.). Der Konsistenzdefekt des von Absatz 4 in seinem Anwendungsbereich veränderten § 219a Abs. 1 StGB manifestiert sich auch in der strafgerichtlichen Verurteilung der Bf. Auch deshalb wird sie durch diese Verurteilung in ihrem Grundrecht aus

Art. 12 Abs. 1 GG sowie außerdem in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

Keiner Erörterung bedarf hier die verfassungsdogmatische Frage, ob das Gebot der Folgerichtigkeit allein dem Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG – dessen Verletzung vorsorglich ebenfalls gerügt wird – oder als Schranken-Schranke für jeden Grundrechtseingriff den allgemeinen Grundrechtslehren zugehört oder aber als (weiteres) Abwägungskriterium der Prüfung der Angemessenheit rechtlicher Regelungen zuzurechnen ist. Genauer bestimmt werden muss jedoch sein Inhalt, soweit er für das gegenwärtige Beschwerdeverfahren bedeutsam ist.

a) Zur Bedeutung des Gebots der Folgerichtigkeit im vorliegenden Verfahren

Die Bf. bestreitet nicht, dass es den Charakter politischer Kompromisse ausmacht, über wechselseitige Konzessionen der Parteien des politischen Streits Elemente des Kompromisses auch den daraus entstehenden Gesetzen einzuschreiben und damit deren sachliche wie normative Kohärenz mit gewissen Verspannungen zu belasten. Bis zu welcher Grenze solche Kohärenzmängel zum legislativen Beurteilungsspielraum gehören und insofern keiner verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen, bedarf hier keiner genaueren Erörterung. Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe entwickelt. Unzulässig sind nach ständiger Rechtsprechung jedenfalls solche Widersprüche im Wertungsfundament einer gesetzlichen Regelung, die objektiv willkürlich erscheinen und für die sich „*ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung [...] nicht finden lässt*“ (BVerfGE 110, 412, 432 f.).

Nach den obigen Darlegungen (D. II. 4. c aa], bb] und d] bb]) spricht manches dafür, dass die fortbestehende Strafdrohung des § 219a Abs. 1 StGB gegen Ärztinnen und Ärzte für ein Informationsverhalten, das anderen Personengruppen erlaubt, ja teilweise geboten ist, schon dieser Willkürformel des Bundesverfassungsgerichts verfällt.

Doch kann das hier offenbleiben. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt dem Gebot der Folgerichtigkeit weitere Kriterien, die differenzierende Maßgaben für die Rechtfertigung gesetzlicher Grundrechtseingriffe von deren Intensität und Belastungswirkung abhängig machen. Danach ist der allgemeine Gleichheitssatz

„vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“

BVerfGE 55, 72, 88; seither st. Rspr., vgl. etwa E 92, 53 f.; E 96, 315, 325; E 103, 271, 289

Eben dies ist für den Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, wie oben ausführlich dargelegt, der Fall (s. noch einmal D. II. 4. c aa], bb] und d] bb]). Es ist kein vernünftiger Sachgrund für die Unterscheidung erkennbar, die § 219a Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 2 StGB zwischen Ärztinnen und Ärzten einerseits und Beratungsstellen (etc.) andererseits vornimmt, um davon Erlaubnis bzw. Verbot bestimmter Informationen abhängig zu machen, die inhaltlich wie in den Folgen für ihre Adressaten vollkommen gleich sind. Diese offen wertungswidersprüchliche Regelung wird für die von ihr negativ betroffene Gruppe der Ärztinnen und Ärzte zum gravierenden Eingriff durch die damit verbundene Strafdrohung und das mit dieser assoziierte sozialethische Unwerturteil. Deshalb verletzt die hierauf beruhende Verurteilung die Bf. in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG und somit auch (erneut) in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

b) Zur Illustration der Verletzung des Konsistenzgebots im Fall des § 219a Abs. 1 und 4 StGB

Übernimmt eine Ärztin auf ihrer Homepage nach der Angabe ihrer Bereitschaft zum „Ob“ gesetzmäßiger Schwangerschaftsabbrüche die Ausführungen zu deren „Wie“ wörtlich und ohne entsprechende Quellenangabe der Internetseite einer der in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten Stellen, so macht sie sich strafbar. Eben dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Das haben die Regierungsparteien im Prozess der Gesetzgebung bekräftigt. Die Fraktion der CDU/CSU

„stellte klar, dass die Formulierung ‚hinweisen‘ in der Entwurfssfassung zu § 219a Absatz 4 Nr. 2 StGB so zu verstehen sei, dass allein die Setzung eines Links zu der Information über Schwangerschaftsabbruchsmethoden auf der Homepage der Ärztekammer oder das Kopieren der Information unter Angabe der Quelle straffrei bleiben solle. Nicht erfasst von der Ausnahme

in Absatz 4 Nr. 2 wäre, wenn sich die Ärztin oder der Arzt diese Information auf der eigenen Homepage zu eigen mache.⁵²

Mit anderen Worten: Der Unterschied zwischen läblichem Handeln im Sinne eines Gesetzeszwecks und kriminellem Verhalten unter dem Stigma sozialethischen Unwerts gründet *ausschließlich* in dem Umstand, dass die Quelle einer bestimmten (an sich erwünschten) Information einmal genannt, das andere Mal nicht genannt wird. Ein markanteres Beispiel dafür, dass „sich für [eine] Differenzierung keine vernünftigen Erwägungen finden lassen“ (BVerfGE 55, 72, 88), ist schwer denkbar. Daher muss diese Differenzierung dem Verdikt ihres offensichtlichen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfallen. Sie betrifft auch den Fall der Bf., die auf ihrer Homepage zwar keine Kopie anderweitig bezogener Informationen verwendet, aber genau die entsprechenden (als solche gesetzlich erwünschten) Sachauskünfte in eigenen Worten gegeben hat.

Zahlreiche weitere und ähnlich offensichtliche Wertungsfiktionen in § 219a Abs. 1 und 4 StGB wären zu nennen (eindringlich Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 44 ff.). Sie mögen hier dahinstehen, da sie überwiegend Fallkonstellationen betreffen, deren sachliche Parallelen zum Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens weniger offensichtlich sind als die oben dargelegte. Sie alle zeigen aber, dass dem Gesetzgeber über seinem Kompromissanliegen das Gebot der wenigstens grundsätzlichen Wertungskonsistenz seiner Regelung aus dem Blick geraten oder nicht maßgeblich gewesen ist.

Ein weiterer eklatanter Bruch dieser Wertungen sei jedoch abschließend erwähnt. Er verdeutlicht, wiewohl eine andere Konstellation als die der Bf. betreffend, die vorgetragene Kritik noch einmal schlagend. Eine Ärztin A, die auf ihrer Homepage ihre Bereitschaft zum „Ob“ eines Schwangerschaftsabbruchs anzeigt, dabei jedoch den Hinweis unterlässt, es gehe nur um gesetzesgemäße Abbrüche gem. § 218a Abs. 1 bis Abs. 3 StGB, da sie diese Angabe für selbstverständlich und deshalb entbehrlich hält, ist strafbar (vgl. § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB). Eine andere Ärztin B, die genau die gleiche Ankündigung (ohne Erwähnung des § 218a StGB) auf ihre Internetseite stellt und außerdem einen Link zu einer Ärztekammer i. S. d. Abs. 4 Nr. 2 befügt, ist straflos. Denn die tatbestandsausschließende Wirkung des Abs. 4 hängt von der *alternativen* Verwendung entweder der Nr. 1 (zum „Ob“)

52 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz v. 20. Februar 2019 (BT-Drs. 19/7965, S. 9); ebda. Zustimmung kompromisshalber seitens der SPD-Fraktion.

oder der Nr. 2 (zum „Wie“) ab, nicht von deren kumulativer Präsenz auf der Internetseite. Es ist aber nicht zu sehen, wie die Ärztin B unseres Beispiels, die genau denselben angeblich strafwürdigen Unwert verwirklicht wie ihre Kollegin A – Angabe zum „Ob“ ohne Erwähnung des § 218a StGB – allein durch ein solches *Mehr* an Informationen über Schwangerschaftsabbrüche das von ihr (angeblich) bereits verwirklichte und strafbare Unrecht sollte aufheben können.

c) Ergebnis

§ 219a Abs. 1 und 4 Nr. 2 StGB verstößt gegen das Gebot einer zumindest prinzipiellen Folgerichtigkeit der Wertungen, die der gesetzlichen Regelung eines einheitlichen Lebenszusammenhangs zugrunde liegen, in besonders eklatanter Weise. Die Bf. ist hiervon unmittelbar negativ betroffen. Ihre strafgerichtliche Verurteilung, die auf dieser Wertungsfiktion des Gesetzes beruht, verletzt daher ihre Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG.

III. Keine verfassungskonforme Auslegung möglich

Den Anwendungsbereich des § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB durch eine verfassungskonforme Auslegung der Norm zu erweitern, ist nicht möglich. Auf diesem Wege kann daher die Anordnung der „Nichtgeltung“ des Absatzes 1 durch Absatz 4 nicht auch auf solche sachlichen Informationen von Ärztinnen und Ärzten erstreckt werden, die sich auf das „Wie“ der von ihnen praktizierten Methoden des Schwangerschaftsabbruchs beziehen. Schon der Wortlaut der Norm, der die Grenze jeder verfassungskonformen Auslegung fixiert, lässt dies nicht zu.

„Das Gebot verfassungskonformer Auslegung legitimiert nicht dazu, Wortlaut und Sinn des Gesetzes beiseite zu schieben oder zu verändern (vgl. BVerfGE 8, 28 [34]; 72, 278 [295]).“

BVerfGE 88, 203, 333

§ 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB schließt die Geltung des Absatzes 1 und damit die Strafdrohung gegen Ärztinnen und Ärzte nur insofern aus, als diese „auf Informationen einer insoweit zuständigen [Stelle] hinweisen“. Dass der Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB solche *eigenen* Informationen seitens

der Ärzte erfasst, ist unstrittig.⁵³ Zu dieser Regel der Strafbarkeit statuiert Absatz 4 Nr. 2 eine Ausnahme. Nach allgemeinen methodischen Grundsätzen dürfen Ausnahmen nicht über ihre Wortlautgrenzen hinaus erweitert werden. Eine Norm, deren Wortlaut lediglich die Erlaubnis feststellt, auf Informationen Dritter hinzuweisen, schließt keine Erlaubnis ein, entsprechende Informationen auch als eigene anzubieten. Ein anderer Sinn lässt sich der unzweideutigen Formulierung des Gesetzes nicht entnehmen.

Die Entstehungsgeschichte des § 219a Abs. 4 StGB bekräftigt dieses Auslegungsergebnis deutlich. Zwar war im Prozess der Gesetzgebung gefordert worden, neben Auskünften zum „Ob“ von Schwangerschaftsabbrüchen auch solche zu deren „Wie“ in den neuen Absatz 4 aufzunehmen und damit straffrei zu stellen. Doch wurde diese politische Forderung der Oppositionsparteien FDP, Die Grünen und Die Linke von der Regierungskoalition ausdrücklich zurückgewiesen. Die Fraktion der CDU/CSU legte daher im Rechtsausschuss Wert auf die protokolierte Feststellung, dass es

„[n]icht erfasst von der Ausnahme in Absatz 4 Nr. 2 wäre, wenn sich die Ärztin oder der Arzt diese Information [sc., offizieller Stellen, auf die sie oder er etwa per Verlinkung verweisen darf] auf der eigenen Homepage zu eigen mache.“

BT-Drs. 19/7965, S. 9

Damit ist jeder Möglichkeit der Boden entzogen, § 219a Abs. 1 i. V. m. Absatz 4 Nr. 2 StGB das Odium der Verfassungswidrigkeit dadurch zu nehmen, dass die Ausnahmeverordnung der Nr. 2 über ihre Wortlautgrenzen hinaus und gegen den unmissverständlichen Willen des Gesetzgebers erweitert wird.⁵⁴

E. Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG

Die Verfassungsbeschwerde ist zudem begründet, weil die angefochtenen Entscheidungen die Bf. in ihrem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG verletzen.

53 Vgl. Begründung des Entwurfs zu der 1974 Gesetz gewordenen heutigen Fassung des Absatzes 1 (BT-Drs. 7/1981 [neu], S. 17 f.).

54 Ebenso und mit weiteren Hinweisen Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 55 ff.

I. Eingriff in den Schutzbereich

Die Verurteilung der Bf. auf der Grundlage des § 219a Abs. 1 StGB greift in den Schutzbereich ihres Grundrechts auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG ein. Zu dessen Schutzbereich gehören neben Meinungsäußerungen im engeren Sinn auch dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptungen, sofern sie „Voraussetzung der Bildung von Meinungen“ sein können (st. Rspr.; BVerfGE 61, 1, 9). Das trifft für Äußerungen von Ärztinnen oder Ärzten zu Fragen des „Ob“ wie zu solchen des „Wie“ eines Schwangerschaftsabbruchs zu. Sie tragen einerseits dazu bei, dass schwangere Frauen im Fall eines inneren Konflikts wegen der Schwangerschaft die Wahl ihrer ärztlichen Bezugspersonen aus wohlerwogenen Gründen treffen können. Andererseits haben solche Äußerungen eine meinungsprägende Funktion für eines der schwierigsten, seit eh und je meistumstrittenen Probleme der moralischen Selbstverständigung unserer Gesellschaft.⁵⁵

Mit dem strafbewehrten Verbot öffentlicher Auskünfte von Ärztinnen und Ärzten zum „Wie“ eines Schwangerschaftsabbruchs greift § 219a Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 StGB in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit dieser Personen ein.

II. Keine Rechtfertigung

Art. 5 Abs. 1 GG steht unter dem Vorbehalt seiner Beschränkung durch allgemeine Gesetze. Zu diesen dürfte auch § 219a Abs. 1 StGB gehören, da er sich nicht spezifisch gegen die Meinungsfreiheit richtet, sondern Schutzzwecke verfolgt, die nicht im direkten Zusammenhang mit ihr stehen.

Doch scheitert die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs an seinen oben (unter D. II. 4. und 5.) ausführlich dargelegten vielfältigen Verstößen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, soweit diese Verstöße auch für die Frage einer Beschränkung der Meinungsfreiheit relevant sind. Das ist in allen wesentlichen Aspekten der Fall. Vernünftige Gründe für die Verhältnismäßigkeit der Strafdrohung des § 219a Abs. i. V. m. Abs. 4 Nr. 2 StGB aus nicht unmittelbar meinungsbezogenen Erwägungen lassen sich, wie gezeigt, nicht darlegen. Dann ist aber mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 GG „in

55 Vgl. Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 50 f.

einer freiheitlichen Demokratie die Verbreitung wahrer Tatsachen grundsätzlich hinzunehmen“⁵⁶

Für strikt sachorientierte, wahrheitsgemäße Auskünfte über Schwangerschaftsabbrüche muss dies umso mehr gelten, als unsachliche, wahrheitswidrige, ideologisch suggestive, in Teilen sogar verhetzende Behauptungen zu diesem schwierigen Thema in großer Zahl im Internet zu finden sind. Zu diesem tatsächlich beklagenswert verwahrlosten Netzdiskurs bilden sachliche, zutreffende und aufklärende ärztliche Informationen ein begrüßenswertes „kommunikatives Gegengewicht“⁵⁷, und zwar im Sinne sowohl der schwangeren Frauen als auch des ungeborenen Lebens als auch schließlich der zivilisierten Verkehrsformen der Gesellschaft.

III. Ergebnis

§ 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 2 StGB verstößt gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit. Die darauf beruhenden strafgerichtlichen Verurteilungen der Bf. verletzen daher ihr Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG.

F. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Nach dem bisher Gesagten ist bereits von der Verfassungswidrigkeit von § 219a StGB auszugehen. Auf seine Vereinbarkeit mit Unionsrecht kommt es daher nicht mehr entscheidend an. Das Revisionsgericht hat indes durch die unterbliebene Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV das Verfahrensgrundrecht der Bf. auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt.

I. Verfassungsrechtlicher Maßstab

1. Europäischer Gerichtshof als gesetzlicher Richter

Der Europäische Gerichtshof ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gesetzlicher Richter im Sinne von Art. 101 Abs.

56 Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 52.

57 Brosius-Gersdorf Gutachten, S. 52.

1 Satz 2 GG, soweit die innerstaatlichen Gerichte auch von Verfassungs wegen gehalten sind, ihn im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV anzurufen.⁵⁸ Andernfalls kann dem Rechtsschutzsuchenden der gesetzliche Richter entzogen sein.

Die Voraussetzungen der Vorlagepflicht ergeben sich zunächst aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Danach muss ein letztinstanzliches Gericht eines Mitgliedstaats die Sache vorlegen, wenn sich in einem laufenden Verfahren eine Frage des Unionsrechts stellt, es sei denn die Frage ist nicht entscheidungserheblich oder bereits Gegenstand einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs gewesen oder die richtige Anwendung des Unionsrechts ist derart offenkundig, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt.⁵⁹

2. Verfassungsgerichtliche Prüfdichte

Bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gilt indes ein Willkürmaßstab. Da nicht jeder Zuständigkeitsverstoß eine Verletzung des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter begründet, bedeutet nicht jede Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

„Das Bundesverfassungsgericht überprüft nur, ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist (vgl. BVerfGE 126, 286 <315 f.>; 128, 157 <187>; 129, 78 <106>; 135, 155 <232 Rn. 180>). Durch die zurückgenommene verfassungsrechtliche Prüfung behalten die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht einen Spielraum eigener Einschätzung und Beurteilung, der demjenigen bei der Handhabung einfach-rechtlicher Bestimmungen der deutschen Rechtsordnung entspricht. Das Bundesverfassungsgericht wacht allein über die Einhaltung der Grenzen dieses Spielraums (vgl. BVerfGE 126, 286 <316> m. w. N.). Ein ‚oberstes Vorlagenkontrollgericht‘ ist es nicht (vgl. BVerfGE 126, 286 <316>; 135, 155 <232 Rn. 180>).“

BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 6. Oktober 2017 – 2 BvR 987/16, Rdn. 6

58 BVerfGE 73, 339, 366; E 82, 159, 192; E 128, 157, 186 f.; E 135, 155, 230.

59 S. nur EuGH, Urt. v. 6. Oktober 1982 – Rs. 4 C-283/81 („CILFIT“), Rdn. 21.

Eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist dagegen gegeben, wenn das nationale Fachgericht⁶⁰

- seine Vorlagepflicht *grundlegend verkennt*, indem es trotz Zweifel an der richtigen unionsrechtlichen Beantwortung einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage eine Vorlage nicht in Erwägung zieht,
- von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage *bewusst abweicht* und nicht (erneut) vorlegt, oder
- bei einer in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch *nicht erschöpfend behandelten* bzw. der *Fortentwicklung der Rechtsprechung zugänglichen Rechtsfrage* seinen Beurteilungsspielraum unvertretbar überschreitet und von der Vorlage absieht.

Für das nationale Fachgericht folgen gerade in der letztgenannten Konstellation Darstellungspflichten in seiner Entscheidungsbegründung: Es muss sich erstens hinsichtlich der unionsrechtlichen Fragestellungen hinreichend kundig machen und offenkundig einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auswerten. Es muss zweitens die Gründe für seine Entscheidung über die Vorlagepflicht angeben; das gilt auch dann, wenn zu einer Rechtsfrage noch keine gefestigte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vorliegt, diese durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht erschöpfend beantwortet wurde oder die Fortentwicklung der Rechtsprechung nicht nur als entfernte Möglichkeit erscheint. Und es muss drittens darlegen, warum es gegebenenfalls zu der vertretbaren Überzeugung gelangt ist, dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig („acte claire“) oder vollständig geklärt ist („acte éclairé“). Nur dann ist es verfassungsgerichtlich nachprüfbar, ob das Fachgericht seinen Beurteilungsspielraum im Lichte von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gesehen und vertretbar gehandhabt hat.

II. Konsequenzen

Gemessen hieran war die durch das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in seinem ersten Revisionsbeschluss vom 26. Juni 2019 implizit verneinte Notwendigkeit einer Vorlagepflicht nicht mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ver-

60 Zu diesen Fallgruppen s. nur BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 6. Oktober 2017 – 2 BvR 987/16, Rdn. 7 ff.

einbar. Der Sachverhalt hatte eindeutig auch einen Bezug zum Unionsrecht und betraf Rechtsfragen der Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit, die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht abschließend geklärt worden sind (1.); gleichwohl hat das letztinstanzlich zuständige Revisionsgericht ohne nähere Begründung – aber mit Bindungswirkung für das weitere Strafverfahren – von einer Vorlage abgesehen. Das war willkürlich (2.).

1. Unionsrechtlicher Bezug

Die Frage, inwieweit eine Vorschrift wie § 219a StGB mit dem Unionsrecht vereinbar ist, ist weder in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abschließend behandelt noch liegt ihre unionsrechtliche Beantwortung auf der Hand.

Der EuGH hat bereits entschieden,

„dass der ärztliche Schwangerschaftsabbruch, der im Einklang mit dem Recht des Staates vorgenommen wird, in dem er stattfindet, eine Dienstleistung im Sinne von Art. 60 EGV [= Art. 56 AEUV] darstellt.“

EuGH, Urt. v. 4. Oktober 1991 – Rs. C-159/90 („Society for the Protection of Unborn Children Ireland“), Rdn. 21

Ebenso fallen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch das bloße – hier über das Internet grenzüberschreitend vermittelte – Anbieten einer Dienstleistung unter den Schutzbereich von Art. 56 AEUV wie auch die passive Dienstleistungsfreiheit, bei der sich der Empfänger der Leistung in das Land des Erbringers begibt.⁶¹ Inwieweit dagegen ein Mitgliedsstaat es Ärztinnen und Ärzten strafbewehrt untersagen darf, Schwangerschaftsabbrüche als ärztliche Leistungen anzubieten, hat der Europäische Gerichtshof bislang nicht entschieden. Sein Urteil in der Sache „Society for the Protection of Unborn Children Ireland“ betraf eine Studentenvereinigung, die in Irland Informationen über die Möglichkeit verbreitete, im Vereinigten Königreich legal Schwangerschaftsabbrüche vornehmen zu lassen, und über die Namen und die Adressen entsprechender Kliniken informierte. Den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten verneinte der Europäische Gerichtshof indessen, weil die Informationsvermittlung unentgeltlich erfolgte und die Studentenvereinigung nicht im Auftrag der die Dienstleistung anbietenden Kliniken im Vereinigten Königreich handelte:

61 EuGH, Urt. v. 18. Juni 2019 – Rs. C-591/17 („Pkw-Maut“), Rdn. 138.

„Die Informationen ... werden aber nicht im Auftrag eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmers verbreitet. Sie stellen vielmehr eine Inanspruchnahme der Meinungs- und Informationsfreiheit dar, die von der wirtschaftlichen Tätigkeit, die die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Kliniken ausüben, unabhängig ist.“ EuGH, Urt. v. 4. Oktober 1991 – Rs. C-159/90 („Society for the Protection of Unborn Children Ireland“), Rdn. 26

Damit lässt sich der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichen. Im Gegen- teil: Die entgeltliche Vornahme der Schwangerschaftsabbrüche, über die die Bf. über das Internet auch grenzüberschreitend informiert hat, begründet gerade ihre Strafbarkeit nach § 219a StGB.

Eine eindeutige Beantwortung liegt auch nicht mit Blick auf Art. 62 AEUV auf der Hand. Zwar gestattet es das Unionsrecht den Mitgliedstaaten, die Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zu beschränken. Auch wenn strafrechtliche Vorschriften die Wertvorstellungen in einem Mitgliedstaat widerspiegeln und dem Er- halt der öffentlichen Ordnung dienen, bedeutet die formale Qualifizierung als Strafnorm noch keine Legitimation der Beschränkung der Dienstleis- tungsfreiheit nach Art. 62 AEUV. Etwas anderes wäre ein Zirkelschluss.

„Außerdem ist der Begriff der öffentlichen Ordnung im Gemeinschafts- recht, insbesondere, wenn er eine Ausnahme von der Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen soll, eng zu verstehen, so dass seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden darf [...] Folglich ist eine Berufung auf die öffentliche Ordnung nur möglich, wenn eine tatsäch- liche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“

EuGH, Urt. v. 14. Oktober 2004 – Rs. C-36/02 („Omega“), Rdn. 30

Dass § 219a StGB aber gerade den Nachweis einer tatsächlichen und hinrei- chend schweren Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft schul- dig bleibt, ist oben im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung unter D. II. ausführlich dargelegt worden. Die Norm verbietet der Bf. als einer in Deutschland von ihrer Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machenden Ärztin – europaweit – das Anbieten einer ärztlichen Leistung, die selbst nicht strafbewehrt ist. Auch insoweit wäre daher der Europäische Gerichtshof zur Entscheidung der Frage der Vereinbarkeit von § 219a StGB mit Art. 56 AEUV berufen gewesen.

2. Willkür

Die unterbliebene Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens war willkürlich.

Der unionrechtliche Bezug wurde dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main als letztinstanzliches Gericht des Revisionsrechtszugs im Schriftsatz der Verteidigung vom 4. Mai 2019 hinlänglich und substantiell dargelegt (S. 9 ff.). Trotzdem sah es von der Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens ab, ohne die Gründe für seine Einschätzung auch nur ansatzweise zu erklären. Sie konnten auch nicht aus den vorangegangenen strafgerichtlichen Entscheidungen in der ersten oder zweiten Instanz oder der Zuleitungsschrift der Generalstaatsanwaltschaft vom 14. März 2019 abgeleitet werden, die allesamt zur unionsrechtlichen Seite des Falles schweigen. Auf dieser Basis kann das Bundesverfassungsgericht nicht auch nur ansatzweise nachprüfen, ob sich das Oberlandesgericht Frankfurt am Main zu den unionsrechtlichen Fragestellungen kundig gemacht hat und aus welchen Gründen es von einer Vorlage meinte absehen zu dürfen. Der vom Oberlandesgericht Frankfurt am Main erst im unter (2) angefochtenen Beschluss vom 22. Dezember 2020 hervorgehobene Hinweis, eine erneute Prüfung der Europarechtskonformität sei wegen der Bindungswirkung des ersten Revisionsbeschlusses „*nicht mehr angezeigt*“, ersetzt keine Begründung, warum der Revisionssenat ursprünglich nicht das Verfahren nach Art. 267 AEUV beschritten hat.

So wurde der Bf. auch ihr gesetzlicher Richter entzogen.

Der Fall Kristina Hänel:

Zur Verfassungswidrigkeit des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB
(Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft)

Rechtsgutachten im Auftrag des Instituts für Weltanschauungsrecht

Frauke Brosius-Gersdorf

A. Sachverhalt und Fragestellung

I. Genese und Inhalt des § 219a StGB

§ 219a StGB stellt die „Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft“¹ unter Strafe. Die Vorschrift geht zurück auf die zum 01.06.1933 eingeführte Vorgängernorm des § 220 RStGB.² Der Straftatbestand des § 219a Abs. 1 StGB gilt seit dem 16.06.1993³ mit folgender Fassung:

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

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

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

1 Amtliche Überschrift, s. BT-Drs. 7/1981, S. 26.

2 § 220 RStGB in der Fassung v. 01.06.1933 lautete: „Wer öffentlich seine eigenen oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung von Abtreibungen anbietet, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“, s. RGBl. I 1993, S. 295; zur Historie des § 219a StGB näher *Fischer*, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 219a Rn. 1; *Frommel*, jM 2019, 165 (167 f.); *Merkel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 1; *Hillenkamp*, Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92.

3 BGBI. 1992 I, S. 1398; zur Anwendbarkeit des § 219a StGB seit 16.06.1993 s. BVerfGE 88, 203 (209) und BGBI. 1993 I, S. 820.

Mit Wirkung zum 29.03.2019 hat der Gesetzgeber § 219a StGB um einen Absatz 4 ergänzt,⁴ der die in § 219a Abs. 2 und 3 StGB vorgesehenen Ausnahmen⁵ von dem Straftatbestand des § 219a Abs. 1 StGB um eine weitere Ausnahme bereichert.⁶ § 219a Abs. 4 StGB lautet:

„Absatz 1 gilt nicht, wenn Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen

1. auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 vornehmen, oder
2. auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch hinweisen.“

Vor der Ergänzung des § 219a StGB um den Absatz 4 war es in der strafgerichtlichen Rechtsprechung und im Strafrechtsschrifttum umstritten, ob der Straftatbestand des § 219a Abs. 1 StGB auch öffentliche sachliche (nicht grob anstößige) Informationen von Ärztinnen und Ärzten darüber erfasst(e), ob und wie sie Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, wenn ihnen hieraus ein Vermögensvorteil erwächst.⁷

Nach Ansicht des Gesetzgebers war nach § 219a StGB vor der Ergänzung um den Absatz 4 für Ärztinnen und Ärzte „schon die bloße öffentliche Information darüber strafbar, dass sie einen – nach § 218a Absatz 1 bis 3 StGB straflosen – Schwangerschaftsabbruch durchführen“.⁸ Für Frauen,

4 BGBl. 2019 I, S. 350.

5 BT-Drs. 7/1981, S. 18. Diese Ausnahmen in § 219a Abs. 2 und 3 StGB sind im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung.

6 Zu dem Ausnahmecharakter des § 219a Abs. 4 StGB s. BT-Drs. 19/7693, S. 1, 7 und 11.

7 Zum Teil wurde bzw. wird eine einschränkende Auslegung des § 219a Abs. 1 StGB vorgenommen und vertreten, dass sachliche Hinweise von Ärztinnen und Ärzten auf das „Ob“ und „Wie“ von Schwangerschaftsabbrüchen nicht von § 219a StGB erfasst sind, vgl. nur *Frommel*, ZfL 27 (2018), 17; *Gärditz*, ZfL 27 (2018), 21; *Hillenkamp*, Hessisches Ärzteblatt 2018, 92 (94); *Rahe*, JR 2018, 232 (237 f.); *Schweiger*, ZRP 2018, 98 (99 f.). Andere vernein(t)en die Möglichkeit einer einschränkenden Auslegung, vgl. KG Berlin, Urt. v. 19.11.2019 – 3 Ss 80+81/19 u. a., Rn. 25 ff. (juris); LG Bayreuth, Urt. v. 11.01.2006 – 2 Ns 118 Js 12007/04, Rn. 14 (juris); *Hoven*, ZfL 27 (2018), 30; *Walter*, ZfL 27 (2018), 26 (28 f.), bzw. hielten sie nicht für erforderlich, so LG Bayreuth, Urt. v. 11.01.2006 – 2 Ns 118 Js 12007/04, Rn. 14 (juris); LG Gießen, Urt. v. 12.10.2018 – 3 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 17 ff. (juris). Zu den Interpretationsunsicherheiten bei § 219a StGB a. F. s. auch *Fischer*, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 219a Rn. 21 ff.; *Frommel*, jM 2019, 165 (166 ff.).

8 BT-Drs. 19/7693, S. 7.

die einen straffreien Schwangerschaftsabbruch in Erwägung ziehen, konnte es daher „problematisch sein, Informationen über Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen zu erhalten, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen.“⁹ Es bestehe „ein dringender Bedarf an diesen Informationen.“¹⁰ „Frauen in Konfliktlagen müssen sie ohne Zeitverzug erhalten können.“¹¹ Die Einfügung des Absatzes 4 in § 219a StGB diente daher zum einen der Verbesserung der Information für Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch in Erwägung ziehen.¹² Zum anderen wollte der Gesetzgeber Rechtssicherheit für Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen schaffen, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen.¹³

Zu diesem Zweck sollen nach der Neufassung des § 219a StGB „Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen zukünftig auch öffentlich ohne Risiko der Strafverfolgung darüber informieren (dürfen), dass sie Schwangerschaftsabbrüche durchführen. Sie sollen darüber hinaus weitere Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch durch Hinweis – insbesondere durch Verlinkung in ihrem Internetauftritt – auf entsprechende Informationsangebote neutraler Stellen, die im Gesetz ausdrücklich benannt werden, zugänglich machen dürfen.“¹⁴

Unmittelbare Informationen „über die angewandten Schwangerschaftsabbruchmethoden auf der eigenen Homepage der Ärztinnen und Ärzte“ sind dagegen nicht von der Ausnahme des § 219a Abs. 4 StGB erfasst und deshalb weiterhin nach § 219a Abs. 1 StGB strafbar.¹⁵ Bestrebungen

9 BT-Drs. 19/7693, S. 7.

10 BT-Drs. 19/7693, S. 7.

11 BT-Drs. 19/7693, S. 7.

12 BT-Drs. 19/7693, S. 1 und 7; s. auch S. 2 und 8: Keine Beibehaltung des „defizitäre(n) Informationszugang(s) für betroffene Frauen“.

13 BT-Drs. 19/7693, S. 1 und 7.

14 BT-Drs. 19/7693, S. 1 f.; s. auch S. 7 und 11; ebenso BT-Drs. 19/7965, S. 9: „auch durch die zitierende Einfügung einer Kopie dieser Informationen auf der eigenen Homepage“, als nicht von § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB erfasst und daher strafbar sieht dagegen Winter, HRRS 8-9/2019, 291 (293) das Kopieren des Textes neutraler Stellen durch Ärztinnen und Ärzte auf ihre Homepage an.

15 BT-Drs. 19/7965, S. 9; s. auch Winter, HRRS 8-9/2019, 291 (292); Weilert, ZfL 28 (2019), 133 (134). Dagegen spricht nicht die Gesetzesbegründung zu § 219a StGB a. F. in BT-Drs. 7/1981, S. 18, in der es heißt: „Die bloße Aufklärung über die Existenz der Mittel, ihre Wirkungsweise und ihre Anwendung ist nicht strafbar, erst recht nicht die Darstellung von Abbruchsmethoden zu dem Zweck, über die damit verbundenen Gefahren aufzuklären.“ Dieser Satz dürfte so zu verstehen sein, dass die Information über das „Wie“ von Schwangerschaftsabbrüchen (nur) dann nicht von § 219a Abs. 1 StGB erfasst und mithin straflos ist, wenn sie ohne eigenen Vermögensvorteil des

von Fraktionen im Bundestag, Straffreiheit auch für Informationen von Ärztinnen und Ärzten über das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs herbeizuführen, waren politisch „nicht durchzusetzen.“¹⁶ § 219a Abs. 4 StGB ist daher das Ergebnis eines politischen Kompromisses.¹⁷ Im europäischen Vergleich ist das nach der Neufassung des § 219a StGB fortbestehende strafrechtliche Verbot für Ärztinnen und Ärzte, öffentlich über die Methoden der von ihnen durchgeführten Schwangerschaftsabbrüche zu informieren (s. § 219a Abs. 1 StGB), wohl einmalig.¹⁸

Ebenfalls mit Wirkung zum 29.03.2019 wurde das Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz – SchKG) geändert.¹⁹ § 13 SchKG wurde ein Absatz 3 angefügt, der in der Fassung vom 01.01.2020²⁰ lautet:

„Die Bundesärztekammer führt für den Bund eine Liste der Ärztinnen und Ärzte sowie der Krankenhäuser und Einrichtungen, die ihr mitgeteilt haben, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 des Strafgesetzbuches durchführen, und darf die zu diesem Zwecke erhobenen personenbezogenen Daten verarbeiten. Die Liste enthält auch Angaben über die jeweils angewendeten Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs, soweit diese mitgeteilt werden. Die Bundesärztekammer aktualisiert die Liste monatlich auf der Grundlage der ihr mitgeteilten Informationen, veröffentlicht sie im Internet und stellt sie der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, dem Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben und den Ländern zur Verfügung.“

Zugleich wurde ein neuer § 13a in das Schwangerschaftskonfliktgesetz eingefügt:

„(1) Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung veröffentlicht die von der Bundesärztekammer nach § 13 Absatz 3 geführte Liste und

Arztes bzw. der Ärztin erfolgt („bloße Aufklärung“). Informationen über das „Wie“ von Schwangerschaftsabbrüchen mit Vermögensvorteil (Honorar der Ärztin/des Arztes für den Schwangerschaftsabbruch) sind nach § 219a Abs. 1 StGB a. F. und n. F. strafbar.

16 BT-Drs. 19/7965, S. 9.

17 BT-Drs. 19/7965, S. 9.

18 Zum Rechtsvergleich s. etwa *Busch*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch, 16.02.2019, S. 5.

19 BGBl. 2019 I, S. 350.

20 BGBl. 2019 I, S. 2789 – der Gesetzgeber hat die Worte „für den Bund“ hinzugefügt.

weitere Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch, der unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 des Strafgesetzbuches vorgenommen wird.

(2) Der bundesweite zentrale Notruf nach § 1 Absatz 5 Satz 1 erteilt Auskunft über die in der Liste nach § 13 Absatz 3 enthaltenen Angaben.“

II. Der Fall Kristina Hänel

§ 219a StGB hat in den vergangenen Jahren große mediale Aufmerksamkeit erfahren. Sie resultiert unter anderem daraus, dass auf seiner Grundlage *Kristina Hänel*, Fachärztin für Allgemeinmedizin, wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft strafgerichtlich verurteilt wurde.

Kristina Hänel betreibt eine allgemeinmedizinische Arztpraxis in Gießen und führt dort unter anderem Schwangerschaftsabbrüche durch. Hierauf weist sie auf der Internet-Homepage ihrer Arztpraxis (<https://www.kristinahaenel.de>) unter dem Menüpunkt „Spektrum“ hin. Dort ist auch eine in deutscher, englischer und türkischer Sprache verfügbare Informationsbroschüre downloadbar (<https://www.kristinahaenel.de/docs/Schwangerschaftsabbruch.pdf>), die sachlich und nüchtern über die gesetzlichen Voraussetzungen legaler Schwangerschaftsabbrüche und über die Durchführung solcher Abbrüche in der Praxis von *Kristina Hänel* informiert. Unter der Überschrift „Durchführung in der Praxis“ wird darauf hingewiesen, dass „alle drei Methoden (medikamentös, chirurgisch mit örtlicher Betäubung, chirurgisch mit Vollnarkose) des Schwangerschaftsabbruchs auf Kostenübernahme oder für Privatzahlerinnen“ durchgeführt werden. Weiter heißt es: „Nur bei Vorliegen einer ärztlichen Indikation werden die Kosten der Behandlung von der Krankenkasse übernommen.“ Es wird beschrieben, wie ein Schwangerschaftsabbruch medizinisch abläuft, welche Vor- und Nachuntersuchung erforderlich ist und welche Unterschiede zwischen den Abbruchsmethoden bestehen. Hingewiesen wird zudem auf Nebenwirkungen und Komplikationen eines medikamentösen und eines chirurgischen Schwangerschaftsabbruchs. Schließlich klärt die Informationsbroschüre darüber auf, welche Unterlagen Frauen bei einem Schwangerschaftsabbruch mitbringen müssen.

Wegen des Betriebs der Internet-Homepage wurde *Kristina Hänel* vom Amtsgericht Gießen mit Urteil vom 24.11.2017 (Az.: 507 Ds 501 Js 15031/15) auf der Grundlage der bis zum 28.03.2019 gültigen Fassung des § 219a StGB (§ 219a StGB a. F.) wegen Werbung für den Abbruch der Schwanger-

schaft zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 150 Euro verurteilt. Die hiergegen erhobene Berufung hat das Landgericht Gießen mit Urteil vom 12.10.2018 (Az.: 3 Ns 406 Js 15031/15) verworfen. Auf die Revision hat das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. mit Beschluss vom 26.06.2019 (Az.: 1 Ss 15/19) das Urteil des Landgerichts Gießen wegen der zum 29.03.2019 in Kraft getretenen Ergänzung des § 219a StGB um den Absatz 4 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Gießen zurückverwiesen.

Mit Urteil vom 12.12.2019 (Az.: 4 Ns 406 Js 15031/15) hat das Landgericht Gießen *Kristina Hänel* unter Abänderung des Urteils des Amtsgerichts Gießen erneut zu einer Geldstrafe verurteilt (25 Tagessätze zu je 100 Euro). Das Gericht sah in dem Betreiben der Internet-Homepage <https://www.kristina-haenel.de> den Straftatbestand des § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB (Angebot eigener Dienste zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs) verwirklicht.²¹ Die aufklärende, sachliche Information auf der Homepage von *Kristina Hänel* über die Art und Weise der von ihr durchgeführten Schwangerschaftsabbrüche, insbesondere über die in ihrer Praxis angewandten Behandlungsmethoden (medikamentös oder chirurgisch), die detaillierte Beschreibung der jeweiligen Methode und des Ablaufs von Schwangerschaftsabbrüchen in der Praxis („Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs) sei auch nach Inkrafttreten des § 219a Abs. 4 StGB strafbar, wenn wie im Fall von *Kristina Hänel* das Anbieten von einer geldwerten Gegenleistung (Kostenübernahme, Meerklärung oder Bargeld) abhängig gemacht werde.²² Straflos sei nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB nur zum einen der Hinweis von Ärztinnen/Ärzten, Krankenhäusern oder Einrichtungen auf die Tatsache, dass sie legale Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1

21 LG Gießen, Urt. v. 12.12.2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 75 (juris).

22 LG Gießen, Urt. v. 12.12.2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 77 f., 85, 88 (juris); vgl. ebenso KG Berlin, Urt. v. 19.11.2019 – 3 Ss 80+81/19 u. a., Rn. 17 (juris): „Rechtsfehlerfrei hat danach das Amtsgericht das auf der Internetseite der Angeklagten angebotene ärztliche Leistungsspektrum, namentlich den Hinweis auf die Vornahme von medikamentösen, narkosefreien Schwangerschaftsabbrüchen in geschützter Atmosphäre als Anbieten eines Schwangerschaftsabbruchs festgestellt“, s. auch Rn. 24 (juris): „Der Hinweis auf die angewandte Behandlungsmethode ... fällt ... weiterhin unter den Tatbestand von § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB.“ Zu dem im ärztlichen Honorar für Schwangerschaftsabbrüche liegenden Vermögensvorteil, der zur Strafbarkeit sachlicher Informationen über Schwangerschaftsabbrüche nach § 219a Abs. 1 StGB führt, s. auch Gärditz, ZfL 27 (2018), 18 (21); Fischer, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 219a Rn. 13.

bis 3 StGB vornehmen („Ob“ des Schwangerschaftsabbruchs).²³ Zum andern stelle § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB den Hinweis auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle oder einer Ärztekammer straflos.²⁴ Eine Auslegung des § 219a Abs. 4 StGB dahingehend, dass auch ärztliche Angaben zur Art und Weise des Schwangerschaftsabbruchs straflos sind, sei mit der Gesetzesystematik und dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar und verfassungsrechtlich nicht geboten.²⁵

Die gegen das Urteil des Landgerichts Gießen erhobene Revision ist beim Oberlandesgericht Frankfurt a. M. anhängig.

III. Untersuchungsgang

Der Fall *Kristina Hänel* wirft die Frage auf, ob die zum 29.03.2019 in Kraft getretene Neufassung des § 219a StGB mit dem Grundgesetz in Einklang steht. Der Untersuchung zugrunde gelegt wird das Urteil des Landgerichts Gießen vom 12.12.2019 (Az.: 4 Ns 406 Js 15031/15), nach dem öffentliche sachliche Hinweise von Ärztinnen und Ärzten über die Art und Weise von ihnen durchgeföhrter Schwangerschaftsabbrüche wie insbesondere die praktizierten Methoden von dem Straftatbestand des § 219a Abs. 1 StGB erfasst sind und der Ausnahmetatbestand des § 219a Abs. 4 StGB nicht einschlägig ist. Ob § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB mit diesem Regelungsinhalt mit dem Grundgesetz vereinbar ist, ist Gegenstand der Untersuchung. Auf eine verfassungswidrige Rechtsnorm darf ein strafgerichtliches Urteil nicht gestützt werden, sodass es auf die Verfassungskonformität des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB für die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. über die Revision von *Kristina Hänel* (s. Art. 100 Abs. 1 GG) und eine sich ggf. anschließende Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht ankommt.

Zunächst wird kurz der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab für § 219a StGB erläutert, den die Grundrechte des Grundgesetzes und nicht die Unionsgrundrechte bilden (s. B.).²⁶ Anschließend wird die Vereinbarkeit des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB mit den Grundrechten der Berufsfrei-

23 LG Gießen, Urt. v. 12.12.2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 80, 82 ff. (juris).

24 LG Gießen, Urt. v. 12.12.2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 80 (juris).

25 LG Gießen, Urt. v. 12.12.2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 86 ff. (juris).

26 S. 124 ff.

heit (Art. 12 Abs. 1 GG) (s. C.)²⁷ und der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG) (s. D.)²⁸ der betroffenen Ärztinnen und Ärzte (hier: *Kristina Hänel*) erörtert. Dabei wird auch auf Verstöße gegen Grundrechte Dritter, d. h. der schwangeren Frauen, eingegangen. Unter E. wird die Verletzung von Grundrechten weiterer Dritter diskutiert.²⁹ Abschließend kommt die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB zur Sprache (s. F.).³⁰ Am Ende steht ein kurzes Fazit (s. G.).³¹

B. Grundrechte des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab

Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für § 219a StGB sind ausschließlich die Grundrechte des Grundgesetzes und nicht (auch) die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-Grundrechte-Charta – GRCh) kodifizierten Unionsgrundrechte.

Die Frage, ob im Bereich der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche (§ 219a StGB) eine Bindung der Bundesrepublik Deutschland an die EU-Grundrechte-Charta besteht (s. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh), kann dahinstehen. Die Unionsgrundrechte kommen jedenfalls deshalb nicht als Prüfungsmaßstab für § 219a StGB zur Anwendung, weil das Bundesverfassungsgericht seit seinen grundlegenden Entscheidungen „Recht auf Vergessen I“³² und „Recht auf Vergessen II“³³ deutsche Rechtsakte am Maßstab der Unionsgrundrechte grundsätzlich nur bei einer vollständigen Harmonisierung bzw. Determinierung durch Unionsrecht überprüft.³⁴ Der durch § 218 ff. StGB geregelte Sachbereich ist durch Unionsrecht weder (vollständig) vereinheitlicht noch determiniert. Die vom Bundesverfassungsgericht formulierte Voraussetzung dafür, § 219a StGB am Maßstab der in der EU-Grundrechte-Charta normierten Grundrechte zu überprüfen, ist daher nicht erfüllt.

27 S. 126 ff.

28 S. 158 ff.

29 S. 161 f.

30 S. 162 ff.

31 S. 164 f.

32 Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300.

33 Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314.

34 BVerfG, NJW 2020, 314 (316 ff. Rn. 42 ff.).

Allerdings gilt „die alleinige Heranziehung der Grundrechte des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab für innerstaatliches Recht ... nicht ausnahmslos“³⁵ Das Bundesverfassungsgericht überprüft innerstaatliche Rechtsakte zusätzlich am Maßstab der Unionsgrundrechte, „wenn konkrete und hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, dass hierdurch das grundrechtliche Schutzniveau des Unionsrechts ausnahmsweise nicht gewährleistet ist.“³⁶ Das ist insbesondere der Fall, wenn sich aus der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) ergibt, dass die Anwendung der grundgesetzlichen Grundrechte nicht „zugleich einen ausreichenden unionsrechtlichen Schutz“ gewährleistet.³⁷

Ein solcher Fall liegt mangels einschlägiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hier nicht vor, sodass § 219a StGB ausschließlich am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen ist. Der Europäische Gerichtshof hat sich bislang mit Werbung für Schwangerschaftsabbrüche nicht näher beschäftigt. Er hat zwar in einem Urteil vom 04.10.1991 über die Vereinbarkeit eines nationalen Verbots der Verbreitung von Adressenlisten durch Studentenvereinigungen in Irland, wo Schwangerschaftsabbrüche verboten waren, über ausländische Kliniken, die Schwangerschaftsabbrüche legal praktizierten, mit Gemeinschaftsrecht befunden.³⁸ Der Gerichtshof entschied, dass das Verbot mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Allerdings hat er es damit begründet, dass in dem konkreten Fall ein Eingriff in die Grundfreiheiten, namentlich in die Dienstleistungsfreiheit des Art. 59 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) (heute: Art. 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV), nicht vorlag, weil die Werbung nicht-geschäftlicher Art war. Aus diesem Grund kamen in dem vom Europäischen Gerichtshof mit Urteil vom 04.10.1991 entschiedenen Fall auch die europäischen Grundrechte nicht zur Anwendung.³⁹

Für das strafbewehrte Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) durch Ärztinnen und Ärzte als Teil ihrer beruflichen Tätigkeit⁴⁰ ist das Judikat des Europäischen Gerichtshofes daher nicht

35 BVerfG, NJW 2020, 300 (304 Rn. 63).

36 BVerfG, NJW 2020, 300 (304 Rn. 63); vgl. BVerfG, NJW 2020, 314 (319 Rn. 60).

37 BVerfG, NJW 2020, 300 (305 Rn. 70) – auch dazu, dass Entsprechendes für „Anhaltspunkte etwa aus einem gefestigten Stand der Fachdiskussion wie auch aus Entscheidungen anderer Gerichte, die zur Grundrechte-Charta ergangen sind“, gilt.

38 EuGH, Urt. v. 04.10.1991 – C-159/90.

39 EuGH, Urt. v. 04.10.1991 – C-159/90, Rn. 1 ff. (juris).

40 S. näher C. I., S. 126 f.

von Relevanz. Der Europäische Gerichtshof hat sich in Ermangelung der Anwendbarkeit der europäischen Grundrechte (vgl. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh) in dem von ihm entschiedenen Fall mit der Bedeutung und Tragweite der europäischen Grundrechte für Werbeverbote für Schwangerschaftsabbrüche nicht beschäftigt. Aus der Judikatur ergibt sich daher nicht, dass die Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes keinen ausreichenden unionsrechtlichen Schutz gewährleistet, was Voraussetzung für die (ausnahmsweise) zusätzliche Heranziehung der Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab für innerstaatliche Rechtsakte ist.

C. Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte (Art. 12 Abs. 1 GG) durch § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB

I. Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit

Das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, das die Berufswahl- und die Berufsausübungsfreiheit umfasst, gewährleistet auch das Recht der Information über berufsspezifische Tätigkeiten, d. h. die berufliche Außendarstellung⁴¹ sowie die Werbung für die Inanspruchnahme der betreffenden Dienste.⁴²

Informieren Ärztinnen und Ärzte darüber, (dass und) auf welche Art und Weise sie Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, fällt das als Teil ihrer beruflichen Außendarstellung in den sachlichen Schutzbereich der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit.⁴³ Sachlich gehaltene Informationen von Ärztinnen und Ärzten zum („Ob“ und) „Wie“ von ihnen praktizierter Schwangerschaftsabbrüche sind nicht Werbung im engeren Sinne für die Inanspruchnahme des Abbruchs (Anpreisung), sondern Äußerungen über die eigene berufsspezifische Tätigkeit.

Solche sachlichen ärztlichen Informationen über die (Durchführung sowie) Art und Weise von Schwangerschaftsabbrüchen sind auch nicht „schlechthin gemeinschädlich“ oder „sozial unwertig“. Auf den Streit über

41 BVerfGE 106, 181 (192); 112, 255 (262); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 10a.

42 BVerfGE 85, 248 (256); 94, 372 (389); 105, 252 (266); 111, 366 (373); BVerwGE 124, 26 (28); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 10a.

43 BVerfG, NJW 2006, 282; vgl. BVerfGE 94, 372 (389); so auch LG Gießen, Urt. v. 12.12.2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 89 (juris).

den Schutz gemeinschädlicher bzw. unwertiger beruflicher Tätigkeiten durch Art. 12 Abs. 1 GG kommt es daher nicht an.⁴⁴

Die früher geführte, weitere Diskussion über eine Beschränkung des verfassungsrechtlichen Berufsbegriffs auf erlaubte Tätigkeiten war „systematisch verfehlt“⁴⁵ und wird daher heute zu Recht als überholt angesehen.⁴⁶

Indem § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB öffentliche sachliche Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die Art und Weise (insbesondere: die Methoden) des Schwangerschaftsabbruchs unter Strafe stellt, greift er in die Berufsausübungsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte aus Art. 12 Abs. 1 GG ein.⁴⁷

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung: Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Der Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte ist nicht durch die Schranken des Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt.⁴⁸ § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB verletzt mehrfach den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Vorschrift verfolgt mit dem Schutz des ungeborenen Lebens zwar ein zulässiges Ziel (s. 1).⁴⁹ Das strafbewehrte

44 Zu diesem Streit s. etwa *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 53 mit weiteren Nachweisen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage bislang offen gelassen, s. etwa BVerfGE 115, 276 (301): „Vielmehr kommt eine Begrenzung des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG ... allenfalls hinsichtlich solcher Tätigkeiten in Betracht, die schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen sind, weil sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können“; s. auch BVerfGE 117, 126 (137).

45 *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 43; gleichsinnig *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 52.

46 Vgl. BVerfGE 115, 276 (300 f.); BVerwGE 96, 193 (296 f.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 8; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 43.

47 Vgl. auch *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zum Referentenentwurf und zum Eckpunktepapier, 31.01.2019, S. 3.

48 Im Ergebnis für einen Verstoß des § 219a StGB gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte auch *Frommel*, jM 2019, 165 (168 f.); bezogen auf § 219a StGB a. F. auch *Preuß*, medstra 3/2018, 131 (133 ff.); *Rahe*, JR 2018, 232 (236 ff.); *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 6 ff.; für die Vereinbarkeit des § 219a StGB mit Art. 12 Abs. 1 GG dagegen *Fischer*, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 219a Rn. 3a; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 4/2019 Anm. 1.

49 S. 128 f.

Verbot öffentlicher sachlicher Informationen von Ärztinnen und Ärzten über das „Wie“ von ihnen praktizierter Schwangerschaftsabbrüche ist aber bereits nicht geeignet, das Normziel zu erreichen (s. 2.).⁵⁰ § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB verstößt außerdem gegen Grundrechte Dritter (schwangere Frauen) (s. 3.)⁵¹ und verletzt unter verschiedenen Gesichtspunkten das verfassungsrechtliche Konsistenzgebot (s. 4.).⁵²

1. Zulässiges Ziel: Schutz des ungeborenen Lebens

Der Gesetzgeber verfolgt mit § 219a StGB das Ziel, das Rechtsgut des ungeborenen Lebens zu schützen.⁵³ Er kommt damit seiner verfassungsrechtlichen Schutzwilf für das ungeborene Leben nach, die ihren Grund in Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hat.⁵⁴ Das gilt sowohl, soweit sich § 219a StGB auf straflose rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB bezieht, als auch, soweit er straflose tatbestandslose Schwangerschaftsabbrüche nach § 218a Abs. 1 StGB betrifft.⁵⁵

Nach der Gesetzesbegründung, der (strafgerichtlichen) Rechtsprechung und einem Teil des (vor allem strafrechtlichen) Schrifttums soll § 219a StGB „zugleich ... verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit verharmlost dargestellt und kommerzialisiert wird“ (sog. Klimaschutz).⁵⁶ Auch diese gesetzgeberische Zielsetzung dient aber letztlich

50 S. 129 ff.

51 S. 134 ff.

52 S. 152 ff.

53 BT-Drs. 19/7693, S. 1 und 7.

54 BVerfGE 39, 1 (41 f.); 88, 203 (Leitsatz 1: „Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben, auch das ungeborene, zu schützen. Diese Schutzwilf hat ihren Grund in Art. 1 Abs. 1 GG; ihr Gegenstand und – von ihm her – ihr Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt“; s. auch 251 f.). Kritisch gegenüber dieser Schutzwilf wegen Verstoßes gegen das Gebot weltanschaulicher Neutralität des Staates Schmidt-Salomon, Der blinde Fleck des deutschen Rechtssystems. Über die Missachtung des Gebots der weltanschaulichen Neutralität, Aufklärung und Kritik 4/2018, 7 (9 ff.); s. auch Neumann/Schmidt-Salomon, Was ist „Weltanschauungsrecht“?, in: Neumann/Czermak/Merkel/Putzke, Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht, 2019, S. 13 (21 ff.).

55 Zu der einfachesgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Unterscheidung zwischen Schwangerschaftsabbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB und nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB näher unter C. II. 3. c) und d), S. 140 ff. und S. 149 ff.

56 BT-Drs. 19/7693, S. 7; s. auch bereits BT-Drs. 7/1981, S. 17; § 219a StGB „will verhindern, daß der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“; ebenso KG Berlin, Urt. v. 19.11.2019 –

dem Schutz des ungeborenen Lebens und stellt daher kein eigenständiges Schutzgut des § 219a StGB dar. Es handelt sich um eine Art „Zwischenziel“⁵⁷.

2. Ungeeignetheit des Verbots sachlicher Informationen über den Schwangerschaftsabbruch zum Schutz des ungeborenen Lebens

Allerdings ist § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB nicht geeignet, den der Norm zugrundeliegenden Schutzzweck zu erreichen, d. h., das ungeborene

3 Ss 80+81/19 u. a., Rn. 18 (juris); aus dem Schrifttum für diese Zielsetzung des § 219a StGB s. etwa *Fischer*, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 219a Rn. 3; *Merkel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 2 f.; *Merkel*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu § 219a Strafgesetzbuch am 27. Juni 2018 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, 25.06.2018, S. 2; *Winter*, HRRS 8-9/2019, 291 (293): „Klimadelikt“; *Preuß*, medstra 3/2018, 131 (131 und 133); *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Neufassung von § 219a StGB, Ausarbeitung WD 3-3000-043/19 v. 27.02.2019, S. 9.

57 Gegenteilig *Eschelbach*, in: v. *Heintschel-Heinegg*, BeckOK StGB, 46. Edition Stand: 01.05.2020, § 219a vor Rn. 1 und Rn. 1, der annimmt, § 219a StGB diene unmittelbar der Verhinderung einer Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen und „mittelbar dem Schutz des ungeborenen Lebens“ (vor Rn. 1); ebenso *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 8. Gegen den „Klimaschutz“ als legitimes Ziel des § 219a StGB *Gärditz*, ZfL 27 (2018), 18 (20); *Hoven*, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BR-Drs. 71/19) und Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 19/7693) zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch, undatiert, S. 1; für die Legitimität von „Klimaschutz“ als Ziel des § 219a StGB *Merkel*, Stellungnahme für die Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 18.02.2019 zu dem Thema „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“, 15.02.2019, S. 2 f.; *Rahe*, JR 2018, 232 (237); *Sowada*, ZfL 27 (2018), 24.

Leben wirksam zu schützen.⁵⁸ Weder hat der Gesetzgeber dargetan⁵⁹ noch ist es ersichtlich, dass sachliche Informationen von Ärztinnen und Ärzten über das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs (insbesondere: Methoden, aber auch Vor- und Nachbehandlung, Nebenwirkungen und Komplikationen, mitzubringende Unterlagen) das ungeborene Leben gefährden.⁶⁰

Mit der Einfügung des Absatzes 4 in § 219a StGB hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass schwangere Frauen für einen Schwangerschaftsabbruch zwingend auf Informationen darüber angewiesen sind, welche Ärztinnen und Ärzte Schwangerschaftsabbrüche durchführen. Durch § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB hat er Hinweise von Ärztinnen und Ärzten auf die Tatsache, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB vornehmen, von dem Straftatbestand des § 219a Abs. 1 StGB ausgenommen. Darüber hinaus sind Ärztinnen und Ärzten gem. § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB straffrei Hinweise auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch (sog. neutrale Stellen)

-
- 58 Im Ergebnis ebenso *Deutscher Juristinnenbund e.V.*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 27. Juni 2018 zu den Gesetzentwürfen zur Änderung des Strafgesetzbuches – Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB – BT-Drucksache 19/820 (Gesetzentwurf der Fraktion der FDP), BT-Drucksache 19/93 (Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke) und BT-Drucksache 19/630 (Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis90/Die Grünen), 26.06.2018, S. 8 f. Vgl. aus dem strafrechtlichen Schrifttum unter Anwendung der Kategorien des Strafrechts *Mitsch*, *KriPoZ* 2019, 214 (217), demzufolge dem Arzt bzw. der Ärztin der Abbruch objektiv nicht zuzurechnen sei, weil die eigenverantwortliche Entscheidung der Frau über den Schwangerschaftsabbruch ein unüberwindliches Zurechnungshindernis darstelle. Zwischen dem Verbot des § 219a StGB und dem Abbruch liege die zurechnungsunterbrechende Entscheidung der Schwangeren.
- 59 Nach einer Antwort der Bundesregierung vom 09.01.2019 auf eine Kleine parlamentarische Anfrage liegen weder Erkenntnisse zu einem Zusammenhang zwischen dem Bestehen des § 219a StGB und der Häufigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen noch Informationen aus anderen Staaten vor, ob sachliche Informationen durch Ärztinnen und Ärzte die Bereitschaft zu Abbrüchen erhöhen, s. BT-Drs. 19/6934, S. 2.
- 60 Ebenso *Kriminalpolitischer Kreis*, Stellungnahme zum Straftatbestand der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB), Dezember 2017, ZfL 27 (2018), 31; *Merkel*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu § 219a Strafgesetzbuch am 27. Juni 2018 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, 25.06.2018, S. 6; etwas zurückhaltender *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 9 f.: „höchst zweifelhaft“.

erlaubt. Zu diesen nach § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB straffreien Hinweisen gehören auch solche auf Angaben der neutralen Stellen über die jeweils angewendeten Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs, soweit diese mitgeteilt werden (s. § 13 Abs. 3 Satz 2 SchKG).⁶¹

Erstens: Nachdem gem. § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB Ärztinnen und Ärzte straffrei öffentlich darüber informieren dürfen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche nach § 218a Abs. 1 bis 3 StGB vornehmen, ist nicht erkennbar, weshalb das Schutzgut des ungeborenen Lebens beeinträchtigt sein soll, wenn die Ärztinnen und Ärzte zusätzlich über das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs sachlich informieren. Es erscheint ausgeschlossen, dass medizinische Informationen über die praktizierten Abbruchmethoden, die jeweils notwendige Vor- und Nachbehandlung, Nebenwirkungen und Komplikationen sowie notwendige Unterlagen die Zahl von Schwangerschaftsabbrüchen erhöhen. Diese Informationen beeinflussen nicht – schon gar nicht positiv – die Entscheidung der Frau über das „Ob“ eines Schwangerschaftsabbruchs, sondern versetzen sie nur in die Lage zu entscheiden, welche Methode im Fall eines Schwangerschaftsabbruchs zum Einsatz kommen soll, sowie zu übersehen, welche Ärztin bzw. welcher Arzt die Methode anbietet.

Der zum Teil formulierte Einwand, Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die Methoden des Schwangerschaftsabbruchs könnten wegen ihres finanziellen Interesses an der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen gar nicht sachlich sein,⁶² ist lebensfremd und eine bloße Unterstellung. Zu Recht hat das Landgericht Gießen festgestellt, dass die Informationen auf der Internet-Homepage von *Kristina Hänel* „aufklärend und sachlich“ „ohne besonderen werbenden Charakter“ sind.⁶³

61 BT-Drs. 19/7693, S. 7 f.

62 In diesem Sinne *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Neufassung von § 219a StGB, Ausarbeitung WD 3-3000-043/19 v. 27.02.2019, S. 9, wonach § 219a StGB verhindere, dass wegen des finanziellen Interesses der Ärztinnen und Ärzte an Schwangerschaftsabbrüchen „etwa bestimmte Methoden als besonders empfehlenswert oder kostengünstig dargestellt werden“; gleichsinnig *Vorhoff*, Stellungnahme zur Änderung des § 219a StGB, 19.02.2019, S. 2: Homepages von Ärzten sind „Werbeinstrumente“ und dienen „nicht nur der reinen Information“.

63 LG Gießen, Urt. v. 12.12.2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 78 (juris); s. auch Rn. 94 (juris), wonach *Kristina Hänel* zugute zu halten sei, dass ihre Information über das „Wie“ der praktizierten Schwangerschaftsabbrüche „sachlich dargestellt sind.“ S. auch bereits A. II., S. 121 ff.

Dementsprechend dürfen und müssen die Ärztinnen und Ärzte aus berufs- sowie haftungsrechtlichen Gründen ihre Patientinnen im persönlichen Beratungsgespräch eingehend über die in Betracht kommenden Methoden eines Schwangerschaftsabbruchs aufklären.⁶⁴ Auch diese Aufklärung im persönlichen Beratungsgespräch gefährdet das ungeborene Leben nicht, sondern ist dem Schutz der Gesundheit der schwangeren Frau (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie weiteren Grundrechten der Frau (Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG) geschuldet.⁶⁵

Zweitens: Das Schutzbau des ungeborenen Lebens ist durch sachliche Informationen über das „Wie“ eines Schwangerschaftsabbruchs auch deshalb nicht gefährdet, weil diese Informationen von zahlreichen anderen Stellen vorzuhalten und zu veröffentlichen sind.⁶⁶ So führt die Bundesärztekammer nach § 13 Abs. 3 Satz 1 SchKG eine Liste der Ärztinnen und Ärzte sowie Krankenhäuser und Einrichtungen, die ihr mitgeteilt haben, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB durchführen. Diese Liste „enthält auch Angaben über die jeweils angewendeten Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs, soweit diese mitgeteilt werden“ (§ 13 Abs. 3 Satz 2 SchKG). Die Bundesärztekammer veröffentlicht die monatlich zu aktualisierende Liste auf der Grundlage der ihr von den Ärztinnen und Ärzten mitgeteilten Informationen, veröffentlicht sie im Internet und stellt sie zusätzlich der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, dem Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben sowie den Ländern zur Verfügung (§ 13 Abs. 3 Satz 3 SchKG). Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung veröffentlicht die Liste der Bundesärztekammer sowie weitere Informationen über legale Schwangerschaftsabbrüche (§ 13a Abs. 1 SchKG).

64 Zur Zulässigkeit solcher Informationen im persönlichen Beratungsgespräch nach § 219a StGB LG Gießen, Urt. v. 12.12.2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 89 (juris): § 219a StGB untersagt nur öffentliche Informationen, während „die Information über die praktizierten Behandlungsmethoden in der persönlichen Beratung vollumfänglich möglich ist“; s. auch KG Berlin, Urt. v. 19.11.2019 – 3 Ss 80+81/19 u. a., Rn. 33 (juris): „Unbenommen bleibt den Ärzten, Patientinnen im Beratungsgespräch über die von ihnen praktizierten Behandlungsmethoden zu informieren“; s. ferner Weilert, ZfL 28 (2019), 133 (135); Kubiciel, jurisPR-StrafR 4/2019 Anm. 1; Fischer, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 219a Rn. 11.

65 Vgl. näher C. II, 3., S. 134 ff.

66 Die Liste der Bundesärztekammer nach § 13 Abs. 3 SchKG ist abrufbar unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Liste219a/20200605_Liste___13_Abs_3_SchKG.pdf.

Schließlich erteilt der bundesweite zentrale Notruf Auskunft über die in der Liste der Bundesärztekammer enthaltenen Angaben (§ 13a Abs. 2 SchKG).

Ist den genannten neutralen Stellen die Veröffentlichung von Informationen, welche Ärztinnen und Ärzte Schwangerschaftsabbrüche durchführen und welche Methode dabei zum Einsatz kommt, mithin nicht nur gesetzlich erlaubt, sondern sogar verbindlich vorgeschrieben, erscheint es ausgeschlossen, dass die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche zunähme und das ungeborene Leben gefährdet würde, wenn dieselben Informationen durch die Ärztinnen und Ärzte selbst veröffentlicht würden.

Das gilt umso mehr, als auf die Informationen der neutralen Stellen i. S. d. § 13 Abs. 3 und § 13a SchKG die Ärztinnen und Ärzte gem. § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB straffrei öffentlich hinweisen dürfen – zum Beispiel durch Verlinkung auf die Liste der Bundesärztekammer,⁶⁷ womit sie „mittelbar über die eigene Abbruchmethode informieren.“⁶⁸ Auch aus diesem Grund ist es fernliegend, dass die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche steige und das ungeborene Leben gefährdet würde, wenn dieselben Informationen durch Ärztinnen und Ärzte veröffentlicht würden.⁶⁹

Drittens: Nicht zuletzt geht auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nicht davon aus, dass die Verbreitung von Informationen über Schwangerschaftsabbrüche zur Gefährdung des ungeborenen Lebens führt.⁷⁰ Bei sachlichen Informationen über den Schwangerschaftsabbruch, ohne diesen zu befürworten oder anzuraten, ist nach Ansicht des Gerichtshofs „die Beziehung zwischen der Verbreitung von Informationen und der Zerstörung ungeborenen Lebens nicht so deutlich, wie dies behauptet wird.“⁷¹ Denn „die Entscheidung, gemäß den so zur Verfügung gestellten Informationen zu handeln oder nicht, (obliegt) der betroffenen Frau.“⁷² Das gilt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erst recht für Informationen, die bereits anderweitig verfügbar, d. h. aus anderen Quellen zugänglich sind.⁷³ Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur

67 BT-Drs. 19/7693, S. 2 und 11; s. auch BT-Drs. 19/7965, S. 9: „auch durch die zitierende Einfügung einer Kopie dieser Informationen auf der eigenen Homepage“.

68 BT-Drs. 19/7965, S. 10.

69 Ebenso *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 8 f.

70 EGMR, NJW 1993, 773 (775 Rn. 75 f.).

71 EGMR, NJW 1993, 773 (775 Rn. 75).

72 EGMR, NJW 1993, 773 (775 Rn. 75).

73 EGMR, NJW 1993, 773 (775 Rn. 76).

Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes im Rahmen der durch sie eröffneten Interpretationsspielräume zu berücksichtigen. Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind völkerrechtsfreundlich auszulegen.⁷⁴

3. Unangemessenheit des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB wegen Verstoßes gegen Grundrechte Dritter (schwangere Frauen)

Ungeachtet dessen, dass das strafbewehrte Verbot von Informationen durch Ärztinnen und Ärzte über das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs (§ 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB) dem Schutz des ungeborenen Lebens nicht dient und deshalb bereits ungeeignet ist, ist es auch unverhältnismäßig im engeren Sinne. Es verstößt gegen die Grundrechte schwangerer Frauen, die sich in einer besonderen Not- und Konfliktlage befinden. Der Gesetzgeber verletzt mit § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB seine Schutzpflichten für die Grundrechte der Frauen aus Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürdegarantie), Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit). Außerdem verletzt der Gesetzgeber die grundrechtlich geschützte Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG) der Frauen.⁷⁵ Das gilt sowohl, soweit sich § 219a StGB auf Schwangerschaftsabbrüche nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB bezieht, als auch, soweit § 219a StGB für Schwangerschaftsabbrüche nach § 218a Abs. 1 StGB gilt.

74 Vgl. nur BVerfGE 128, 326 (368 ff.); 142, 313 (345 ff.); 148, 296 (350 Rn. 126); 149, 293 (330 f.); zuletzt BVerfG, NJW 2020, 300 (303 f. Rn. 62).

75 Im Ergebnis für einen Verstoß des § 219a StGB a. F. gegen das Grundrecht der Informationsfreiheit schwangerer Frauen *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 20 ff.; *Preuß*, medstra 3/2018, 131 (133 ff.). Für einen Verstoß des § 219a StGB a. F. gegen das Grundrecht der Informationsfreiheit nur bezogen auf rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB *Walter*, ZfL 27 (2018), 26 (28). Keinen Verstoß des § 219a StGB gegen das Grundrecht der Informationsfreiheit sieht *Fischer*, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 219a Rn. 5a.

a) Prüfungsmaßstab: Berücksichtigung der Grundrechte schwangerer Frauen bei Beschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte

Im Rahmen der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG der Ärztinnen und Ärzte ist zu ihren Gunsten nicht nur ihre Berufsfreiheit, sondern sind auch die Grundrechte der durch § 219a StGB betroffenen schwangeren Frauen zu berücksichtigen.

Grundrechtlich geschützte Interessen können nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts prinzipiell nur durch Normen eingeschränkt werden, die ihrerseits formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmen.⁷⁶ Ebenfalls kann gerügt werden, dass eine Norm nicht mit den obersten Grundwerten der freiheitlich-demokratischen Grundordnung in Einklang steht oder den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Grundgesetzes widerspricht.⁷⁷ Allerdings hat sich das Bundesverfassungsgericht bislang nicht einheitlich dazu geäußert, ob aus dem verfassungsgerichtlich formulierten Grundsatz, eine Grundrechte beschränkende Norm müsse ihrerseits formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmen, abzuleiten ist, dass in diesem Rahmen stets Verstöße gegen Grundrechte Dritter in die Prüfung einzubeziehen sind. So hat es in manchen Fällen bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage eines Eingriffs in Grundrechte einer Person auch Grundrechte Dritter berücksichtigt;⁷⁸ in anderen Fällen hat es Grundrechte Dritter hingegen nicht als inzidenten Prüfungsmaßstab herangezogen.⁷⁹

Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht nun aber fest, dass wenigstens bei normativen Dreiecksverhältnissen, d. h., wenn der Normbefehl neben dem Normadressaten zwingend zugleich die Rechtsstellung Dritter berührt (funktionale Verschränkung), die Grundrechte aller Betroffenen in die verfassungsrechtliche und gerichtliche Kon-

76 Grundlegend BVerfGE 6, 32 (37 ff.); ebenso BVerfGE 96, 10 (21); 121, 317 (369); 130, 131 (142); vgl. auch OVG NRW, BeckRS 2017, I14873 Rn. 56.

77 Grundlegend BVerfGE 6, 32 (41); ebenso BVerfGE 54, 143 (144); 96, 375 (398); vgl. auch OVG NRW, BeckRS 2017, I14873 Rn. 58.

78 Vgl. BVerfGE 34, 165 (200); 38, 312 (320); 45, 272 (295); 61, 82 (112 f.); 84, 372 (381); 85, 191 (205 f.); 121, 317 (359 Rn. 126); in der Tendenz ebenso OVG NRW, BeckRS 2017, I14873 Rn. 59.

79 Vgl. BVerfGE 77, 84 (101); 83, 1 (13); 96, 375 (398).

trolle einzubeziehen sind.⁸⁰ Dies hat das Bundesverfassungsgericht jüngst in seiner Entscheidung zu den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Auslistung von Verlinkungen persönlichkeitsbeeinträchtigender Inhalte durch Suchmaschinenbetreiber nochmals hervorgehoben („Recht auf Vergessen II“). Danach sind in einem Rechtsstreit zwischen einem Suchmaschinenbetreiber und einem Betroffenen über eine solche Auslistung die Grundrechte von Inhalteanbietern und Nutzern „in die Prüfung einzubeziehen“.⁸¹ Der Suchmaschinenbetreiber wird damit zwar nicht zum Träger von Grundrechten Dritter. Ihm darf jedoch „nichts aufgegeben werden, was Grundrechte Dritter verletzt“.⁸²

Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt in seiner Entscheidung zu § 217 StGB (geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) Grundrechte Dritter bei normativen Dreiecksverhältnissen in die Prüfung einbezogen. Es hat ausgeführt, dass Rechtsvorschriften bei Unvereinbarkeit mit Grundrechten Dritter „gegen objektives Verfassungsrecht“ verstießen „und infolgedessen auch gegenüber den unmittelbaren Normadressaten nichtig“ seien.⁸³ Entscheidend sei, dass eine „funktionale... Verschränkung der Grundrechte der Beschwerdeführer“ mit den Grundrechten Dritter vorliege. Bei § 217 StGB war dies der Fall, weil „die als Ausprägung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben grundrechtlich geschützte Freiheit des Einzelnen, sich selbst mit Unterstützung und in Begleitung von zur Hilfe bereiten Dritten das Leben zu nehmen, ... in inhaltlicher Abhängigkeit zu dem grundrechtlichen Schutz der Suizidhilfe“ steht.⁸⁴ „Die Entscheidung zur Selbsttötung ist in ihrer Umsetzung nicht nur in tatsächlicher Hinsicht davon abhängig, dass Dritte bereit sind, Gelegenheit zur Selbsttötung zu gewähren, zu verschaffen oder zu vermitteln. Die Dritten müssen ihre Bereitschaft zur Suizidhilfe auch rechtlich umsetzen dürfen. Andernfalls liefe das Recht des Einzelnen auf Selbsttötung faktisch leer. In Fällen derartiger rechtlicher Abhängigkeit stehen die Handlungsweisen der Beteiligten in einem funktionalen Zusammenhang. Der grundrechtliche Schutz des

80 Vgl. bereits BVerfGE 85, 191 (205 f.) unter Aufgabe der Rechtsprechung in BVerfGE 77, 84 (101).

81 BVerfG, NJW 2020, 314 (323 f. Rn. 106 ff.).

82 BVerfG, NJW 2020, 314 (324 Rn. 107).

83 BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a., Rn. 331 (juris); vgl. BVerfGE 61, 82 (112 f.).

84 BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a., Rn. 331 (juris).

Handelns des einen ist Voraussetzung für die Ausübung eines Grundrechts durch den anderen.“⁸⁵

Ebenso liegen die Dinge hier: Die Grundrechte von Ärztinnen und Ärzten, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, sind funktional mit den Grundrechten schwangerer Frauen, die einen Abbruch in Erwägung ziehen, verschränkt. Die Rechtsstellung der Ärztinnen und Ärzte und die Rechtsstellung der schwangeren Frauen sind untrennbar miteinander verwoben. Kehrseite des nach § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB strafbewehrten Verbots für Ärztinnen und Ärzte, über das „Wie“ und insbesondere die Methoden von ihnen durchgeföhrter Schwangerschaftsabbrüche zu informieren, ist ein entsprechendes Informationsverbot für schwangere Frauen. Sie können sich zwar die notwendigen Informationen über die in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten neutralen Stellen beschaffen – allerdings nur, soweit die Informationen bei den Stellen verfügbar sind (s. § 13 Abs. 3 Satz 2 SchKG: „soweit diese mitgeteilt werden“). Eine Informationsbeschaffung direkt bei den Ärztinnen und Ärzten ist durch § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB ausgeschlossen. Der Straftatbestand des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB betrifft daher unmittelbar das Verhältnis zwischen Ärztinnen bzw. Ärzten und schwangeren Frauen. Er berührt zwingend die grundrechtlich geschützte Rechtsstellung schwangerer Frauen. Aufgrund dieser funktionalen Verschränkung der Grundrechte sind im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Ärztinnen und Ärzte die Grundrechte schwangerer Frauen miteinzubeziehen.

- b) Unverhältnismäßigkeit des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB wegen Straflosigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen nach § 218a Abs. 1 bis 3 StGB?

Teilweise wird vertreten, dass die Strafbarkeit sachlicher Informationen über die Art und Weise von unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüchen gem. § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB schon deswegen verfassungswidrig sei, weil der Abbruch für die Frau straflos ist (s. § 218a Abs. 1 bis 3 StGB).⁸⁶ Es liege kein in

85 BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a., Rn. 331 (juris).

86 Vgl. bezogen auf § 219a StGB a. F. *Kriminalpolitischer Kreis*, Stellungnahme zum Straftatbestand der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB),

besonderer Weise sozialschädliches Verhalten vor, welches es rechtfertigen könnte, das Strafrecht als *ultima ratio* des Rechtsgüterschutzes zum Einsatz zu bringen.⁸⁷

Eine solche Argumentation trägt nur, wenn die miteinander verglichenen Personengruppen und Fallkonstellationen in gleicher Weise schutzwürdig sind. Liegen zwischen den Gruppen (hier: Ärztin/Arzt – schwangere Frau) und Konstellationen (hier: sachliche Information über den Schwangerschaftsabbruch durch die Ärztin/den Arzt – Abbruch durch die Frau) keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht vor, dass sie eine Differenzierung bei der Strafwürdigkeit ihres Verhaltens rechtfertigen, müssen sie schon wegen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) rechtlich – und insbesondere strafrechtlich – gleich behandelt werden.

Ein solcher Fall lag der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.04.1964 („Mitfahrzentrale“) zugrunde, in dem es um die Zulässigkeit eines mit Strafandrohung versehenen gesetzlichen Verbots ging, Beförderungen mit Personenkleinkraftwagen gegen die die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigendes Entgelt durchzuführen, wenn Fahrer und Mitfahrer durch öffentliche Vermittlung zusammengeführt worden sind.⁸⁸ Da nach dem mit Strafe bedrohten Verbot die PKW-Besitzer als Haupttäter und die Mitfahrzentralen als Gehilfen galten und in der Praxis in tausenden von Fällen die PKW-Besitzer nicht verfolgt wurden, während die Inhaber der Mitfahrzentralen wegen strafbarer Beihilfe zur Rechenschaft gezogen wurden, erklärte das Bundesverfassungsgericht das strafbewehrte Verbotsgebot zu Recht für verfassungswidrig. Die Mitfahrzentralen und die PKW-Führer seien gleichermaßen schutzwürdig, sodass ein „Mißbrauch strafrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten“ vorliege und die einseitige strafrechtliche Verfolgung der Inhaber der Mitfahrzentralen durch das strafbewehrte Verbot verfassungswidrig sei.⁸⁹

Bei § 219a StGB dürften die Dinge jedoch anders liegen. Die Straflosigkeit schwangerer Frauen, die einen Abbruch nach § 218a Abs. 1 bis 3

Dezember 2017, ZfL 27 (2018), 31; ähnlich *Mitsch*, KriPoZ 4/2019, 214 (217): Das Delikt mit der geringeren Strafwrürdigkeit (§ 219a StGB) ist unter Strafandrohung gestellt, das Delikt mit der höheren Strafwrürdigkeit (§ 218a StGB) dagegen nicht. Das sei ein „Systembruch“.

87 Zur Ultima-ratio-Funktion des Strafrechts vgl. nur BVerfGE 88, 203 (258); 120, 224 (239 f.).

88 BVerfGE 17, 306 (311).

89 BVerfGE 17, 306 (311 ff., insbesondere 318).

StGB vornehmen, beruht auf ihrer besonderen Konfliktsituation.⁹⁰ Das gilt sowohl in den Fällen des § 218a Abs. 2 bis 3 StGB als auch bei Abbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB. Eine vergleichbare Konfliktsituation liegt bei den Normadressaten des § 219a Abs. 1 StGB (insbesondere Ärztinnen und Ärzte) hinsichtlich sachlicher Informationen über den Schwangerschaftsabbruch nicht vor. Aus diesem Grund erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, Informationen zu Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärztinnen und Ärzte auch dann unter Strafe zu stellen, wenn der Abbruch für die Frau selbst straflos ist.

Etwas anderes kann nicht aus einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.05.2006 gefolgert werden, mit dem das Gericht eine Verfassungsbeschwerde gegen eine zivilrechtliche Verurteilung zur Unterlassung der Behauptung, in der Praxis eines namentlich genannten Arztes würden rechtswidrige Abtreibungen durchgeführt, nicht zur Entscheidung angenommen hat.⁹¹ Bei Abwägung zwischen den kollidierenden Grundrechten des sich äußernden, beschwerdeführenden Abtreibungsgegners (Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG) und des Arztes (Allgemeines Persönlichkeitsgrundrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass der Arzt dem Beschwerdeführer „keinen Anlass gegeben“ habe, „aus der Gruppe der Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, gerade ihn herauszustellen und ihn gezielt bei Dritten anzuprangern.“⁹² Zur Begründung führte das Bundesverfassungsgericht aus: „Ein solcher Anlass folgt hier nicht schon aus dem Umstand, dass der Kläger seine Bereitschaft zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen öffentlich hatte erkennen lassen. Wenn die Rechtsordnung Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzte eröffnet, muss es dem Arzt auch ohne negative Folgen für ihn möglich sein, darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können.“⁹³

Bei isolierter Betrachtung dieser Sätze hat das Bundesverfassungsgericht damit den damals ohne Absatz 4 geltenden § 219a StGB implizit für verfassungswidrig erklärt. Nach Maßgabe der zur Zeit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bestehenden alten Fassung des § 219a StGB hatte der Arzt dem Beschwerdeführer durch seinen strafbaren (§ 219a Abs. 1 StGB

90 Näher unter C. II. 3. c) aa), S. 140.

91 BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 1060/02 u. a.

92 BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 1060/02 u. a., Rn. 36 (juris).

93 BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 1060/02 u. a., Rn. 36 (juris).

a. F.) öffentlichen Hinweis auf die Durchführung („Ob“) von Schwangerschaftsabbrüchen sehr wohl „Anlass gegeben“ zur „Anprangerung“ seiner Person. Ob bei einem solchen „Anlass“ für die „Anprangerung“ der Fall anders zu entscheiden gewesen wäre, kann dahinstehen. Im vorliegenden Zusammenhang ist allein entscheidend, ob das Bundesverfassungsgericht mit diesen wenigen, eher beiläufigen Sätzen die Vorschrift des § 219a Abs. 1 StGB a. F. (Strafbarkeit öffentlicher Hinweise von Ärztinnen und Ärzten auf die Tatsache, dass sie Schwangerschaftsabbrüche durchführen) implizit für verfassungswidrig erklärt hat. Hierfür gibt es in dem Beschluss allerdings keinen Anhaltspunkt, zumal § 219a StGB a. F. in dem Beschluss nicht einmal Erwähnung findet, geschweige denn im konkreten Fall bei der Abwägung berücksichtigt wurde. Die Frage kann hier aber nicht abschließend beurteilt werden.

c) In den Fällen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB ist das Informationsverbot des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB eine unverhältnismäßige Beschränkung der Grundrechte schwangerer Frauen

In den Fällen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB schränkt das strafbewehrte Verbot des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB für Ärztinnen und Ärzte, über das „Wie“ (insbesondere: die Methoden) von Schwangerschaftsabbrüchen sachlich zu informieren, die Grundrechte schwangerer Frauen unverhältnismäßig ein.⁹⁴

aa) § 218a Abs. 2 und 3 StGB: Rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche

§§ 218 ff. StGB beruhen auf einem gesetzgeberischen Konzept, das einen Ausgleich zwischen dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des ungeborenen Lebens (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und den ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechten schwangerer Frauen vornimmt. Grundsätzlich genießt das ungeborene Leben Vorrang gegen-

94 Im Ergebnis ebenso *Merkel*, Stellungnahme für die Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 18.02.2019 zu dem Thema „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“, 15.02.2019, S. 2; s. auch *Merkel*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu § 219a Strafgesetzbuch am 27. Juni 2018 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, 25.06.2018, S. 2 f.

über den Grundrechten der Frau.⁹⁵ Aus diesem Grund sind Schwangerschaftsabbrüche „grundsätzlich als Unrecht“ anzusehen „und demgemäß rechtlich verboten“⁹⁶

Etwas anderes gilt in besonderen Ausnahmelagen. Namentlich für die medizinische Indikation (vgl. § 218a Abs. 2 StGB) steht fest, dass ein Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig, also kein Unrecht ist und damit auch nicht unter Strafe gestellt werden darf. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass bei einer schweren, gar lebensbedrohlichen Konfliktsituation (medizinische Indikation) schutzwürdige Positionen der Frau vorliegen, die dazu führen, dass die staatliche Rechtsordnung „nicht verlangen kann, die Frau müsse hier dem Lebensrecht des Ungeborenen unter allen Umständen den Vorrang geben“⁹⁷ Das Gleiche gilt für die kriminologische Indikation (vgl. § 218a Abs. 3 StGB) sowie für andere, vergleichbar schwere Konfliktlagen.⁹⁸

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend betrachtet der Gesetzgeber in § 218a StGB Schwangerschaftsabbrüche bei medizinischer (Abs. 2) und kriminologischer (Abs. 3) Indikation als „nicht rechtswidrig“, also rechtmäßig. Die Rechtmäßigkeit und Straffreiheit von Schwangerschaftsabbrüchen nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB ist verfassungsrechtlich vorgegeben.

bb) Schutzpflichten des Gesetzgebers für die Grundrechte der Frauen

Da in den Fällen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB Schwangerschaftsabbrüche von Verfassungs wegen kein Unrecht, sondern rechtmäßig sind, obliegen dem Gesetzgeber gegenüber schwangeren Frauen besondere verfassungsrechtliche Schutzpflichten. Der Gesetzgeber hat mit Blick auf die besondere Konfliktsituation (medizinische oder kriminologische Indikation) schwangerer Frauen Schutzpflichten für ihre Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürdegarantie), Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht)⁹⁹ und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Grundrecht

95 BVerfGE 88, 203 (255).

96 BVerfGE 88, 203 (255); vgl. BVerfGE 39, 1 (44).

97 BVerfGE 88, 203 (256 f.); vgl. BVerfGE 39, 1 (50).

98 BVerfGE 88, 203 (257, 272); vgl. BVerfGE 39, 1 (50).

99 Zum Schutz der Entscheidung einer Frau über die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs als Ausdruck ihres Selbstbestimmungsrechts durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG s. *Gesellschaft für*

auf körperliche Unversehrtheit)¹⁰⁰. Damit Frauen in einer besonderen Konfliktsituation ihr Recht auf einen Schwangerschaftsabbruch wahrnehmen können, muss der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, dass sie über sämtliche für den Abbruch notwendigen Informationen verfügen. Er darf insbesondere den Zugang zu Informationen, die von Ärztinnen und Ärzten bereitgestellt werden, nicht behindern. Zu den für den Schwangerschaftsabbruch notwendigen Informationen gehört nicht nur, welche Ärztinnen und Ärzte in Deutschland Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, sondern auch, welche Methoden hierbei zur Anwendung kommen, welche Nebenwirkungen und Komplikationen die Methoden bergen und welche Vor- und Nachbehandlung erforderlich ist.

Überdies gebietet das Grundrecht der Informationsfreiheit, schwangeren Frauen den Zugang zu den für ihre Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch notwendigen Informationen nicht zu beschränken (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG). Stellen Ärztinnen und Ärzte Informationen über Schwangerschaftsabbrüche bereit, handelt es sich um allgemein zugängliche Quellen,¹⁰¹ die dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG unterliegen.¹⁰² Informationen i. S. v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG umfassen auch Tatsachen,¹⁰³ zu denen sachliche Informationen über die Art und Weise des Schwangerschaftsabbruchs gehören.¹⁰⁴ Informationsbeschränkungen seitens des Staates sind deshalb an dem Grundrecht der Informationsfreiheit zu messen.

Freiheitsrechte, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 25.

- 100 *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 29 ff. sieht das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auch unter dem Aspekt des „Patienten-Selbstbestimmungsrechts“ als betroffen an.
- 101 Zur Definition der „allgemein zugänglichen Quellen“ i. S. d. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG als Quellen, die geeignet und bestimmt sind, der Allgemeinheit, d. h. einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis Informationen zu verschaffen, s. nur BVerfGE 27, 71 (83); 33, 52 (65); 90, 27 (32); 103, 44 (60).
- 102 Gleichsinnig *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 20.
- 103 Vgl. BVerfGE 90, 27 (32); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 22; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1-2 Rn. 77; Wendt, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 22.
- 104 Näher D. I., S. 158 f.

cc) Nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Informationszugangs schwangerer Frauen

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben wird der Gesetzgeber mit § 219a StGB insoweit gerecht, als nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB Hinweise von Ärztinnen und Ärzten, Krankenhäusern oder Einrichtungen auf die Tatsache, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB vornehmen, straflos sind. Der Gesetzgeber ist damit seiner verfassungsrechtlichen Pflicht nachgekommen, Frauen den Zugang zu Informationen zu ermöglichen, welche Ärztinnen und Ärzte Schwangerschaftsabbrüche vornehmen.

Jedoch verletzt der Gesetzgeber die Grundrechte der Frauen dadurch, dass er den Zugang zu Informationen von Ärztinnen und Ärzten über das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs behindert. Diese Behinderung ist mit seinen Schutzpflichten für die Grundrechte der Frauen aus Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürdegarantie), Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit) ebenso wenig vereinbar wie mit ihrem Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG) (s. [1]). An diesen Grundrechtsverstößen ändert die Möglichkeit des Zugangs zu Informationen über Schwangerschaftsabbrüche bei den neutralen Stellen i. S. d. § 13 Abs. 3 und § 13a SchKG nichts, zumal die dort verfügbaren Informationen unzureichend sind (s. [2]).

(1) Behinderung des Zugangs zu Informationen bei den Ärztinnen und Ärzten über die Art und Weise des Schwangerschaftsabbruchs

Nach § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB sind Informationen von Ärztinnen und Ärzten zum „Wie“ der von ihnen angebotenen Schwangerschaftsabbrüche, insbesondere zu den von ihnen angebotenen Methoden, mit Strafe bedroht. Da bei Schwangerschaftsabbrüchen in den Fällen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB wegen der besonderen Konfliktsituation der Frauen der Schutz des ungeborenen Lebens gegenüber den Grundrechten der Schwangeren zurücktritt und der Abbruch rechtmäßig ist, treffen den Staat besondere Schutzpflichten für die Grundrechte der Frauen (Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Er muss dafür Sorge tragen, dass sie über alle für die Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch und seine Durchführung notwendigen Informationen verfügen.

Zu diesen Informationen gehört nicht nur, welche Ärztinnen und Ärzte Schwangerschaftsabbrüche durchführen, sondern auch, mittels welcher Methode (medikamentös / chirurgisch) der Abbruch durchgeführt wird, welche Nebenwirkungen und Komplikationen die jeweilige Methode birgt und welche Vor- und Nachbehandlung erforderlich ist.¹⁰⁵ Die Notwendigkeit einer Information über die Nachbehandlung gilt umso mehr, als nach § 13 Abs. 1 SchKG Frauen einen Schwangerschaftsabbruch nur in einer Einrichtung vornehmen lassen dürfen, die auch die notwendige Nachbehandlung gewährleistet.

Mit diesen Schutzpflichten des Gesetzgebers für die Grundrechte der Frauen ist es unvereinbar, öffentliche Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die Art und Weise des von ihnen praktizierten Schwangerschaftsabbruchs mit einer Strafandrohung zu versehen und damit Frauen den Zugang zu diesen Informationen zu verwehren. Eine solche Informationsbeschränkung verbessert nicht die Informationsbasis der Frauen, sondern schränkt sie ein. Der Gesetzgeber macht damit das Gegenteil dessen, was ihm seine Schutzpflicht gebietet: Er fördert nicht den Informationszugang der Frauen, sondern behindert ihn.

Die Informationsbeschränkung durch den Gesetzgeber verletzt zudem das Grundrecht der Informationsfreiheit der Frauen (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG), weil es sachlich nicht zu rechtfertigen ist, dass sich Frauen nicht über die Methoden des Schwangerschaftsabbruchs direkt bei Ärztinnen und Ärzten informieren können. Die Verbreitung wahrer Tatsachen (wer nimmt mit welchen Methoden Schwangerschaftsabbrüche vor) darf nach der Kommunikationsverfassung des Art. 5 Abs. 1 GG nicht verboten werden.¹⁰⁶ Das gilt umso mehr, als schwangere Frauen im Internet oftmals auf falsche und unsachliche Informationen über die Art und Weise von Schwangerschaftsabbrüchen treffen. Insbesondere Abtreibungsgegner informieren häufig bewusst unrichtig und unsachlich über die Durchführung von Abbrüchen. Das trägt zur Verunsicherung von Frauen bei. Sie sind deshalb auf richtige und sachliche Informationen über die Art und Weise von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärztinnen und Ärzte angewiesen. Solche Informationen sind ein notwendiges Gegengewicht zu den im Internet kursierenden unzutreffenden und unsachlichen Informationen. Entsprechende Informationsverbote für Ärztinnen und Ärzte haben daher

105 Vgl. *Hollo*, § 219a StGB verstößt gegen die Meinungsfreiheit – Eine Erwiderung auf Matthias Friebe, JuWissBlog Nr. 10/2020 v. 10.2.2020 (www.juwiss.de/10-2020/).

106 Näher D. II., S. 159 ff.

auch vor dem Grundrecht der Informationsfreiheit keinen Bestand; das Verbot wahrer Tatsachenbehauptungen, auf die schwangere Frauen dringend angewiesen sind, verletzt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG.

Hiergegen spricht nicht, dass es der Rechtsordnung nicht fremd ist, ein an sich zulässiges Verhalten einzelner Personen zum Anknüpfungspunkt für Verbote für andere zu machen. Ein Beispiel ist das Verbot der Tabakwerbung. Obgleich Rauchen in Deutschland nicht verboten ist, dürfen andere daran gehindert werden, für Tabakprodukte zu werben. Entsprechend könnte – so ein zum Teil vorgebrachtes Argument – auch ein strafbewehrtes Verbot von Werbung für den Schwangerschaftsabbruch zulässig sein, und zwar auch in Fällen, in denen der Schwangerschaftsabbruch – wie bei § 218a Abs. 2 und 3 StGB – rechtmäßig ist.¹⁰⁷

Eine solche Argumentation vermag jedoch bereits deshalb nicht zu verfangen, weil die beiden Fälle nicht vergleichbar sind. Eine schwangere Frau, die einen Schwangerschaftsabbruch in Erwägung zieht, befindet sich in einer besonderen Konfliktsituation, in der sie der Hilfe des Staates und der Gesellschaft bedarf. Sie muss für ihre Entscheidung über den Abbruch Kenntnis davon haben, welche Ärztinnen und Ärzte Abbrüche vornehmen und welche Methoden sie hierbei anwenden. Demgegenüber kann ein Tabakkonsument auch ohne weitere (werbliche) Informationen rauchen. Überdies liegt bei Tabakkonsum ein selbstschädigendes Verhalten vor, bei dem der Konsument ein Stück weit „vor sich selbst“ geschützt werden darf; dies gilt insbesondere bei suchtgefährdeten und süchtigen Raucherinnen und Rauchern. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn der Staat in Wahrnehmung seines Schutzauftrags gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG Werbung für Tabakprodukte verbietet.

Im Ergebnis steht fest: Das strafbewehrte Informationsverbot des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB bezüglich der Art und Weise von Schwangerschaftsabbrüchen (insbesondere: Abbruchmethoden) ist in den Fällen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB, in denen sowohl nach dem Grundgesetz als auch nach der Einschätzung des Gesetzgebers ein Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig ist, unverhältnismäßig. Da in den Fällen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB Schwangerschaftsabbrüche von Verfassungs wegen kein Unrecht, sondern rechtmäßig sind, obliegen dem Gesetzgeber gegenüber schwangeren Frauen besondere Schutzpflichten im Hinblick auf den Zugang zu den für den Abbruch notwendigen Informationen. Diese Schutzpflichten verletzt der Gesetzgeber mit dem strafbewehrten Informationsverbot hin-

107 In diesem Sinne Kubiciel, ZRP 2018, 13 (15).

sichtlich der Methoden des Schwangerschaftsabbruchs. Er verletzt sowohl seine Schutzpflichten für die Grundrechte der schwangeren Frauen (Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) als auch deren grundrechtlich geschützte Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG).

(2) Unzulänglichkeit der Informationen neutraler Stellen i. S. d. § 13 Abs. 3 und § 13a SchKG

An diesen Grundrechtsverstößen ändert die Möglichkeit nichts, dass sich Frauen über das („Ob“ und) „Wie“ ärztlicher Schwangerschaftsabbrüche bei den neutralen Stellen i. S. d. § 13 Abs. 3 und § 13a SchKG oder aus allgemein zugänglichen Quellen wie medizinischer Literatur informieren können.¹⁰⁸

Das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG) schützt nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auch die Entscheidung darüber, aus welcher Quelle Informationszugangssuchende sich informieren möchten.¹⁰⁹ Der Gesetzgeber ist außerdem zur Erfüllung seiner Schutzpflichten für die Grundrechte der Frauen aus Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verpflichtet, deren Informationszugang zu fördern. Indem der Gesetzgeber öffentliche sachliche Informationen von Ärztinnen und Ärzten über das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs mit Strafe bedroht, fördert er den Informationszugang nicht, sondern beschränkt ihn. Er handelt damit seinen verfassungsrechtlichen Schutzpflichten für die Grundrechte der Frauen zuwider. Zugleich verletzt er deren Informationsfreiheit, weil es sachlich nicht zu rechtfertigen ist, Frauen den Zugang zur Informationsquelle der Ärztinnen und Ärzte abzuschneiden.

Ungeachtet dessen sind die bei den neutralen Stellen i. S. d. § 13 Abs. 3 und § 13a SchKG abrufbaren Informationen inhaltlich unzureichend für

108 Dies erkennen: LG Gießen, Urt. v. 12.10.2018 – 3 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 27 (juris), das eine Betroffenheit schwangerer Frauen in ihrem Grundrecht der Informationsfreiheit durch § 219a StGB verneint; *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Neufassung von § 219a StGB, Ausarbeitung WD 3-3000-043/19 v. 27.02.2019, S. 8.

109 BVerfGE 15, 288 (295); 90, 27 (38); vgl. auch *Grabenwerter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Werkstand: 89, EL Oktober 2019, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 1029; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1-2 Rn. 83. Nicht richtig daher *Winter*, HRRS 8-9/2019, 291 (294), derzufolge „kein grundrechtlich verbürgtes Recht der Frauen auf einen bestimmten Weg der Information“ besteht.

Frauen in Konfliktlagen. Zwar hat der Gesetzgeber die Informationslage schwangerer Frauen durch die Ergänzung des § 219a StGB um den Absatz 4 sowie durch § 13 Abs. 3, § 13a SchKG verbessert. In der nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz von der Bundesärztekammer zu veröffentlichten Liste stehen zum einen die Namen derjenigen Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen, die ihr mitgeteilt haben, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB durchführen (§ 13 Abs. 3 Satz 1 SchKG). Zum anderen enthält die Liste Angaben über die jeweils angewendeten Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs, soweit diese der Bundesärztekammer mitgeteilt werden (§ 13 Abs. 3 Satz 2 SchKG).

Diese von der Bundesärztekammer veröffentlichten und von weiteren neutralen Stellen verbreiteten (s. § 13a SchKG) Informationen, auf die Ärztinnen und Ärzte gem. § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB (zum Beispiel durch Verlinkung)¹¹⁰ hinweisen dürfen, womit sie „mittelbar über die eigene Abbruchmethode informieren“,¹¹¹ sind aber verfassungsrechtlich nicht hinreichend:

Erstens: Die Liste enthält nur die Namen derjenigen Ärztinnen und Ärzte, die der Bundesärztekammer mitgeteilt haben, dass sie Schwangerschaftsabbrüche durchführen (s. § 13 Abs. 3 Satz 1 SchKG: „die ihr mitgeteilt haben“). Das Gleiche gilt für die Angaben über die jeweils angewendeten Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs (s. § 13 Abs. 3 Satz 2 SchKG: „soweit diese mitgeteilt werden“). Wegen der Prangerwirkung der Liste der Bundesärztekammer (vgl. nur die Internetseite <https://www.babykaust.de> des Abtreibungsgegners *Klaus Günter Annen*) haben bislang nur 325 der insgesamt ca. 1200 Ärztinnen und Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, Mitteilung an die Bundesärztekammer gemacht. Dementsprechend enthält deren Liste aktuell nur 325 Einträge (Stand: Juni 2020).¹¹² Viele Frauen in Deutschland haben daher keinen Zugang zu Informationen darüber, welche Ärztinnen oder Ärzte Schwangerschaftsabbrüche in der Nähe ihres Wohnorts durchführen.

Eine nahezu vollständige Liste mit den in Deutschland niedergelassenen ca. 1.200 Ärztinnen und Ärzten, die Schwangerschaftsabbrüche durchfüh-

¹¹⁰ BT-Drs. 19/7693, S. 2 und II; s. auch BT-Drs. 19/7965, S. 9: „auch durch die zitierende Einfügung einer Kopie dieser Informationen auf der eigenen Homepage“.

¹¹¹ BT-Drs. 19/7965, S. 10.

¹¹² Die Liste der Bundesärztekammer nach § 13 Abs. 3 SchKG ist abrufbar unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/List_e219a/20200605_Liste___13_Abs_3_SchKG.pdf.

ren, ist bislang öffentlich nur auf der Internetseite <https://www.babykaus.t.de> verfügbar, die von dem Abtreibungsgegner *Klaus Günter Annen* betrieben wird. Nur dort können sich Frauen aktuell einen vollständigen Überblick verschaffen, welche Ärztinnen und Ärzte Schwangerschaftsabbrüche durchführen.

Zweitens: Auf der Liste der Bundesärztekammer fehlen außerdem zahlreiche weitere für die Arztwahl der Frauen wichtige Informationen. Insbesondere finden sich dort keine Hinweise, bis zu welcher Schwangerschaftswoche Ärztinnen und Ärzte Abbrüche vornehmen. Viele Ärztinnen und Ärzte führen Schwangerschaftsabbrüche nur bis zur 10. Schwangerschaftswoche durch, sodass Frauen, die sich kurz vor dieser, in dieser oder in einer späteren Schwangerschaftswoche befinden, zeitaufwändig „herumfragen“ müssen, welche Einrichtungen Schwangerschaftsabbrüche bis zur 12. Schwangerschaftswoche durchführen. Dadurch entsteht oftmals ein erheblicher Zeitverlust für Frauen, was ihr verfassungsrechtliches Recht auf einen fristgemäß (12-Wochen-Frist) Abbruch nach § 218a Abs. 3 StGB (s. auch § 218a Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 218a Abs. 4 Satz 1 StGB: 22-Wochen-Frist) gefährdet. Zudem führt jede zeitliche Verzögerung des Abbruchs zu einem erhöhten Komplikations- und Gesundheitsrisiko für die Frau (vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG).

Drittens: Ebenfalls nicht auf der Liste der Bundesärztekammer stehen Informationen über die Kosten eines Schwangerschaftsabbruchs und die Möglichkeit, einen rechtmäßigen Abbruch (§ 218a Abs. 2 und 3 StGB) auf Kosten der gesetzlichen Krankenkassen durchführen zu lassen (s. § 11 Abs. 1 Nr. 2, § 24b SGB V).¹¹³ Über die Kosten und die Möglichkeit der Kostenübernahme des Schwangerschaftsabbruchs durch die Krankenkassen klären auch nicht alle Beratungsstellen nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz auf. Dadurch entsteht bei Frauen ein Informationsdefizit, das ihnen eine vollinformierte, selbstbestimmte Entscheidung über den Abbruch erschwert und mitunter unmöglich macht.

Viertens: Viele Frauen kennen zudem die Liste der Bundesärztekammer nicht, während sie ihre Frauenärztin bzw. ihren Frauenarzt kennen und dort nach öffentlich zugänglichen Informationen über Schwangerschaftsabbrüche suchen. Weil Frauen die erforderlichen Informationen über den Ablauf des Abbruchs und insbesondere die praktizierten Methoden bei ihrer Ärztin bzw. ihrem Arzt öffentlich und damit niedrigschwellig (ohne

113 Hierzu näher C. II. 3. d), S. 149 ff.

persönliches Beratungsgespräch) nicht vollständig erhalten, kann für sie ein erheblicher Zeitverlust mit den beschriebenen Folgen entstehen.

Fünftens: Informationen über die Art und Weise der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen, insbesondere die in Betracht kommenden Methoden, in allgemein zugänglichen Quellen wie medizinischer Literatur sind schließlich schon deswegen nicht ausreichend *sub specie* des Grundrechts der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG), weil Frauen ihnen nicht entnehmen können, welche Ärztin bzw. welcher Arzt welche Methode anbietet.¹¹⁴

- d) Auch in den Fällen des § 218a Abs. 1 StGB ist das Informationsverbot des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB eine unverhältnismäßige Beschränkung der Grundrechte schwangerer Frauen

Auch bei Schwangerschaftsabbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB schränkt das für Ärztinnen und Ärzte geltende strafbewehrte Verbot des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB, über die Art und Weise (insbesondere: die Methoden) von Schwangerschaftsabbrüchen sachlich zu informieren, die Grundrechte schwangerer Frauen unverhältnismäßig ein.¹¹⁵

Im Gegensatz zu Schwangerschaftsabbrüchen nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB, die sowohl verfassungsrechtlich gerechtfertigt als auch einfachgesetzlich rechtmäßig sind, sind Schwangerschaftsabbrüche nach § 218a Abs. 1 StGB „nur“ wegen Tatbestandslosigkeit straffrei („Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht...“). Das strafrechtliche Schrifttum sieht nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abbrüche in den Kategorien des Strafrechts als rechtswidrig an.¹¹⁶ Ob die Straflosigkeit Folge eines Entschuldigungsgrundes oder eines persönlichen Strafausschließungsgrundes ist, sei

114 Dies übersehen: LG Gießen, Urt. v. 12.10.2018 – 3 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 27 (juris), das eine Betroffenheit schwangerer Frauen in ihrem Grundrecht der Informationsfreiheit durch § 219a StGB verneint; *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Neufassung von § 219a StGB, Ausarbeitung WD 3-3000-043/19 v. 27.02.2019, S. 8.

115 Im Ergebnis ebenso *Merkel*, Stellungnahme für die Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 18.02.2019 zu dem Thema „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“, 15.02.2019, S. 2; s. auch *Merkel*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu § 219a Strafgesetzbuch am 27. Juni 2018 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, 25.06.2018, S. 3 f.

116 S. nur *Satzger*, ZfL 27 (2018), 22 (23); *Walter*, ZfL 27 (2018), 26 (27).

dahingestellt. Ihren Grund hat die Qualifizierung von Schwangerschaftsabbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB als strafrechtlich „rechtswidrig“ in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, nach der Schwangerschaftsabbrüche nur in besonderen Ausnahmelagen nicht „als Unrecht“, d. h. nicht als rechtswidrig anzusehen sind.¹¹⁷ Eine solche Ausnahmelage hat das Bundesverfassungsgericht für die medizinische und die kriminologische Indikation (vgl. § 218a Abs. 2 und 3 StGB) sowie für andere, ihrer Schwere nach vergleichbare Notlagen anerkannt.¹¹⁸ Etwas anderes gilt aber „im Rahmen der Normalsituation einer Schwangerschaft“;¹¹⁹ hier geht das Bundesverfassungsgericht von der Rechtswidrigkeit – wenngleich nicht notwendig Strafbarkeit (vgl. § 218a Abs. 1 StGB) – des Schwangerschaftsabbruchs aus.¹²⁰

Doch auch wenn man dementsprechend in den Fällen des § 218a Abs. 1 StGB Schwangerschaftsabbrüche nicht als (straflosen) rechtmäßigen, sondern als (straflosen) rechtswidrigen Vorgang qualifiziert, liegen gegenüber Abbrüchen nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht vor, dass sie eine unterschiedliche Beurteilung des Informationsverbots des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB für Ärztinnen und Ärzte rechtfertigen. Aus der Rechtswidrigkeit eines nach § 218a Abs. 1 StGB straflosen Abbruchs folgt nicht, dass auch die medizinisch notwendige (öffentliche) Aufklärung und Beratung der Frauen im Vorfeld eines Abbruchs einfachgesetzlich und verfassungsrechtlich rechtswidrig ist. Für die verfassungsrechtliche Bewertung ist zwischen dem Abbruch der Schwangerschaft als solchem (§ 218a Abs. 1 StGB) und den medizinisch notwendigen Aufklärungs- und Beratungsleistungen im Vorfeld des Abbruchs zu unterscheiden. Wie bereits dargelegt,¹²¹ erscheint es ausgeschlossen, dass die Aufklärung über die Methoden des Abbruchs das Schutzgut des ungeborenen Lebens gefährdet. Es liegt fern, dass solche Informationen die Zahl von Schwangerschaftsabbrüchen erhöhen. Die medizinische Aufklärung und Beratung zu den Abbruchmethoden im Vorfeld eines etwaigen Abbruchs beeinflusst nicht die Entscheidung der Frau über das „Ob“ eines Schwangerschaftsabbruchs, sondern versetzt sie nur in die Lage zu entscheiden, welche Methode im Fall eines Schwangerschaftsabbruchs zum Einsatz kommen soll.

117 Näher mit Nachweisen oben unter C. II. 3. c) aa), S. 140.

118 S. mit Nachweisen unter C. II. 3. c) aa), S. 140.

119 BVerfGE 88, 203 (257).

120 BVerfGE 88, 203 (255 ff.).

121 S. oben C. II. 2, S. 129 ff.

Dementsprechend dürfen und müssen aus berufs- und haftungsrechtlichen Gründen die Ärztinnen und Ärzte ihre Patientinnen im persönlichen Beratungsgespräch eingehend über die in Betracht kommenden Methoden eines Schwangerschaftsabbruchs aufklären.¹²² Auch diese Aufklärung im persönlichen Beratungsgespräch gefährdet das ungeborene Leben nicht, sondern ist dem Schutz der Gesundheit der schwangeren Frau geschuldet (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG).

Hinzu kommt, dass die Frau in Bezug auf den Zugang zu medizinischen Informationen zu den Abbruchmethoden bei Abbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB ebenso schutzwürdig ist wie bei Abbrüchen nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB. Unabhängig davon, ob der Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig (§ 218a Abs. 2 und 3 StGB) oder nur straffrei (§ 218a Abs. 1 StGB) ist, ist die Frau für ihre Entscheidung über den Abbruch in beiden Fällen gleichermaßen auf medizinische Informationen über die Abbruchmethoden angewiesen. Dementsprechend bestehen in beiden Fällen (§ 218a Abs. 2 und 3 StGB und § 218a Abs. 1 StGB) gleiche Schutzpflichten des Staates für die Grundrechte der Frauen. Das gilt umso mehr, als im Zeitpunkt der Informationssuche manche Frauen gar nicht wissen und es mitunter auch objektiv noch nicht feststehen dürfte, ob ein Abbruch der Schwangerschaft nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB oder nach § 218a Abs. 1 StGB in Betracht kommt.

Im Fall des § 218a Abs. 1 StGB ist auch ein sachlicher Überblick über die Kosten des Abbruchs zum Schutz der Grundrechte der Frauen unerlässlich, weil sie anderenfalls keine informierte Entscheidung über den Abbruch treffen können und zudem Gefahr laufen, in ihrer Ausnahme- und Notsituation von einzelnen Ärztinnen oder Ärzten im Hinblick auf die Kosten übervorteilt zu werden. Das gilt umso mehr, weil nicht alle Beratungsstellen (s. § 3 SchKG) über die Möglichkeiten eines Abbruchs auf Kostenübernahme der gesetzlichen Krankenkassen (s. § 11 Abs. 1 Nr. 2, § 24b SGB V) aufklären.

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend differenziert der Gesetzgeber auch bei der Erbringung von Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen im Fall von Schwangerschaftsabbrüchen zwischen dem Abbruch als solchem und der Beratungsleistung im Vorfeld. Bei einem unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 StGB vorgenommenen Abbruch der Schwangerschaft wird die Vornahme des Abbruchs selbst nicht von den Krankenkassen übernommen (s. § 24b Abs. 3 und 4 SGB V). Gleichwohl

122 Näher bei und in Fn. 64.

haben Versicherte Anspruch auf die ärztliche Beratung über die Erhaltung und den Abbruch der Schwangerschaft (§ 24b Abs. 3 SGB V).

Es steht somit fest: Weder im Hinblick auf das Schutzgut des ungeborenen Lebens noch im Hinblick auf das Informationsbedürfnis der Frau bestehen nach Art und Gewicht Unterschiede, die es rechtfertigen, sachliche Informationen der Ärztinnen und Ärzte über Schwangerschaftsabbrüche in den Fällen des § 218a Abs. 1 StGB anders zu bewerten als in den Fällen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB. Die Informationsbeschränkung durch § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB ist bei Abbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB ebenso unverhältnismäßig wie bei Abbrüchen nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB.

Dementsprechend sind auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Berufswerbeverbote mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar, wenn sich die Werbung in „sachangemessene(n) Informationen, die keinen Irrtum erregen,“ erschöpft.¹²³ Hinweise von Berufsträgern, die „in erster Linie Informationen über Inhalt, Bedeutung und Möglichkeiten der praktizierten Behandlung“ vermitteln, entsprechen „einem erheblichen und legitimen sachlichen Informationsbedürfnis von Patienten“.¹²⁴ „Mit welchen vernünftigen Gemeinwohlbelangen sich das Verbot dieser Schilderungen rechtfertigen ließe, ist nicht ersichtlich.“¹²⁵

4. Unangemessenheit des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB wegen Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Konsistenzgebot

Ist nach alledem in den Fällen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB ein Informationsverbot für Schwangerschaftsabbrüche (§ 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB) mit Blick auf die Grundrechte schwangerer Frauen unverhältnismäßig und schon deshalb verfassungswidrig, liegt ein weiterer Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot darin, dass der Gesetzgeber das von ihm gewählte Schutzkonzept für das ungeborene Leben in § 219a StGB nicht folgerichtig regelt. Er verstößt damit gegen das verfassungsrechtliche Konsistenzgebot, sodass § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB unverhältnismäßig im engeren Sinne ist.

Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen verpflichtet, das von ihm gewählte Schutzkonzept für das ungeborene Leben folgerichtig zu regeln

123 BVerfG, NJW 2006, 282; vgl. BVerfGE 82, 18 (28).

124 BVerfG, NJW 2006, 282 (283).

125 BVerfG, NJW 2006, 282 (283).

(Konsistenzgebot).¹²⁶ §§ 218 ff. StGB beruhen auf einem Konzept des Gesetzgebers, das einen Ausgleich zwischen dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des ungeborenen Lebens (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und den ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechten schwangerer Frauen vornimmt. Bei der Abwägung zwischen den kollidierenden Schutzgütern muss der Gesetzgeber sich konsequent und folgerichtig verhalten. Räumt er im Ergebnis einem Schutzgut Vorrang ein gegenüber dem anderen, muss dieses Abwägungsergebnis Maßstab für die gesetzliche Realisierung des gesamten Schutzkonzepts sein. Der Gesetzgeber muss das Abwägungsergebnis konsequent seinen Regelungen zugrunde legen und diese danach ausrichten. Mit der Verfassung unvereinbar ist es, wenn der Gesetzgeber innerhalb eines Schutzkonzepts zu einem unterschiedlichen Ausgleich der kollidierenden Schutzgüter gelangt.

Hieran gemessen ist die Strafvorschrift des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB inkonsistent und deshalb unverhältnismäßig.

Erstens: Der Gesetzgeber hat mit der Einfügung des Absatzes 4 in § 219a StGB durch das „Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“¹²⁷ das Ziel verfolgt, die Informationslage schwangerer Frauen zu verbessern. Für Frauen, die einen straffreien Schwangerschaftsabbruch nach § 218a StGB durchführen lassen wollen, war es vor der Neufassung des § 219a StGB „problematisch“, Informationen darüber zu erhalten, welche Ärztinnen und Ärzte Schwangerschaftsabbrüche durchführen und welche Methoden sie hierbei anwenden.¹²⁸ Dieses Informationsdefizit der Frauen wollte der Gesetzgeber durch § 219a Abs. 4 StGB beheben.¹²⁹

Der Gesetzgeber hat im Hinblick auf Informationen von Ärztinnen und Ärzten zum „Ob“ des Schwangerschaftsabbruchs durch § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB dem Informationsbedürfnis der schwangeren Frau gegenüber dem

126 Zum verfassungsrechtlichen Konsistenzgebot bezogen auf Rauchverbote in Gaststätten vgl. BVerfGE 121, 317 (360 ff.); in Bezug auf den Impfstoffversand vgl. BVerfGE 107, 186 (197); bezogen auf das Glücksspielrecht vgl. BVerfGE 115, 276 (309 f.); bezogen auf das Bayerische Schwangerenhilfegesetz vgl. auch bereits BVerfGE 98, 265 (304). Zum unionsrechtlichen Konsistenzgebot („Kohärenzgebot“) vgl. EuGH, EuZW 2009, 298 (301 Rn. 55); EuGH, EuZW 2009, 689 (691 Rn. 61); EuGH, NVwZ 2010, 1422 (1425 Rn. 64); EuGH, NVwZ 2016, 369 (370 Rn. 53); EuGH, NVwZ 2018, 479 (480 Rn. 49).

127 So der Titel des Gesetzentwurfs, s. BT-Drs. 19/7693, S. 1.

128 Vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 7: „Es besteht ein dringender Bedarf an diesen Informationen“; S. 8: „... der defizitäre Informationszugang für betroffene Frauen ...“

129 Vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 7 f. Hierzu insgesamt näher A. I., S. 117 ff.

Schutz des ungeborenen Lebens Vorrang eingeräumt. Ungeachtet dessen, dass das ungeborene Leben durch sachliche medizinische Informationen über die Methoden des Schwangerschaftsabbruchs nicht gefährdet ist,¹³⁰ muss der Gesetzgeber diese Abwägungsentscheidung konsequent umsetzen. Wenn er – wie in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB – Informationen von Ärztinnen und Ärzten zum „Ob“ des Schwangerschaftsabbruchs straffrei stellt, darf er Informationen von Ärztinnen und Ärzten über das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs nicht mit Strafe bedrohen. Das gilt umso mehr, als eine Gefährdung des ungeborenen Lebens durch medizinische Hinweise auf die Methoden des Schwangerschaftsabbruchs noch ferner liegt als durch Hinweis darauf, dass Ärztinnen und Ärzte Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB verstößt daher offensichtlich gegen das Konsistenzgebot und ist deshalb unverhältnismäßig und verfassungswidrig.

Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel: Die Information einer Ärztin/eines Arztes auf ihrer/seiner frei zugänglichen Homepage, dass sie/er Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB durchführt, ist gem. § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB straflos. – Die Information der Ärztin/des Arztes auf ihrer/seiner Homepage, wie sie/er Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB durchführt, insbesondere welche Methoden (medikamentös/chirurgisch) zur Anwendung kommen, welche Vor- und Nachbehandlung erforderlich ist und welche Risiken und Nebenwirkungen bestehen, ist gem. § 219a Abs. 1 StGB strafbar.

Zweitens: Ein weiterer Verstoß gegen das Konsistenzgebot haftet § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB i. V. m. dem Schwangerschaftskonfliktgesetz an. Der Gesetzgeber berechtigt und verpflichtet die Bundesärztekammer gem. § 13 Abs. 3 Satz 1 SchKG, eine Liste der Ärztinnen und Ärzte, die ihr mitgeteilt haben, dass sie Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, zu führen und im Internet zu veröffentlichen. Die Liste enthält auch Angaben über die jeweils angewendeten Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs, soweit diese mitgeteilt werden (§ 13 Abs. 3 Satz 2 SchKG). Diese Liste und weitere Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch muss auch die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung veröffentlichen (§ 13a Abs. 1 SchKG). Zudem muss der bundesweite zentrale Notruf Auskunft über die in der Liste nach § 13 Abs. 3 SchKG enthaltenen Angaben

130 Näher C. II. 2., S. 129 ff.

erteilen (§ 13a Abs. 2 SchKG). Ärztinnen und Ärzte dürfen nach § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB auf die Informationen der neutralen Stellen i. S. d. §§ 13 Abs. 3, 13a SchKG straffrei hinweisen (zum Beispiel durch Verlinkung),¹³¹ womit sie „mittelbar über die eigene Abbruchmethode informieren.“¹³² Unmittelbar eigene Informationen über die angewandten Schwangerschaftsabbruchmethoden auf der Homepage der Ärztinnen und Ärzte sind dagegen nicht von der Ausnahme des § 219a Abs. 4 StGB erfasst und deshalb weiterhin nach § 219a Abs. 1 StGB strafbar.¹³³

Ungeachtet dessen, dass von den Informationen der neutralen Stellen zu den Methoden des Schwangerschaftsabbruchs keinerlei Gefahren für das ungeborene Leben ausgehen,¹³⁴ räumt der Gesetzgeber auch insoweit dem Informationsbedürfnis der Frauen gegenüber dem Schutz des ungeborenen Lebens Vorrang ein. In der Konsequenz hätte er aufgrund dieser Abwägungsentscheidung solche Informationen auch Ärztinnen und Ärzten straffrei erlauben müssen. Die Veröffentlichung derselben Information durch Ärztinnen und Ärzte einerseits und durch neutrale Stellen andererseits kann nicht zu einer unterschiedlichen Gefahrbeurteilung des Gesetzgebers in Bezug auf das ungeborene Leben führen. Das ungeborene Leben ist in beiden Fällen gleichermaßen – nämlich gar nicht – gefährdet.

Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel: Die Information der Bundesärztekammer, dass ein/eine bestimmte(r), namentlich und mit Adresse genannte(r) Arzt/Ärztin bei Schwangerschaftsabbrüchen die Methoden „medikamentös“ und „operativ“ anwendet,¹³⁵ ist straflos (vgl. § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB, § 13 Abs. 3 SchKG). Ebenfalls straflos ist es, wenn die Ärztin/der Arzt die Liste der Bundesärztekammer auf ihrer/seiner Homepage verlinkt und auf diese Weise mittelbar auf die von ihm angebotenen Abbruchmethoden hinweist (§ 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB). – Informiert die Ärztin/der Arzt dagegen auf ihrer/seiner Homepage mit eigenen Worten unmittelbar selbst darüber, mittels welcher Methoden sie/er Schwangerschaftsabbrüche durchführt, macht sie/er sich gem. § 219a Abs. 1 StGB strafbar.

131 BT-Drs. 19/7693, S. 2 und 11; s. auch BT-Drs. 19/7965, S. 9: „auch durch die zitierende Einfügung einer Kopie dieser Informationen auf der eigenen Homepage.“

132 BT-Drs. 19/7965, S. 10.

133 Näher mit Nachweisen unter A. I., S. 117 ff.

134 Vgl. oben C. II. 2., S. 129 ff.

135 Zu solchen Einträgen in der Liste der Bundesärztekammer nach § 13 Abs. 3 SchKG s. unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Lista219a/20200605_Liste_13_Abs_3_SchKG.pdf.

Drittens: Inkonsistent ist das strafbewehrte Verbot sachlicher Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die Methoden des von ihnen durchgeführten Schwangerschaftsabbruchs nach § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB auch deshalb, weil Ärztinnen und Ärzte aus berufs- und haftungsrechtlichen Gründen verpflichtet sind, ihre Patientinnen im persönlichen Beratungsgespräch eingehend über die in Betracht kommenden Methoden eines Schwangerschaftsabbruchs aufzuklären.¹³⁶ Diese Aufklärung im persönlichen Beratungsgespräch ist dem Schutz der Gesundheit der Frau (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie weiteren Grundrechten der Frau geschuldet und daher zwingend erforderlich.¹³⁷ Dementsprechend darf der Gesetzgeber Ärztinnen und Ärzten die Veröffentlichung dieser Informationen nicht unter Strafandrohung verbieten. Das Handeln des Gesetzgebers ist offensichtlich inkonsistent.

Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel: Die Aushändigung einer Broschüre zu den Methoden des Schwangerschaftsabbruchs im persönlichen Beratungsgespräch ist nach § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB straflos (vgl. § 219a Abs. 1 StGB: „öffentlich“). – Die Auslage derselben Broschüre im Warterzimmers oder auf dem Empfangstresen der Praxis oder die Bereitstellung der Broschüre auf der Praxis-Homepage ist mit Strafe bedroht.

Viertens: Es ist auch inkonsistent, dass der Gesetzgeber Ärztinnen und Ärzten in § 219a StGB öffentliche Hinweise auf die Methoden des von ihnen durchgeführten Schwangerschaftsabbruchs untersagt, während Ärztinnen und Ärzte über Methoden der Pränataldiagnostik wie Ultraschall, Erst- und Zweit-Trimester-Screening mit Nackenfaltenmessung, Organultraschall, fetale Echokardiographie und Amniocentese (Fruchtwasserpunktion) öffentlich informieren dürfen.¹³⁸ Auch solche Informationen können aber im Ergebnis – nach einer Abbruchentscheidung der Frau – dazu führen, dass sich Frauen für einen Abbruch ihrer Schwangerschaft entscheiden.

Füntens: Schließlich ist es mit dem verfassungsrechtlichen Konsistenzgebot nicht vereinbar, dass nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser sowie Einrichtungen zwar auf von ihnen durchgeführte Schwangerschaftsabbrüche straffrei hinweisen dürfen, nicht aber auf

136 Näher bei und in Fn. 64.

137 S. bereits oben bei Fn. 65.

138 Insoweit liegt auch ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vor, vgl. *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 37.

Abbrüche anderer Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen.¹³⁹

Diese inkonsistente, widersprüchliche Regelung wirkt sich zwar für Hinweise auf Abbrüche anderer Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen dann nicht aus, wenn damit für die hinweisende Person kein Vermögensvorteil verbunden ist.¹⁴⁰ In diesem Fall ist das Tatbestandsmerkmal „seines Vermögensvorteils wegen“ (s. § 219a Abs. 1 StGB) nicht erfüllt.

Bedeutung hat die Inkonsistenz des § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB aber, wenn der Hinweis auf Schwangerschaftsabbrüche anderer Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen einen vermögenswerten Vorteil begründet (zum Beispiel Vorteile durch Gewinnung und Bindung von Patientinnen). In diesem Fall sind Hinweise von Ärztinnen und Ärzten, Krankenhäusern oder Einrichtungen auf die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch andere Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB mit Strafe bedroht, weil damit ein Vermögensvorteil i. S. d. § 219a Abs. 1 StGB verbunden ist. Dass § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB danach differenziert, ob der hinweisende Arzt bzw. die Ärztin den Schwangerschaftsabbruch selbst vornimmt oder nicht, ist mit dem Konsistenzgebot unvereinbar und auch unter keinem anderen Gesichtspunkt sachlich zu rechtfertigen.

139 Ein Hinweis auf Schwangerschaftsabbrüche anderer Ärztinnen/Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen steht allerdings auf der Homepage von *Kristina Hänel* (<https://www.kristinahaenel.de>; s. auch A. II., S. 121 ff.) nicht, ist also nicht streitgegenständlich. Zu diesem Fall (Strafbewehrung öffentlicher Hinweise auf Schwangerschaftsabbrüche durch Dritte) näher *Institut für Weltanschauungsrecht (IfW)*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) für ein Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 28. Januar 2019 (Az. 4040/1-0-25 432/2018), 01.02.2019, S. 6. Zu der Frage, ob öffentliche Hinweise von Ärztinnen/Ärzten auf die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch andere Ärztinnen/Ärzte derselben Gemeinschaftspraxis mangels Einschlägigkeit des § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB (§ 219a Abs. 1 StGB gilt nicht, wenn Ärztinnen/Ärzte „auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche ... vornehmen“) nach § 219a Abs. 1 StGB strafbar sind, was davon abhängen dürfte, ob mit dem Hinweis ein Vermögensvorteil verbunden ist, BT-Drs. 19/7965, S. 10; KG Berlin, Urt. v. 19.11.2019 – 3 Ss 80+81/19 u. a., Rn. 44 ff.

140 Vgl. *Frommel*, jM 2019, 165 (166); *Schweiger*, ZRP 2018, 98 (99); *Fischer*, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 219a Rn. 13: „Der Vermögensvorteil einer dritten Person reicht nicht aus.“

Eine verfassungskonforme Auslegung¹⁴¹ dahingehend, dass § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB nicht nur Hinweise von Ärztinnen und Ärzten, Krankenhäusern oder Einrichtungen auf „eigene“, sondern auch auf „fremde“ Schwangerschaftsabbrüche von dem Straftatbestand des § 219a Abs. 1 StGB freistellt, scheidet aus. Dem dürfte bereits der Wortlaut des § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB entgegenstehen („dass sie Schwangerschaftsabbrüche ... vornehmen“). Auch nach der Gesetzesbegründung regelt § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB nur Hinweise von Ärztinnen und Ärzten, Krankenhäusern oder Einrichtungen auf „eigene“ Schwangerschaftsabbrüche.¹⁴² Eine dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufende (verfassungskonforme) Norminterpretation ist verfassungsrechtlich unzulässig.¹⁴³

D. Verletzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG) durch § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB

I. Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG schützt neben Meinungsausserungen auch Tatsachenbehauptungen, „wenn sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen“ sind.¹⁴⁴

Sachliche Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die von ihnen angewendeten Methoden und weiteren Modalitäten des Schwangerschaftsabbruchs sind objektiv nachprüfbare, dem Beweis zugängliche Umstände und damit Tatsachenbehauptungen.¹⁴⁵ Solche Tatsachenmitteilungen mögen schon deswegen meinungsbildend sein, weil sie Voraussetzung dafür sind, dass Frauen ihre Arztwahlentscheidung treffen können. Jedenfalls

141 Zur verfassungskonformen Auslegung zuletzt s. BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a., Rn. 334 ff. (juris).

142 BT-Drs. 19/7693, S. 11: „Die Änderung regelt, dass Ärztinnen und Ärzte sowie Krankenhäuser und sonstige Einrichtungen über die Tatsache, einen Schwangerschaftsabbruch ... vorzunehmen, ... hinweisen können.“

143 Vgl. BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a., Rn. 334 ff. (juris); BVerfGE 47, 109 (120); 64, 389 (393); 73, 206 (235); 105, 135 (153).

144 BVerfGE 61, 1 (9); vgl. auch BVerfGE 85, 1 (15); 90, 1 (15); 90, 241 (247) – ständige Rechtsprechung.

145 Ebenso *Hollo*, § 219a StGB verstößt gegen die Meinungsfreiheit – Eine Erwiderung auf Matthias Friehe, JuWissBlog Nr. 10/2020 v. 10.2.2020 (www.juwiss.de/10-2020/); vgl. auch BVerfG, NJW 2011, 47 (48): Hinweise eines Arztes darauf, dass er Abtreibungen durchführt, sind Tatsachenbehauptungen.

kommt ihnen eine meinungsbildende Funktion zu, weil sie einen äußerst sensiblen, in der Gesellschaft umstrittenen Lebensbereich betreffen.¹⁴⁶ Ob, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden sollten, ist Gegenstand des öffentlichen Diskurses. Das zeigen nicht zuletzt Internetseiten wie die des Abtreibungsgegners *Klaus Günter Annen* (<https://www.babykaust.de>), die sämtliche 1.200 Ärztinnen und Ärzte in Deutschland, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, auflistet und an den Pranger stellt.

Da § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB sachliche Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die Art und Weise des Schwangerschaftsabbruchs unter Strafe stellt, greift die Norm in ihr Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG ein.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung: Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Dieser Eingriff ist verfassungsrechtlich nicht durch die Schranken des Art. 5 Abs. 1 GG gerechtfertigt.¹⁴⁷ Es kann dahingestellt bleiben, ob § 219a StGB ein allgemeines Gesetz i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG ist.¹⁴⁸ Da § 219a StGB

146 Vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 1: Besondere „Sensibilität des Themas“. Für die meinungsbildende Funktion sachlicher Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die Art und Weise des Schwangerschaftsabbruchs wie hier *Hollo*, § 219a StGB verstößt gegen die Meinungsfreiheit – Eine Erwiderung auf Matthias Friehe, JuWissBlog Nr. 10/2020 v. 10.2.2020 (www.juwiss.de/10-2020/); vgl. auch BVerfG, NJW 2011, 47 (48), wonach Hinweise eines Arztes darauf, dass er Abtreibungen durchführt, als meinungsbildende Tatsachenbehauptungen durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG geschützt sind.

147 Im Ergebnis für einen Verstoß des § 219a StGB gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte auch *Hollo*, § 219a StGB verstößt gegen die Meinungsfreiheit – Eine Erwiderung auf Matthias Friehe, JuWissBlog Nr. 10/2020 v. 10.2.2020 (www.juwiss.de/10-2020/); bezogen auf § 219a StGB a. F. auch *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 16 ff.; *Preuß*, medstra 3/2018, 131 (133 ff.).

148 Zur Definition des allgemeinen Gesetzes i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG anhand der sog. Kombinationsformel BVerfGE 7, 198 (209 f.); 62, 230 (243 f.); 71, 162 (175); 93, 266 (291); 97, 125 (146); 124, 300 (321 f.). Für die Einordnung des § 219a StGB als allgemeines Gesetz i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Neufassung von § 219a StGB, Ausarbeitung WD 3-3000-043/19 v. 27.02.2019, S. 8; dagegen *Hollo*, § 219a StGB verstößt gegen die Meinungsfreiheit – Eine Erwiderung auf Matthias Friehe, JuWissBlog Nr. 10/2020 v. 10.2.2020 (www.juwiss.de/10-2020/).

den Schutz des ungeborenen Lebens (Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) bezweckt, könnte er jedenfalls Ausdruck einer verfassungsimmannten Schranke sein, die Grundrechtseingriffe und somit Eingriffe in Art. 5 Abs. 1 GG zu rechtfertigen in der Lage ist.

Der Eingriff steht allerdings nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang, sodass das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG verletzt ist. In einer freiheitlichen Demokratie ist die Verbreitung wahrer Tatsachen grundsätzlich hinzunehmen.¹⁴⁹ Das gilt umso mehr, als im Internet oftmals falsche und unsachliche Informationen über die Art und Weise von Schwangerschaftsabbrüchen verbreitet werden. Insbesondere Abtreibungsgegner informieren häufig bewusst unrichtig und unsachlich über die Durchführung von Abbrüchen. Zutreffende Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen sind daher ein notwendiges kommunikatives Gegengewicht zu diesen Falschinformationen. Entsprechende Informationsverbote für Ärztinnen und Ärzte haben deshalb vor ihrem Grundrecht der Meinungsfreiheit keinen Bestand; das Verbot wahrer Tatsachenbehauptungen, durch die Ärztinnen und Ärzte unzutreffenden Informationen im Internet begegnen und hierzu einen Ausgleich schaffen können, verletzt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG.

Dementsprechend geht auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte davon aus, dass sachlich wahrheitsgetreue Werbung durch Ärztinnen und Ärzte eine zulässige Meinungsausserung i. S. d. Art. 10 EMRK darstellt, die der Gesetzgeber nicht beschränken darf.¹⁵⁰

Gründe, die eine Durchbrechung dieses Grundsatzes rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. Wie bereits dargelegt, ist das Informationsverbot des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB schon nicht geeignet, das ungeborene Leben zu schützen. Sachliche Hinweise auf die Methoden des Schwangerschaftsabbruchs führen nicht zu einer Erhöhung der Zahl der Schwangerschaftsabbrüche.¹⁵¹ Dementsprechend nimmt auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nicht an, dass die Verbreitung von Informationen über Schwangerschaftsabbrüche zur Gefährdung des ungeborenen

149 Vgl. nur BVerfGE 97, 391 (403); 99, 185 (196); BVerfG, NJW 2011, 47 (48); BVerfG, NJW 2020, 300 (313 Rn. 144); zuletzt BVerfG, Beschl. v. 23.06.2020 – 1 BvR 1240/14, Rn. 16 – ständige Rechtsprechung.

150 EGMR, NJW 2003, 497 (498 f. Rn. 38 ff.).

151 Näher oben C. II. 2., S. 129 ff.

Lebens führt.¹⁵² Das gilt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erst recht für Informationen, die bereits anderweitig verfügbar sind.¹⁵³ Er erachtet deshalb das Verbot der Verbreitung von Informationen über die Möglichkeit der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen als Verstoß gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK.¹⁵⁴

Außerdem verletzt das Informationsverbot des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB sowohl das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG) als auch weitere Grundrechte schwangerer Frauen (Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG).¹⁵⁵

Schließlich verstößt § 219a StGB gegen das verfassungsrechtliche Konsistenzgebot und taugt auch deshalb nicht als Schranke für Eingriffe in das Grundrecht der Meinungsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte.¹⁵⁶

E. Verstoß gegen Grundrechte weiterer Dritter: Strafbarkeit von Hinweisen nicht-medizinischer Personen auf Schwangerschaftsabbrüche durch Dritte ist verfassungswidrig

§ 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB ist auch unter weiteren Gesichtspunkten durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Die Vorschrift verstößt gegen die Grundrechte weiterer, nicht-medizinischer Dritter aus Art. 5 Abs. 1 GG.

Es ist nicht zu rechtfertigen, dass nach § 219a Abs. 4 StGB nur „Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen“ vom Werbeverbot des § 219a Abs. 1 StGB (partiell) freigestellt sind. Andere Personen dürfen nach § 219a Abs. 4 StGB nicht auf das „Ob“ (und „Wie“) von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärztinnen und Ärzte hinweisen. Deswegen dürfen zum Beispiel Suchmaschinenbetreiber nicht auf die im Internet frei verfügbaren Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen (s. § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB) durch Verlinkung hinweisen. Auch dürfen andere Personen als die in § 219a Abs. 4 StGB genannten nicht zum eigenen Vermögensvorteil eine Liste mit den Na-

152 EGMR, NJW 1993, 773 (775 Rn. 75).

153 EGMR, NJW 1993, 773 (775 Rn. 76).

154 EGMR, NJW 1993, 773 (775 f. Rn. 70 ff.).

155 Näher oben C. II. 3., S. 134 ff.

156 Näher oben C. II. 4., S. 152 ff.

men der Ärztinnen und Ärzte bereithalten, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen.

Diese Differenzierung lässt sich nicht dadurch rechtfertigen, dass nur die in § 219a Abs. 4 StGB genannten Personen „neutrale, medizinisch und rechtlich qualitätsgesicherte Informationen“¹⁵⁷ zur Verfügung stellen können. Denn die Information darüber, dass Ärztinnen und Ärzte Schwangerschaftsabbrüche durchführen, ist eine wahre Tatsachenmitteilung, die keiner besonderen Qualitätssicherung bedarf. Im Übrigen ist die von der Bundesärztekammer nach § 13 Abs. 3 SchKG geführte Liste lückenhaft, weil sie nur Angaben enthält, soweit sie ihr von Ärztinnen und Ärzten mitgeteilt werden. Außerdem fehlen dort zahlreiche weitere für die Arztwahl der Frauen wichtige Informationen.¹⁵⁸ Auch nimmt die Bundesärztekammer im Hinblick auf die ihr mitgeteilten Informationen keine eigene Qualitäts-sicherungsprüfung vor. Und selbst wenn das Informationsangebot nicht medizinisch versierter Dritter wie von Suchmaschinenbetreibern Lücken aufwiese oder manipulationsanfällig wäre, könnte dem mit den bestehen-den Mitteln des Wettbewerbsrechts begegnet werden.

Im Übrigen müssten Gefahren, die von Informationen durch Dritte für die Vollständigkeit und Wahrheit des Informationsangebots ausgingen, in Abwägung gebracht werden mit den Vorteilen, die Frauen durch die Erweiterung der Informationsquellen haben (Vielfalt statt Monopol der Informationsquellen). Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorteile für Frauen bei einem Informationsmonopol der in § 219a Abs. 4 StGB genannten Stellen so groß sind, dass sie eine Strafbewehrung von Informationen durch nicht-medizinische Dritte rechtfertigen.

F. Keine Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB

Es besteht keine Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung¹⁵⁹ des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB dahingehend, dass Ärztinnen und Ärzten sachliche Informationen über die Art und Weise (insbesondere: die Methoden) von ihnen praktizierter Schwangerschaftsabbrüche straffrei erlaubt

157 BT-Drs. 19/7693, S. 1.

158 Näher unter C. II. 3. c) cc) (2), S. 146 ff.

159 Zur verfassungskonformen Auslegung zuletzt s. BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a., Rn. 334 ff. (juris).

sind.¹⁶⁰ Bereits der Wortlaut der Norm, an dem jede verfassungskonforme Auslegung ihre Grenze findet,¹⁶¹ lässt für eine erweiternde Auslegung der Norm keinen Platz. Die Straffreistellung in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB bezieht sich ausdrücklich nur auf Hinweise von Ärztinnen und Ärzten, Krankenhäusern oder Einrichtungen „auf die Tatsache, ... dass sie Schwangerschaftsabbrüche ...vornehmen“. Dass hiervon Hinweise auf die Methoden des durchgeführten Schwangerschaftsabbruchs erfasst sind, ist nicht ersichtlich.

Bekräftigt wird dieses Auslegungsergebnis durch den systematischen Zusammenhang mit § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB. Informationen neutraler Stellen im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur Hinweise auf das „Ob“, sondern auch auf das „Wie“ von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen.¹⁶² Auf diese Informationen der neutralen Stellen können zwar Ärztinnen und Ärzte, Krankenhäuser sowie Einrichtungen gem. § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB hinweisen (zum Beispiel durch Verlinkung),¹⁶³ womit sie „mittelbar über die eigene Abbruchmethode informieren.“¹⁶⁴ Sie dürfen diese Informationen über die Methoden des von ihnen durchgeführten Schwangerschaftsabbruchs aber nicht selbst unmittelbar öffentlich vorhalten.¹⁶⁵ Hinweise auf die angebotenen Methoden von Schwangerschaftsabbrüchen sind nach § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB den darin genannten neutralen Stellen vorbehalten.

Schließlich folgt aus der Entstehungsgeschichte des § 219a Abs. 4 StGB, dass zwar erwogen wurde, neben sachlichen Informationen von Ärztinnen und Ärzten zu der Tatsache, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB vornehmen, auch Informationen über die Methoden der von ihnen durchgeführten Abbrüche von dem Straftatbestand des § 219a Abs. 1 StGB auszunehmen; das war aber politisch

160 Ebenso LG Gießen, Urt. v. 12.12.2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15, Rn. 89 (juris); KG Berlin, Urt. v. 19.11.2019 – 3 Ss 80+81/19 u. a., Rn. 32 f. (juris); *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018, S. 42 f.

161 Vgl. BVerfGE 8, 28 (34); 63, 131 (147 f.); 69, 1 (55); 71, 81 (105); 72, 278 (295); 88, 203 (333); 95, 64 (93).

162 BT-Drs. 19/7693, S. 7 f.: § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB „bietet damit die Möglichkeit, Informationen über Stellen, die Abbrüche vornehmen, wo sie vorgenommen werden sowie deren angewandte Methoden zu erhalten.“

163 BT-Drs. 19/7693, S. 2 und II; s. auch BT-Drs. 19/7965, S. 9: „auch durch die zitierende Einfügung einer Kopie dieser Informationen auf der eigenen Homepage.“

164 BT-Drs. 19/7965, S. 10.

165 Näher mit Nachweisen unter A. I., S. II7 ff.

nicht durchsetzbar.¹⁶⁶ Durchsetzbar war und durchgesetzt hat sich, dass „allein die Setzung eines Links zu der Information über Schwangerschaftsabbruchmethoden auf der Homepage der Ärztekammer oder das Kopieren der Information unter Angabe der Quelle straffrei bleiben“ sollte,¹⁶⁷ also die mittelbare Information über die eigene Abbruchmethode.¹⁶⁸ „Nicht erfasst von der Ausnahme in Absatz 4 Nr. 2 wäre, wenn sich die Ärztin oder der Arzt diese Information auf der eigenen Homepage zu eigen mache.“¹⁶⁹ Nicht erfasst ist mithin die unmittelbar eigene Information von Ärztinnen und Ärzten über die bei ihnen zur Anwendung kommenden Abbruchmethoden.¹⁷⁰

Damit ist unmissverständlich klargestellt, dass öffentliche Hinweise von Ärztinnen und Ärzten über die von ihnen angewandten Methoden des Schwangerschaftsabbruchs von § 219a Abs. 4 StGB nicht erfasst und damit nach § 219a Abs. 1 StGB strafbar sind. Eine den Absichten des Gesetzgebers zuwiderlaufende (verfassungskonforme) Norminterpretation ist verfassungsrechtlich unzulässig.¹⁷¹

G. Fazit: Verfassungswidrigkeit des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB

§ 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB ist verfassungswidrig. Die Norm verstößt gegen die Grundrechte der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)¹⁷² und der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG)¹⁷³ der Ärztinnen und Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Der Eingriff in die Grundrechte der Berufsfreiheit und der Meinungsfreiheit ist nicht gerechtfertigt, weil das Verbot sachlicher Informationen von Ärztinnen und Ärzten über die Art und Weise (insbesondere: die Methoden) der von ihnen durchgeführten Schwangerschaftsabbrüche nicht geeignet ist, das ungeborene Leben zu schützen.¹⁷⁴ Außerdem ist der Eingriff unverhältnismäßig

166 Näher BT-Drs. 19/7965, S. 9; s. auch A. I., S. 117 ff.

167 BT-Drs. 19/7965, S. 9; s. auch A. I., S. 117 ff.

168 BT-Drs. 19/7965, S. 10; s. auch A. I., S. 117 ff.

169 BT-Drs. 19/7965, S. 9; s. auch A. I., S. 117 ff.

170 S. hierzu insgesamt auch A. I., S. 117 ff.

171 Vgl. BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a., Rn. 334 ff. (juris); BVerfGE 47, 109 (120); 64, 389 (393); 73, 206 (235); 105, 135 (153).

172 C., S. 126 ff.

173 D., S. 158 ff.

174 C. II. 2., S. 129 ff.

im engeren Sinne, weil § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB gegen die Grundrechte schwangerer Frauen verstößt, die für ihre Entscheidung über einen Abbruch auf die Information angewiesen sind, welche Ärztinnen und Ärzte mit welchen Methoden Abbrüche vornehmen (Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG).¹⁷⁵ Die Unverhältnismäßigkeit des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB ergibt sich zudem daraus, dass die Vorschrift mehrfach gegen das verfassungsrechtliche Konsistenzgebot verstößt.¹⁷⁶ Schließlich verletzt § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB die Grundrechte (Art. 5 Abs. 1 GG) weiterer, nicht-medizinischer Dritter wie Suchmaschinenbetreiber.¹⁷⁷ Eine verfassungskonforme Auslegung des § 219a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 StGB scheidet aus.¹⁷⁸

175 C. II. 3., S. 134 ff.

176 C. II. 4., S. 152 ff.

177 E., S. 161 f.

178 F., S. 162 f.

Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat

Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde von Kristina Hänel

Michael Schmidt-Salomon

Einleitung

Im Rahmen dieser ethisch und wissenschaftlich argumentierenden Stellungnahme wollen wir die *lebenspraktischen Konsequenzen* sowie die *rechtsphilosophischen und rechtspolitischen Hintergründe* von § 219a StGB stärker beleuchten, als dies in einer rein juristischen Betrachtungsweise möglich und üblich ist. Dies erlaubt uns einen *höheren Freiheitsgrad der Argumentation* und eine kritische Prüfung der *verfassungsrechtlichen Prämisse* von § 219a StGB sowie des gesetzlichen Rahmens, in den der Paragraf eingebettet ist (§§ 218ff. StGB).¹

Zum Aufbau dieser Stellungnahme: Wir werden im *ersten Teil* aufzeigen, dass die deutsche Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch (inklusive § 219a StGB) mit den Vorgaben der Verfassung nicht in Einklang gebracht werden kann. Im *zweiten Teil* erläutern wir die gravierenden lebenspraktischen Folgen, die hieraus für ungewollt schwangere Frauen sowie ihre Ärztinnen und Ärzte entstehen. Im abschließenden *Fazit* fordern wir die Entwicklung einer verfassungskonformen Lösung, die notwendig ist, um die dargestellten Missstände zu beheben.

Die *Giordano-Bruno-Stiftung* hat schon vor geraumer Zeit eine „grundlegende Revision der deutschen Gesetze zum Schwangerschaftsabbruch“ gefordert.² Die von der Bundesregierung beschlossene Streichung von § 219a StGB, auf dessen Basis die Ärztin Kristina Hänel rechtskräftig verurteilt wurde, kann dabei nur ein erster Schritt sein. Denn § 219a StGB steht in enger Verbindung zu den §§ 218-219 StGB, die *allesamt* gegen zentrale Be-

1 Hierin unterscheidet sich die zugrundeliegende Stellungnahme u. a. von dem Rechtsgutachten von Frauke Brosius-Gernsdorf, das mit der Verfassungsbeschwerde von Kristina Hänel eingereicht und vom *Institut für Weltanschauungsrecht (ifw)* in Auftrag gegeben wurde.

2 „Es ist an der Zeit, die Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch zu revidieren!“ (gbs-Pressemitteilung vom 21.02.2018, <https://www.giordano-bruno-stiftung.de/meldung/gesetze-schwangerschaftsabbruch-revidieren>).

stimmungen des deutschen Grundgesetzes verstößen (insbesondere gegen Art. 1 Abs. 1 in Verb. mit Art. 2 und Art. 3 GG).

In der Vergangenheit hat das Bundesverfassungsgericht die in §§ 218-219a StGB zum Ausdruck kommende *Missachtung der Selbstbestimmungsrechte der Frau* gestützt, zuletzt maßgeblich mit seinem Grundsatzurteil vom 28.05.1993.³ Wir hoffen sehr, dass diese kritikwürdige Entscheidung nun korrigiert wird. Jedenfalls sollte es nicht – wie bei der 1957 durch das Bundesverfassungsgericht legitimierten *Homosexuellenverfolgung in Deutschland*⁴ – ein halbes Jahrhundert dauern, bis Unrecht als Unrecht erkannt wird! 150 Jahre lang hat die *Frauenbewegung* mit guten Argumenten gegen die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs gekämpft. Diese Argumente sollten auch in Karlsruhe Gehör finden.

Teil 1: Die Hintergründe der Kriminalisierung

1.1 § 219a im Kontext der deutschen Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch

Die Rechtswissenschaftler Reinhard Merkel und Ali B. Norouzi haben in der Verfassungsbeschwerde von Kristina Hänel präzise herausgearbeitet, weshalb § 219a StGB seit jeher verfassungswidrig war – und zwar *selbst unter der Voraussetzung der Gültigkeit der herrschenden Rechtsmeinung zum Schwangerschaftsabbruch!* Erweitert man die Perspektive, indem man die herrschende Meinung kritisch hinterfragt und § 219a in den Gesamtkontext der deutschen Gesetze zum Schwangerschaftsabbruch einordnet, zeigt sich die Verfassungswidrigkeit des Paragrafen in noch größerer Schärfe. Denn das „Unwerturteil“, das Staat und Justiz über den Schwangerschaftsabbruch gefällt haben, steht, wie wir darlegen werden, in einem eklatanten Widerspruch zu den Vorgaben des deutschen Grundgesetzes.

Dabei liegt auf der Hand, dass § 219a nur unter der Voraussetzung dieses „Unwerturteils“ überhaupt erst einen „Anschein von Legitimität“ entfalten konnte. Dass man Ärztinnen und Ärzten untersagte, Informationen über ihre Leistungen im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs zu verbreiten, konnte allenfalls dadurch plausibel gemacht werden, dass man hoffte, durch diesen Eingriff in die Berufs- und Meinungsfreiheit die Häufigkeit

3 BVerfGE 88, 203.

4 BVerfGE 6, 389 (Urteil vom 10. Mai 1957).

einer vermeintlich „rechtswidrigen“ Handlung reduzieren zu können (was empirisch allerdings niemals bestätigt werden konnte).⁵

Das „Unwerturteil“, das *jeden „beratenen Schwangerschaftsabbruch“*⁶ nach herrschender Rechtsmeinung als eine illegitime, „rechtswidrige“ Handlung ausweist, gründet bekanntlich auf der Unterstellung, dass dieser notwendigerweise mit einer Verletzung der Rechte „Dritter“, hier: des „Lebensrechts“ des „ungeborenen Kindes“, einhergehe. Die Konstruktion eines solchen „Interessenkonflikts“ zwischen Mutter und „Kind“ kommt *expressis verbis* in § 219 StGB zum Ausdruck, der die „Schwangerschaftskonfliktberatung“ regelt. Die Beratung soll nämlich darauf zielen, der ungewollt schwangeren Frau⁷ bewusst zu machen,

dass das Ungeborne in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und dass deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituativen in Betracht kommen kann, wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, dass sie die zumutbare Opfergrenze übersteigt.⁸

5 Feststellen lässt sich hingegen, dass restriktive Gesetze zum Schwangerschaftsabbruch nicht mit einer geringeren Häufigkeit von Abtreibungen korrelieren, vgl. Jonathan Bearak / Anna Popinchalk et al.: Unintended pregnancy and abortion by income, region, and the legal status of abortion: Estimates from a comprehensive model for 1990–2019. In: *The Lancet*, Volume 8, Issue 9/2020 (doi: 10.1016/S2214-109X(20)30315-6).

6 Gemeint sind hiermit Schwangerschaftsabbrüche nach der Beratungsregel (§ 218a Abs. 1 StGB). Sogenannte indizierte Schwangerschaftsabbrüche (nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB) gelten nicht als rechtswidrig.

7 Wir sprechen in dieser Stellungnahme von „ungewollt schwangeren Frauen“ – nicht von „ungewollt schwangeren Menschen“ (wie dies einige Gruppen für sexuelle Selbstbestimmung fordern), da es sich hierbei um eine Frage des *biologischen Geschlechts* handelt. Damit soll keineswegs in Abrede gestellt werden, dass die Frage des *kulturellen Geschlechts* („Gender“) wichtig ist. Selbstverständlich haben biologische Frauen das Recht, sich als Männer zu verstehen, und biologische Männer das Recht, als Frauen anerkannt zu werden. Darüber hinaus steht es jedem Menschen frei, sich als non-binär (weder als Mann noch als Frau) zu definieren. Dies alles hat mit Blick auf die §§ 218 ff. StGB jedoch keinerlei Relevanz. Denn der Gesetzgeber diskriminiert durch diese Paragrafen ausschließlich *biologische Frauen*, selbst wenn diese sich als Männer verstehen, jedoch keine *biologischen Männer*, die sich als Frauen verstehen. Es wäre der Klarheit der Argumentation dieser Stellungnahme abträglich, diese Differenz nicht hervorzuheben. Denn im Hinblick auf die §§ 218 ff. StGB markiert das *biologische Geschlecht den Unterschied, der Unterschiede macht*.

8 § 219 StGB Abs. 1 Satz 3.

Aus der Perspektive des liberalen Rechtsstaats enthält § 219 StGB vier problematische Aspekte: *Erstens* maßt sich der Staat an, die „zumutbare Opfergrenze“ für betroffene Frauen festlegen zu dürfen. *Zweitens* nimmt er als vermeintlicher Anwalt des „ungeborenen Lebens“ keinerlei Differenzierungen zwischen *empfindungsunfähigen Embryonen* und *potenziell leidensfähigen Fötten* vor, sondern spricht unzulässig generalisierend von einem „Kind“. *Drittens* behauptet er, dass dieses „Kind“ angeblich „in jedem Stadium der Schwangerschaft“, also ab der Einnistung der befruchteten Eizelle, „ein eigenes Recht auf Leben hat“. Dieses vermeintliche Recht wird dann *viertens* auch noch gegen das Selbstbestimmungsrecht der Frau ins Feld geführt.

In diesen Bestimmungen des § 219 StGB spiegelt sich unverkennbar die Position wider, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 28.05.1993 bekräftigt hatte. Das Gericht begründete seine damalige Entscheidung mit folgenden Kernargumenten:

1. Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben, auch das Ungeborene, zu schützen. Diese Schutzpflicht hat ihren Grund in Art. 1 Abs. 1 GG; ihr Gegenstand und – von ihm her – ihr Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt. Menschenwürde kommt schon dem Ungeborenen menschlichen Leben zu. Die Rechtsordnung muss die rechtlichen Voraussetzungen seiner Entfaltung im Sinne eines eigenen Lebensrechts des Ungeborenen gewährleisten. Dieses Lebensrecht wird nicht erst durch die Annahme seitens der Mutter begründet.
2. Die Schutzpflicht für das Ungeborene Leben ist bezogen auf das einzelne Leben, nicht nur auf menschliches Leben allgemein.
3. Rechtlicher Schutz gebührt dem Ungeborenen auch gegenüber seiner Mutter. Ein solcher Schutz ist nur möglich, wenn der Gesetzgeber ihr einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbietet und ihr damit die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen. Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes sind zwei untrennbar verbundene Elemente des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes.
4. Der Schwangerschaftsabbruch muss für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen und demgemäß rechtlich verboten sein (Bestätigung von BVerfGE 39, 1 [44]). Das Lebensrecht des Ungeborenen darf nicht, wenn auch nur für eine begrenzte Zeit, der

freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten, und sei es selbst der Mutter, überantwortet werden.⁹

Mit diesen Kernargumenten gab das BVerfG den Weg vor, dem der Gesetzgeber zu folgen hatte. Doch stehen diese Positionen tatsächlich auf dem Boden des Grundgesetzes und war es somit in der Folgezeit verfassungsrechtlich legitim, ungewollt schwangere Frauen zu *Pflichtberatungen* zu verurteilen (§ 219 StGB) und Ärztinnen und Ärzten wie Kristina Hänel ein weitreichendes *Kommunikationsverbot* aufzuerlegen (§ 219a StGB)?

1.2 Schwangerschaftsabbruch und Menschenwürde

Das BVerfG hatte behauptet, es könne sich bei der Formulierung „Menschenwürde kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu“ auf Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes stützen („Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“). In Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 GG („Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“) sollte sich daraus ein „eigenes Lebensrecht des Ungeborenen“ ergeben.

Plausibel wäre diese Argumentation allerdings nur, wenn das Grundgesetz Embryonen als verfassungsrechtlich geschützte *Personen* ausweisen würde. Dies ist aber nicht der Fall, da Art. 1 Abs. 1 GG gleich im nächsten Absatz über die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ (AEMR) begründet wird,¹⁰ die von den Vereinten Nationen 1948, ein Jahr vor dem deutschen Grundgesetz, verabschiedet worden war. In der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ heißt es jedoch unmissverständlich: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“¹¹ Mit gutem Grund steht dort nicht, alle Menschen seien frei und gleich an Würde und Rechten gezeugt oder *empfangen*.

Die vom BVerfG vertretene Konstruktion eines „Lebensrechts des Ungeborenen“ (und zwar über den gesamten Zeitraum der Schwangerschaft!)

9 Entscheidungsgründe 1-4 zum Urteil vom 28.05.1993 (BVerfGE 88, 203). *Redaktionelle Anmerkung:* Die in dieser Stellungnahme aufgeführten Zitate wurden behutsam an die heute geltende Rechtschreibung angepasst.

10 „Das deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“ (Art. 1 Abs. 2 GG)

11 Art. 1 Satz 1 AEMR.

hätte sich auf UN-Ebene niemals durchsetzen können, da sie (siehe 1.3) auf spezifischen christlichen Vorstellungen aus dem 19. Jahrhundert gründet – also im Widerspruch zu anderen religiösen wie nicht-religiösen Vorstellungen steht, die weltweit vertreten werden. Zudem hätte die vom BVerfG vorgenommene Ausdehnung der Menschenrechte auf Embryonen auch den zweiten Satz von Art. 1 AEMR konterkariert, in dem klargestellt wird, dass die Trägerinnen und Träger der Menschenrechte „mit Vernunft und Gewissen begabt“ sind und „einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen“ sollen – was man bewusstseins- und empfindungsunfähigen Embryonen nur schwerlich abverlangen kann.¹²

Da sich das BVerfG nicht auf die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ (und somit auch nicht logisch stringent auf Art. 1 GG) beziehen konnte, griff es in der näheren Begründung für die unterstellte „Menschenwürde“ des „ungeborenen Lebens“ auf eine andere Rechtsquelle zurück, nämlich auf § 10 I 1 ALR: „Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis.“¹³ Beim „ALR“ handelt es sich jedoch um einen höchst antiquierten Rechtstext, nämlich um das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten“ aus dem Jahr 1794! Mit Berufung auf das ALR hätte das Bundesverfassungsgericht auch die Todesstrafe bei Majestätsbeleidigung (§ 197 XX 2 ALR) legitimieren können oder die Vormachtstellung des Mannes als „Haupt der ehelichen Gesellschaft“ (§ 184 IV 2 ALR) bzw. die Verpflichtung der Eheleute zu regelmäßigm Geschlechtsverkehr (§ 178 IV 2 ALR).¹⁴

Die hohe Bedeutung, die der preußische Staat dem Vollzug der „ehelichen Pflichten“ einräumte, erklärt auch, was mit dem vom BVerfG zitierten § 10 I 1 ALR tatsächlich gemeint war: Im Widerspruch zu den Äußerungen des BVerfG ging es hier nämlich keineswegs um den individuellen Schutz des „einzelnen ungeborenen Lebens“ (solche individuellen Rechte blieben dem „ungeborenen Kinde“ nach § 12 I 1 ALR für den Fall „vorbehalten“, dass es „lebendig zur Welt kommt“), sondern um eine Maßnahme zur Sicherung

12 Vgl. hierzu auch das Urteil des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* vom 8.7.2004 (Case VO v. FRANCE / Application no. 53924/00), das zu dem Ergebnis kam, dass das in der *Europäischen Menschenrechtskonvention* (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten) verankerte *Recht auf Leben* nur für *Personen* gilt, nicht aber für *Embryonen*.

13 BVerfGE 88, 203 [151].

14 Letzteres galt auch noch in der Bundesrepublik Deutschland bis in die späten 1960er Jahre hinein. So wurde die Verpflichtung zur „ehelichen Lebensgemeinschaft“ (§ 1353 Abs. S. 1 Hs. 1 BGB) im Sinne einer Rechtspflicht zum Geschlechtsverkehr gedeutet (vgl. BGH, NJW 1967, 1078).

künftiger Untertanen, die für die Aufrechterhaltung des preußischen Heers vonnöten waren.

Das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in Preußen war also keineswegs von der Idee der Menschenrechte geprägt, sondern von *bevölkerungspolitischen Motiven*: Der Staat sah sich als berechtigt an, das „ungeborene Leben“ zu schützen, um sich „in ihm einen zukünftigen Bürger zu erhalten“, wie es Dirk von Behren in einer lesenswerten Abhandlung für die „Bundeszentrale für politische Bildung“ formuliert hat.¹⁵ Die Vorstellung hingegen, dass es sich bereits bei einer „befruchteten Eizelle“ um eine „Person“ (oder wie man damals sagte: einen „beseelten Menschen“) handeln könnte, hatte im 18. Jahrhundert nur wenige Fürsprecher, weshalb beispielsweise der bayerische Kriminalkodek (Codex Iuris Bavarii Criminalis) von 1751 Abbrüche in der ersten Schwangerschaftshälfte nicht mit Strafen belegte.¹⁶

Dies hatte nicht zuletzt auch theologische Gründe. Denn die (katholische) Kirche war über Jahrhunderte hinweg der aristotelischen Lehre der „sukzessiven Beseelung“ gefolgt. Demnach sollten männliche Feten ab dem 40. Schwangerschaftstag „beseelt“ sein, weibliche Feten sogar erst ab dem 80. Tag der Schwangerschaft, was Abbrüche bis zu diesem Zeitpunkt ermöglichte. Dies änderte sich erst im Jahr 1869 – mit nachhaltigen Folgen für die deutsche Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch, deren Grundlagen zwei Jahre später, 1871, mit der Aufnahme der §§ 218-220 ins Strafgesetzbuch geschaffen wurden.

Sucht man also nach der eigentlichen Quelle für die Begründung eines „Lebensrechts des Ungeborenen“ für die gesamte Dauer der Schwangerschaft, so findet man sie weder beim „Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten“ (ALR) noch bei Art. 1 Abs. 1 GG noch bei der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ (AEMR), sondern bei einem entschiedenen Verächter der Menschenrechtsidee, der auch den Vorgaben des deutschen Grundgesetzes vehement widersprochen hätte, nämlich bei *Papst Pius IX.*¹⁷

15 Dirk von Behren: Kurze Geschichte des Paragraphen 218 Strafgesetzbuch. In: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 20/2019, S. 12. Ausführlicher: Dirk von Behren: Die Geschichte des § 218 StGB. Gießen 2020.

16 Vgl. ebenda.

17 Pius IX., dessen Pontifikat von 1846 bis 1878 dauerte (das längste in der Geschichte der katholischen Kirche), hat in seinem „Syllabus errorum“ von 1864 nahezu alle Errungenschaften der Aufklärung (u. a. Religionsfreiheit, Trennung von Staat und Kirche, freie wissenschaftliche Forschung) als „Irrtümer der Moderne“ verdammt. Selbst bei katholischen Kirchengelehrten ist dieser erzreaktionäre Papst, der sich

1.3 Religiöse Beseelungskonzepte und das Verfassungsgebot der weltanschaulichen Neutralität

Es lohnt sich, die Gründe zu betrachten, die Pius IX. dazu veranlassten, das Konzept der „Sukzessivbeseelung“ aufzugeben und stattdessen die „Simultanbeseelung“ (das sogenannte „Eingießen des Geistes im Moment der Befruchtung“) zu einem unhinterfragbaren Glaubensdogma zu erheben: 1854 hatte der Papst nämlich das Dogma der „Unbefleckten Empfängnis Mariens“ verkündet, woraufhin er unter dem Gedanken litt, dass die „erb-sündenfrei“ empfangene „Gottesmutter“¹⁸ in den ersten 80 Tagen ihrer pränatalen Existenz „vernunft- und seelenlose Materie“ gewesen sein könnte. Zu Ehren der „Heiligen Jungfrau Maria“ erhob Pius IX. deshalb 15 Jahre später (1869) die „Simultanbeseelung“ zur kirchenrechtlich verbindlichen „Glaubens-Wahrheit“.

Diese kircheninterne Angelegenheit aus dem 19. Jahrhundert müsste uns heute juristisch nicht mehr interessieren, hätte das Bundesverfassungsgericht ein Jahrhundert später nicht gleich zweimal, nämlich 1975 und 1993, auf das päpstliche Dogma der „Simultanbeseelung“ zurückgegriffen, um die im Deutschen Bundestag beschlossene „Fristenlösung“ als „verfassungswidrig“ abzuweisen. Denn: Allein auf dem Konzept einer „Simultanbeseelung“ lässt sich *einigermaßen konsistent* begründen, weshalb dem Embryo schon mit dem ersten Tag der Schwangerschaft ein individuelles Lebens-

selbst und seinen Nachfolgern „Unfehlbarkeit“ in Fragen des Lehramts bescheinigte, hochumstritten. Bemerkenswert ist, dass seine psychische Gesundheit selbst von hochrangigen Kirchenvertretern infrage gestellt wurde – nicht zuletzt auch im Rahmen seiner „Seligsprechung“ durch Papst Johannes Paul II., vgl. hierzu u. a. Hubert Wolf: *Der Unfehlbare. Pius IX. und die Erfindung des Katholizismus im 19. Jahrhundert*. München, 2020.

18 In diesem Zusammenhang muss man auf ein Missverständnis hinweisen, dem viele unterliegen: Beim Dogma der „Unbefleckten Empfängnis“ geht es darum, dass schon Maria ohne den Makel der Erbsünde empfangen wurde, nicht darum, dass sie selbst „den Heiland“ erbsündenfrei empfangen hat. Letzteres hatte die Katholische Kirche bereits lange Zeit zuvor durch das Dogma der „Jungfrauengeburt“ sichergestellt, vgl. *Ecclesia Catholica: Katechismus der katholischen Kirche*, München 1993, S. 156ff.

recht zukommen soll, das gegen das Selbstbestimmungsrecht der ungewollt schwangeren Frau in Stellung gebracht werden kann.¹⁹ ²⁰

Selbstverständlich wird der Begriff der „Simultanbeseelung“ in den BVerfG-Urteilen nicht verwendet. Klare Bezüge zu religiösen Konzepten findet man in den Urteilen kaum oder wenn doch, sind sie indirekter Art: Im Urteil von 1975 (dem zwei der beteiligten Richter*innen deutlich widersprachen, siehe die Ausführungen in Abschnitt 1.6) erfolgt immerhin noch ein Verweis auf das sogenannte „Sittengesetz“, das die Selbstbestimmungsrechte der Frau angeblich in ihre Schranken weise,²¹ zudem heißt es, dass „der Mensch in der *Schöpfungsordnung* [Heraushebung durch den Verfasser] einen eigenen selbständigen Wert besitzt“.²² Das Urteil von 1993 enthielt dagegen keine offenkundigen religiösen Bezüge mehr, inhaltlich folgte es aber den Leitlinien des Urteils von 1975, das, wie die internen Akten des BVerfG belegen, unter massivem Druck rechts-konservativer, christlicher Kreise zustande gekommen war.²³

Das weitgehende Fehlen eines christlich-theologischen Vokulars kann allerdings nicht verdecken, dass die Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichter in ihren Urteilen ganz auf der Argumentationslinie lagen, die Papst Pius IX. 1869 vorgegeben hatte: Sie ersetzen lediglich den religiö-

19 Es gibt zwar vereinzelt säkular anmutende Versuche, ein solches „Lebensrecht von Anfang an“ ohne die Voraussetzung eines religiösen Beseelungsdogmas zu begründen, aber diese sind logisch so inkonsistent, dass sie keiner „kritischen Prüfung“ standhalten können. Ein gutes Beispiel hierfür ist der Ansatz von Donald Marquis, dessen 1989 veröffentlichter Artikel „Why Abortion is Immoral“ (erschienen in: *The Journal of Philosophy*. Band 86, Nr. 4) zwar oft zitiert wurde, der sich aber hoffnungslos im „Dschungel des Potenzialitäts-Arguments“ verliert (zum Potenzialitäts-Argument siehe die Ausführungen in Abschnitt 1.5).

20 Logisch konsistent ist nicht einmal das auf einem unbegründbaren Dogma aufbauende Konzept der „Simultanbeseelung“, das notwendigerweise in Kollision mit den biologischen Tatsachen gerät: Denn etwa die Hälfte der befruchteten Eizellen geht (meist unbemerkt) wieder ab, rund 15 Prozent der festgestellten Schwangerschaften enden mit einem sogenannten „Spontanabort“ einer Austreibung des „ungeborenen Lebens“ ohne erkennbare Ursachen. Damit stehen christliche Lebensschützer vor einem ernsthaften Problem: Wie soll man an einen „Gott“ glauben, der jeder befruchteten Eizelle zunächst eine „ewige Seele“ einhaucht, um sie gleich darauf bei der Hälfte von ihnen wieder „auszuhauchen“? Immerhin müsste man einem solchen „Gott“ nicht nur ein erstaunliches Maß an Unentschlossenheit zuschreiben, er wäre auch der „größte Abtreibungsarzt aller Zeiten“.

21 BVerfGE 39, 1 [150].

22 BVerfGE 39, 1 [203].

23 Vgl. Thomas Darnstädt: Verschlussache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts. München 2018, S. 329ff.

sen Begriff der „Seele“ durch den säkularen Begriff der „Menschenwürde“ und die durch „göttliche Schöpfung“ angeblich vorgegebene „Heiligkeit des menschlichen Lebens“ durch das Konzept eines kontinuierlichen „Lebensrechts des Ungeborenen“.²⁴ Der einzige strukturelle Unterschied in der Argumentation bestand darin, dass Pius IX. das „unantastbare“ menschliche Leben mit der befruchteten Eizelle beginnen ließ, das BVerfG hingegen erst mit der Einnistung der Eizelle in die Gebärmutterhaut (Nidation).²⁵

Wiltraut Rupp-v. Brünneck hatte in ihrem Sondervotum zum BVerfG-Urteil zwar darauf hingewiesen, dass die Auffassung der Senatsmehrheit selbst kirchlichen Auffassungen aus der Zeit *vor* 1869 widersprach,²⁶ jedoch wurde das Problem, dass das Gericht in seinen Grundauffassungen einer spezifisch kirchlichen Argumentationslinie gefolgt war, nicht näher beleuchtet. Dabei hatte das BVerfG schon 10 Jahre zuvor das Verfassungsgebot der „*weltanschaulichen Neutralität des Staates*“²⁷ herausgearbeitet und als notwendige Voraussetzung dafür ausgewiesen, dass der Staat eine „Heimstatt aller Bürger [und Bürgerinnen, Ergänzung des Verfassers]“ sein könne.²⁸

Dass keinem der Beteiligten auffiel, dass die Urteile von 1975 und 1993 gegen das 1965 herausgearbeitete Verfassungsgebot der weltanschaulichen

24 Insofern könnte man mit Verweis auf Jürgen Habermas (vgl. Jürgen Habermas: *Glauben und Wissen. Friedenspreisrede 2001*. In: Jürgen Habermas: *Zeitdiagnosen. Zwölf Essays*. Frankfurt/M. 2003) behaupten, das BVerfG habe die religiöse Sichtweise fachgerecht in eine säkulare Begrifflichkeit „übersetzt“ und somit nicht gegen das unten näher erläuterte „Verfassungsgebot der weltanschaulichen Neutralität des Staates“ verstößen. Diese Argumentation übersieht jedoch, dass die Begründung des BVerfG alternative religiöse wie nicht-religiöse Anschauungen in unzulässiger Weise ausblendete (siehe hierzu die nachfolgenden Ausführungen).

25 Vgl. hierzu auch Franz Josef Wetz: *Baustelle Körper. Bioethik der Selbstachtung*. Stuttgart 2009, S. 109ff.

26 „Für den deutschen Rechtsraum verdient Hervorhebung, dass das Kirchenrecht, gestützt auf die Beseelungslehre, bis zum Ende des 19. Jahrhunderts die Abtreibung in der Zeitspanne bis zum 80. Tag nach der Empfängnis als straflos angesehen hat...“ (BVerfGE 39, 1 [229]).

27 Das BVerfG sprach (und spricht noch immer) von „*religiös-weltanschaulicher Neutralität*“, eleganter wäre es jedoch, nur von „*weltanschaulicher Neutralität*“ zu sprechen, da der Begriff „Weltanschauung“ religiöse wie nicht-religiöse Weltdeutungssysteme umfasst, welche nach Maßgabe der Verfassung gleichberechtigt zu behandeln sind, vgl. hierzu Jacqueline Neumann / Michael Schmidt-Salomon: *Was ist Weltanschauungsrecht?* In: Jacqueline Neumann / Gerhard Czermak / Reinhard Merkel / Holm Putzke (Hg.): *Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht*, Baden-Baden 2019.

28 BVerfGE 19, 206.

Neutralität verstießen, lässt sich wohl nur mit dem „blinden Fleck des deutschen Rechtssystems“ erklären.²⁹ Als „Kinder ihrer Zeit“ konnten die maßgeblichen Verantwortlichen nicht erkennen, wie stark ihr eigenes Denken von traditionellen religiösen Vorstellungen bestimmt war. Deshalb hatten sie auch nicht im Blick, dass es alternative weltanschauliche Perspektiven gibt, die mit den Lehren (dem vermeintlichen „Sittengesetz“) der christlichen Amtskirchen nicht übereinstimmen.

Vor dem Hintergrund der gestiegenen weltanschaulichen Pluralität unserer Gesellschaft zeigt sich heute natürlich sehr viel deutlicher als noch 1975 bzw. 1993, wie einseitig die BVerfG-Urteile von christlichen Vorstellungen geprägt waren. Verfassungsrechtlich ist diese Form der religiösen Parteilichkeit hochproblematisch: Denn wenn das BVerfG das Gebot der weltanschaulichen Neutralität missachtet, begeht es automatisch einen Verstoß gegen das *Diskriminierungsverbot von Art. 3 Abs. 3 GG* („Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden“).

Indem der deutsche Gesetzgeber – nach den Urteilssprüchen aus Karlsruhe – das Glaubensdogma der „Simultanbeseelung“ (wenn auch in leicht abgeschwächter Form)³⁰ zur allgemein gültigen Norm erhob (nämlich in den §§ 218 ff. StGB), verstieß auch er gegen das Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes: Der Staat *privilegierte* Menschen, die mit den Vorgaben der Amtskirche übereinstimmen, und *diskriminierte* all jene, die diese Überzeugungen nicht teilen. Dies betrifft nicht nur die vielen Bürgerinnen und Bürger, die religiöse Beseelungskonzepte *per se* ablehnen³¹ (inzwischen die Mehrheit in Deutschland)³², sondern beispielsweise auch gläubige Juden,

29 Vgl. Michael Schmidt-Salomon: Der blinde Fleck des deutschen Rechtssystems. Über die Missachtung des Gebots der weltanschaulichen Neutralität. In: Aufklärung und Kritik 4/2018 (online abrufbar über die Website des Instituts für Weltanschauungsrecht: https://weltanschauungsrecht.de/sites/default/files/download/auk_sonderdruck_der_blinde_fleck_des_deutschen_rechtssystems.pdf).

30 Wie gesagt: Bei Pius IX. galt schon die befruchtete Eizelle als „beseelter“ und damit „vollständiger Mensch“, das Bundesverfassungsgericht weist erst der eingenisteten Blastozyste „Menschenwürde“ zu, siehe hierzu die Ausführungen in Punkt 1.4.

31 Vgl. Michael Schmidt-Salomon: Bioethik im Evolutionären Humanismus. Bundeszentrale für Politische Bildung (2018), <https://www.bpb.de/themen/umwelt/bioethik/271627/bioethik-im-evolutionaeren-humanismus/>.

32 Vgl. die Daten der *Forschungsgruppe Weltanschauungen in Deutschland* (fowid): www.fowid.de.

für die das menschliche Leben erst mit der Geburt beginnt,³³ oder Muslime, für die der Fötus erst ab dem 120. Tag der Schwangerschaft „beseelt“ ist.³⁴ Die Behauptung des BVerfG, der zeitlich unbegrenzte Schutz empfindungsunfähiger Embryonen gelte „unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen“³⁵ ist daher falsch.

Halten wir fest: Die auf die BVerfG-Urteile von 1975 und 1993 zurückgehenden §§ 218 ff. StGB verstößen gegen die Vorgaben von Art. 3 Abs. 3 GG, da sie Juden, Muslime und Konfessionsfreie diskriminieren.³⁶ Dieser Aspekt der weltanschaulichen Benachteiligung darf bei dem nun anstehenden Verfahren nicht unberücksichtigt bleiben. Dies gilt insbesondere bei der Beurteilung von Stellungnahmen, die offen oder verdeckt das religiöse Konzept der „Simultanbeseelung“ bemühen, um die „Würde des menschlichen Lebens von Anfang an“ zu begründen. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass Bürgerinnen und Bürger das Recht haben, derartigen Glaubensüberzeugungen zu folgen. Illegitim (verfassungswidrig) wäre es jedoch, solche „Beseelungskonzepte“ Andersdenkenden (etwa Konfessionsfreien) oder Andersgläubigen (etwa Juden und Muslimen) aufzuzwingen.³⁷

33 Vgl. Sarah Werren: Bioethik und Judentum. Bundeszentrale für Politische Bildung (2014), <https://www.bpb.de/themen/umwelt/bioethik/197720/bioethik-und-judentum/>.

34 Vgl. Thomas Eich: Bioethik und Islam. Bundeszentrale für Politische Bildung (2013), <https://www.bpb.de/themen/umwelt/bioethik/33736/bioethik-und-islam/>.

35 BVerfGE 88, 203 (152).

36 Es gibt natürlich Juden, Muslime und Konfessionsfreie, die die Simultanbeseelung akzeptieren, wie es auch Katholiken gibt, die sie ablehnen. Das ändert aber nichts an der prinzipiellen Gültigkeit des Arguments. Deutlich wird dies, wenn wir die Gesetze in Deutschland mit den Bestimmungen in Israel vergleichen, wo aufgrund der gänzlich anderen religiösen Vorgaben des Judentums Abtreibungen (auch ohne medizinische Indikation) bis in die letzten Schwangerschaftswochen erlaubt sind. Weil dem Embryo aus jüdischer Sicht kein Lebensrecht zugeschrieben wird, gilt Israel heute auch als eines der wichtigsten Zentren für die Forschung mit embryonalen Stammzellen weltweit.

37 Hierzu stellte die *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz* bereits 2005 fest: „Um den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu wahren, darf sich die Rechtsordnung nicht die restriktivste moralisch-religiöse Position zu eigen machen. Vielmehr steht der Gesetzgeber in der Pflicht, einen gesamtgesellschaftlich tragbaren Handlungsrahmen zu schaffen.“ (Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz: Fortpflanzungsmedizin und Embryonenschutz. Medizinische, ethische und rechtliche Gesichtspunkte zum Revisionsbedarf von Embryonenschutz- und Stammzellgesetz. Mainz 2005, S. 47, https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Themen/Bio-Ethik/2005-12-12_Fortpflanzungsmedizin_und_Embryonenschutz.pdf).

Auf die Fiktion eines vermeintlichen „Sittengesetzes“ (das sich einst aus der weltanschaulichen Homogenität einer zu 90 Prozent christlichen Gesellschaft speiste) kann sich der moderne Rechtsstaat heute jedenfalls nicht mehr berufen.³⁸ Stattdessen sollte er die empirischen Fakten berücksichtigen, die bei der ethischen und juristischen Beurteilung des Schwangerschaftsabbruchs von Bedeutung sind.

1.4 Plädoyer für eine rationale, evidenzbasierte und weltanschaulich neutrale Gesetzgebung

Die Gesetzgebung im modernen Rechtsstaat kann nur dann verfassungskonform sein, wenn sie *rational*, *evidenzbasiert* und *weltanschaulich neutral* ist. „Rational“ heißt in diesem Zusammenhang, dass die jeweiligen Einzelnormen widerspruchsfrei aus der Verfassung abgeleitet werden können, „evidenzbasiert“, dass der Gesetzgeber die empirischen Fakten berücksichtigt, die einem juristischen Sachverhalt zugrunde liegen, und „weltanschaulich neutral“, dass der Staat keine religiösen oder weltanschaulichen Positionen privilegieren oder diskriminieren darf, da dies nicht bloß gegen das Diskriminierungsverbot des Grundgesetztes verstößen würde (Art. 3 Abs. 3 GG), sondern sogar gegen das oberste Gebot der Verfassung, nämlich den Schutz der *individuellen Menschenwürde* (Art. 1 Abs. 1 GG). Denn: *Die Würde des Einzelnen ist dadurch bestimmt, dass der Einzelne über seine Würde bestimmt* – nicht etwa der Staat oder eine wie auch immer geartete Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft.³⁹

Gegen diese Grundprinzipien der modernen Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht in seinen maßgeblichen Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch verstößen. So behauptete das BVerfG 1975 beispielsweise, der mit der Empfängnis begonnene Entwicklungsprozess sei „ein kontinuierlicher Vorgang, der keine scharfen Einschnitte aufweist und eine genaue Abgrenzung der verschiedenen Entwicklungsstufen des menschli-

38 Vgl. hierzu auch die Ausführungen im abschließenden Fazit.

39 Vgl. Schmidt-Salomon, Der blinde Fleck des deutschen Rechtssystems; siehe auch: Michael Schmidt-Salomon: Freitodhilfe im liberalen Rechtsstaat. Stellungnahme zu den Verfassungsbeschwerden gegen § 217 StGB (2016), online abrufbar unter: https://weltanschauungsrecht.de/sites/default/files/download/stellungnahme_217stgb.pdf, sowie den Vortrag des Verfassers bei der mündlichen Verhandlung des BVerfG im April 2019 (siehe: <https://www.giordano-bruno-stiftung.de/217-stgb-dient-nicht-lebensschutz-sondern-lebensschuetzern>).

chen Lebens nicht zulässt“.⁴⁰ Dies war schon 1975 empirisch falsch, stellte aber 1993, als das BVerfG den vorangegangenen Entscheid bekräftigte, eine schwerwiegende Missachtung der Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung dar.

Zu den Tatsachen, die das Bundesverfassungsgericht 1975 und 1993 ignorierte, zählt die Erkenntnis, dass wir – im Unterschied zu den Verlautbarungen des BVerfG – sehr wohl eine „genaue Abgrenzung der verschiedenen Entwicklungsstufen des menschlichen Lebens“ vornehmen können: So sind in der Embryologie fünf Entwicklungsstufen klar voneinander abzugrenzen, nämlich *Zygote* (die befruchtete Eizelle), *Morula* (die aus der Zygote entstehende kugelförmige Zell-Formation), *Blastozyste* (das aus der Morula resultierende „Keimbläschen“, das sich am 5. bis 6. Entwicklungstag in die Gebärmutterschleimhaut einnistet, womit die eigentliche Schwangerschaft beginnt), *Embryo* (der sogenannte „Keimling“ ab der 3. Schwangerschaftswoche) und *Fötus* (von dem wir ab der 9. Woche nach der Entwicklung der inneren Organe sprechen).⁴¹

Juristisch und rechtsethisch relevant sind hierbei die letzten drei Entwicklungsstufen, nämlich das Stadium der eingenisteten Blastozyste, des Embryos und des Fötus, die sich allerdings qualitativ stark voneinander unterscheiden, weshalb die unzulässig generalisierende Rede vom „ungeborenen menschlichen Leben“ in die Irre führt. Auf diese fehlende Differenzierung stützt sich allerdings das „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch. Andernfalls könnte es nämlich kaum plausibel erscheinen, dass bereits einem mit interzellulärer Flüssigkeit gefüllten Zellbläschen (nämlich der eingenisteten Blastozyste) „Menschenwürde“ zukommt.

Erst ab der 20. Schwangerschaftswoche beginnt die neuronale Verschaltung der Großhirnrinde, so dass wir es erst ab einer bestimmten Entwicklungsstufe des Fötus (nicht aber des Embryos, schon gar nicht der Blastozyste) mit einem *empfindungsfähigen Lebewesen* zu tun haben, das überhaupt erst als *schädigungsfähig* angesehen werden kann und dessen „Interessen“ in einer juristischen Güterabwägung Berücksichtigung finden können. Mit einem (wie auch immer gearteten) „Schmerzerlebnis“ des Fötus ist frühestens ab der 22. Schwangerschaftswoche zu rechnen, wahrscheinlich sogar erst ab der 28. Schwangerschaftswoche, wenn die Verbin-

40 BVerfGE 39, 1 [133].

41 Vgl. hierzu und zum Folgenden u. a. Keith Moore et al. (Hg.): *Embryologie: Entwicklungsstadien – Frühentwicklung – Organogenese – Klinik*. Übersetzt und bearbeitet von Christoph Viebahn. München 2013.

dung zwischen Thalamus und Kortex hergestellt wird, die für die bewusste Wahrnehmung von Schmerz erforderlich ist.⁴²

Hieraus ist zu folgern: Der Gesetzgeber kann zwar mit rationalen, evidenzbasierten, weltanschaulich neutralen Gründen verfügen, dass *Spätabtreibungen* nur in Ausnahmefällen zulässig sind, um *entwickelten Föten* Leid zu ersparen. Derartige Gründe liegen jedoch nicht vor, wenn der Staat *bewusstseins- und empfindungsunfähigen Embryonen* und *Blastozysten* „ein eigenes Recht auf Leben“ einräumt und dieses vermeintliche „Recht“ gegen die Selbstbestimmungsrechte der Frauen ausspielt.⁴³

Der zugrundeliegende empirische, ethische und rechtsphilosophische Sachverhalt ist eindeutig zu erfassen. Gegenteilige Auffassungen beruhen – wenn auch oft verdeckt – auf religiös-weltanschaulichen Vorannahmen (etwa auf dem Konzept der „Simultanbeseelung“), die zwar denkmöglich sind, aber weder als rational noch als evidenzbasiert noch als weltanschaulich neutral bezeichnet werden können – weshalb sie unter keinen Umständen herangezogen werden dürfen, um bürgerliche Freiheiten, hier insbesondere: die Selbstbestimmungsrechte ungewollt schwangerer Frauen und ihrer Ärztinnen und Ärzte, einzuschränken.

42 Vgl. hierzu u. a. Hartmut Krefl: Schwangerschaftsabbrüche im heutigen Kontext von Reproduktionsmedizin und Präimplantationsdiagnostik. In: Ulrike Busch / Daphne Hahn (Hg.): Abtreibung. Diskurse und Tendenzen. Bielefeld 2015. Zur Frage des Schmerzempfindens differieren die zeitlichen Ansätze zwar etwas, in der wissenschaftlichen Gemeinschaft besteht jedoch schon lange ein breiter Konsens, dass vor der 22. Schwangerschaftswoche noch von keinem qualitativen Schmerzerlebnis des Fötus gesprochen werden kann, siehe hierzu u. a.: Manfred Zimmermann: Zur Frage der Schmerzempfindlichkeit des Feten. In: Der Schmerz 5/1991; Andreas Schwarzer / Michael Zenz: Fetaler Schmerz – ein systematischer multidisziplinärer Überblick. In: Der Schmerz 20/2006; sowie (auf internationaler Ebene besonders wichtig): Susan J. Lee et al.: Fetal Pain. A Systematic Multidisciplinary Review of the Evidence. In: JAMA 2005 (doi:10.1001/jama.294.8.947).

43 Vgl. hierzu auch Wetz, Baustelle Körper, 2009, S. 119f. Dieses Argument findet sich in ähnlicher Form schon in der von Jacqueline Neumann und Michael Schmidt-Salomon verfassten „ifw-Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) für ein Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 28. Januar 2019“ (online veröffentlicht auf der Website des *Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz*: https://www.bmji.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/01022019_Stellungnahme_Institut-Weltanschauung_Schwangerschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

1.5 Ethische Scheinargumente

Leider hat das Bundesverfassungsgericht diese klaren Zusammenhänge 1975 bzw. 1993 durch drei logisch inkonsistente Argumente verdeckt, die sich mit Blick auf weithin anerkannte Prinzipien der ethischen Güterabwägung⁴⁴ leicht entkräften lassen. Das erste Argument bezieht sich darauf, dass bereits die ersten eingenisteten Zellformationen (also die Blastozyste) das „*Potenzial*“ in sich tragen, zu einem vollwertigen Menschen heranzureifen. In dem BVerfG-Urteil von 1975 heißt es dazu:

„Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewusst ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.“⁴⁵

Hier allerdings irrt sich das Gericht, denn aus bloßen Potenzialitäten lassen sich keinerlei Rechtsfolgen ableiten, was man sich an einem einfachen Beispiel verdeutlichen kann: So ist jeder Mensch, der einen Lottoschein ausfüllt, ein „potenzieller Millionär“, und jeder, der eine Waffe trägt, ein „potenzieller Mörder“. Dennoch würde sicherlich niemand der Behauptung zustimmen, dass solche „Potenzialitäten“ bereits ausreichen, um dem einen den Lotto-Jackpot auszuzahlen und den anderen lebenslang hinter Gitter zu bringen. Zwar liegen in diesen Fällen die Bedingungen der Verwirklichung des Potenzials in Umständen außerhalb des jeweiligen Besitzers des Potenzials. Aber das ist beim Embryo nicht anders. Auch dessen Potenzial verwirklicht sich erst durch das erfolgreiche Austragen der Schwangerschaft durch die Mutter.⁴⁶

44 Vgl. hierzu u.a. Dieter Birnbacher: Analytische Einführung in die Ethik. Berlin 2013.

45 BVerfGE 39, 1 [147].

46 Das „*Potenzialitäts-Argument*“ ist für viele Menschen irritierend und wohl mitur-sächlich für das „ungute Gefühl“, das einige Bürgerinnen und Bürger – möglicherweise auch die Verfassungsrichter*innen – beim Gedanken an den Schwangerschaftsab- bruch haben. Denn viele Menschen schließen aus der Perspektive ihres erwachsenen Ichs darauf, dass sie als Embryo ein potenzielles Interesse am eigenen Überleben gehabt hätten. Doch dieser Schluss beruht auf einem Denkfehler, den man sich leicht verdeutlichen kann: *Hätte meine Mutter „mich“ als Embryo abgetrieben, wäre dies für „mich“ kein Problem gewesen, da ein „Ich“, das Probleme hätte haben können, gar nicht erst entstanden wäre* (vgl. hierzu auch Dieter Birnbacher: Gibt es rationale Argumen- te für ein Abtreibungsverbot? In: Revue Internationale de Philosophie, Vol. 49, No. 193/3/1995). Noch irritierender ist der umgekehrte Fall, der aber wohl nur wenige

Das zweite Scheinargument, das eng mit dem ersten verknüpft ist, bezieht sich auf die genetische „Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit“ des „ungeborenen Lebens“ und seine Zugehörigkeit zur menschlichen Spezies. In dem BVerfG-Urteil von 1993 liest sich dies folgendermaßen:

„Jedenfalls [...] handelt es sich bei dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das im Prozess des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt. Wie immer die verschiedenen Phasen des vorgeburtlichen Lebensprozesses unter biologischen, philosophischen, auch theologischen Gesichtspunkten gedeutet werden mögen und in der Geschichte beurteilt worden sind, es handelt sich jedenfalls um unabdingbare Stufen der Entwicklung eines individuellen Menschseins. Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu.“⁴⁷

Bei diesen Ausführungen verwirrt zunächst, dass das BVerfG offenbar die Existenz eineriiger Zwillinge nicht bedacht hat, die sich nicht durch eine einmalige, unverwechselbare genetische Identität auszeichnen,⁴⁸ deshalb aber nicht weniger schutzwürdig sind. Ohnehin taugt das Argument der Unverwechselbarkeit schwerlich für einen besonderen Grundrechtsschutz, denn auch Mäuse, Rinder oder Schweine sind in der Regel (abgesehen von geklonten Exemplaren aus dem Labor) genetisch einzigartig, ohne dass das BVerfG ihnen deshalb eine besondere Form von „Würde“ zubilligen würde.

Herausragende Bedeutung hatte für das Gericht, wie es scheint, die genetische Zugehörigkeit des „ungeborenen Lebens“ zur *Spezies Mensch*.

Menschen umtreibt: Hier geht es darum, dass aus einem genetisch geschädigten Embryo ein Individuum hervorgegangen ist, welches seine eigene Nichtexistenz einem Leben mit extremen Schmerzen und Behinderungen vorziehen würde. Tatsächlich gab es in der Vergangenheit bereits einige solcher „Wrongful-life“-Prozesse, bei denen die Betroffenen Schadensersatz dafür einklagten, mit ihren schweren Behinderungen und Krankheiten überhaupt das Licht der Welt erblickt zu haben. Wie man solche Klagen ethisch und juristisch beurteilen sollte, ist allerdings eine äußerst komplexe Frage, deren Beantwortung den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen würde.

47 BVerfGE 88, 203 [151].

48 Zwar weisen etwa 15 Prozent der eineiigen Zwillinge gering voneinander abweichende Mutationen auf (vgl. Hakon Jonsson et al.: Differences between germline genomes of monozygotic twins. In: Nature Genetics 53, Januar/2021, <https://doi.org/10.1038/s41588-020-00755-1>), dies ändert jedoch nichts an der prinzipiellen Gültigkeit des Gegenarguments.

Allerdings ist dieses „speziesistische Argument“ strukturell äquivalent zur Argumentation des Rassismus, der ebenfalls aus der bloßen Zugehörigkeit zu einer Gruppe Privilegien oder Benachteiligungen ableitet.⁴⁹ Ein ethisch hochwertiges Begründungsmuster ist dies zweifellos nicht! Sehr viel angemessener wäre es gewesen, der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ zu folgen, die dem Menschen eine besondere „Würde“ zuweist, weil er „mit Vernunft und Gewissen begabt“ ist, woraus sich notwendigerweise spezifische „Interessen“ ergeben, welche nicht-personale Lebewesen ohne Ich-Bewusstsein und ohne Fähigkeit zur Antizipation der Zukunft gar nicht ausbilden können.

Leider hat das BVerfG den unaufhebbaren Zusammenhang von *Ethik und Interesse*⁵⁰ nicht in den Mittelpunkt der Beurteilung gerückt. Eine solche Argumentation hätte allerdings auch das generelle „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch *ad absurdum* geführt. Warum? Weil die Konstruktion eines „Lebensrechts“ die Fähigkeit, ein „Überlebensinteresse“ oder überhaupt Interessen zu haben, voraussetzen würde.⁵¹ Hierüber aber verfügen selbst weit entwickelte menschliche Föten nicht, geschweige denn: empfindungsunfähige menschliche Embryonen oder Blastozysten, die keinerlei „Interessen“ aufweisen, welche ethisch oder juristisch in irgendeiner Weise berücksichtigt werden könnten.

Insofern ist es verständlich, dass sich ein drittes (Schein-)Argument des Gerichts gegen die ethische und juristische Relevanz von *Interessen* richtet. Dazu heißt es im BVerfG-Urteil von 1975:

„Der [mit der Nidation] begonnene Entwicklungsprozess ist [...] nicht mit der Geburt beendet; die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewusstseinsphänomene z.B. treten erst längere Zeit nach der Geburt auf. Deshalb kann der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weder auf den ‚fertigen‘ Menschen nach der Geburt noch auf den selbständig lebensfähigen nasciturus beschränkt werden. Das Recht auf Leben wird

49 Vgl. hierzu Peter Singer: Praktische Ethik. Stuttgart 1994, S. 82ff.; siehe auch: Reinhard Merkel: Forschungsobjekt Embryo. Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen. München 2002, S. 131ff.

50 Ethische Güterabwägungen können nur dann stattfinden, wenn konfigierende Interessen im Spiel sind, vgl. hierzu u. a. Dieter Birnbacher: Bioethik zwischen Natur und Interesse. Frankfurt/M. 2006 sowie Norbert Hoerster: Ethik und Interesse. Stuttgart 2003.

51 Vgl. Norbert Hoerster: Ethik des Embryonenschutzes. Stuttgart 2002.

jedem gewährleistet, der ‚lebt‘; zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden.“⁵²

Hierzu ist zu sagen, dass der zugrundeliegende empirische Sachverhalt zunächst richtig dargestellt ist. Tatsächlich sind Babys keine „Personen“ im eigentlichen Sinne des Wortes, denn sie verfügen noch nicht über ein Ich-Bewusstsein, eine „Theory of Mind“ oder über die kognitive Fähigkeit zur Antizipation der Zukunft bzw. zur bewussten Handlungsplanung. Allerdings ist diese Argumentation mit einem Kategorienfehler verbunden, da der fundamentale Unterschied, der zwischen „empirischen Personen“ und „Rechtspersonen“ besteht, nicht berücksichtigt wird.⁵³

Tatsächlich kann der Säugling nämlich sehr wohl eine *Rechtsperson* sein, ohne dabei notwendigerweise auch die Bedingungen einer *empirischen Person* erfüllen zu müssen. Zwar unterscheidet sich ein neugeborener Säugling im Hinblick auf das personale Bewusstsein nicht fundamental von dem Fötus, der er kurz zuvor noch war, jedoch bildet die Geburt *eine anthropologisch sinnvolle, „natürliche“ Grenze*, um ihm Personenrechte einzuräumen, die er pränatal noch nicht besaß. Wie wir gesehen haben, entspricht diese *Grenzziehung* auch Artikel 1 der UN-Menschenrechtserklärung, der wiederum die Grundlage für Artikel 1 des deutschen Grundgesetzes bildet. In dieselbe Richtung weist auch § 1 BGB, der die Rechtsfähigkeit des Kindes mit der Vollendung der Geburt beginnen lässt.⁵⁴

Wir kennen derartige Grenzziehungen aus anderen Rechtsgebieten, etwa beim Erreichen der Volljährigkeit und Strafmündigkeit. Auch hier können empirische und juristische Sachverhalte auseinanderfallen, denn nicht je-

52 BVerfGE 39, 1 [133].

53 Der Vollständigkeit halber sei hier angemerkt, dass auch das „Kontinuitäts-Argument“, auf das sich das BVerfG an dieser Stelle beruft, keiner „kritischen Prüfung“ standhält. Denn die Argumentation „Weil die menschliche Person schützenwert ist, muss auch die eingenistete befruchtete Eizelle, aus der sie in einem kontinuierlichen Prozess hervorgegangen ist, schützenwert sein“ lässt sich leicht in ihr Gegenteil verkehren „Weil die noch nicht eingenistete Eizelle nach Auffassung des BVerfG nicht schützenwert ist, ist auch die Person, die aus ihr in einem kontinuierlichen Prozess hervorgeht, nicht schützenwert“ (vgl. hierzu Birnbacher, Gibt es rationale Argumente für ein Abtreibungsverbot? 1995, S. 361).

54 Wenn das StGB eine andere Grenzziehung vornähme als das BGB, würde dies zu dem rechtslogisch inkonsistenten Konstrukt eines „nicht rechtsfähigen Grundrechtsträgers“, vgl. hierzu im strafrechtlichen Kontext Rolf D. Herzberg / Annika I. Herzberg: Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt. In: JZ 22/2001, S. 1106ff.

der, der das 18. oder 21. Lebensjahr erreicht hat, ist deshalb im empirischen Sinne schon „erwachsen“. Dennoch hat sich diese rechtliche Grenzziehung bewährt, ohne die das gesellschaftliche Zusammenleben sehr viel schwerer zu organisieren wäre. Dies trifft zweifellos auch auf die Grenzziehung zwischen Fötus und Neugeborenem zu. Dass jeder Mensch von Geburt an Träger von Menschenrechten ist und hierzulande unter dem besonderen Schutz des Grundgesetzes steht, interessiert den Neugeborenen zwar noch nicht (sofern er keine Schmerzen erleiden muss), ist aber insbesondere für seine Eltern wichtig, da sie in ständiger Furcht um ihren Nachwuchs leben müssten, wenn dieser nicht in besonderem Maße durch die Verfassung geschützt würde.

Kommen wir damit zu einer weiteren Zwischenbilanz: Die ethischen Argumente, mit denen das Bundesverfassungsgericht sein „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch in der Vergangenheit absichern wollte, halten einer „kritischen Prüfung“⁵⁵ nicht stand. Verfassungskonform hätte das BVerfG nur auf der Grundlage der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ (AEMR) argumentieren können, die dem Individuum ab der Geburt „Menschenwürde“ zuweist. Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber *zu wenig* verbieten würde, wenn er Kindstötung (Infantizid) nicht als Straftat verfolgt. Allerdings gilt zugleich, dass er *zu viel* verbietet, wenn er die Entfernung von Blastozyteten, Embryonen und Föten im Frühstadium als „rechtswidrige Handlung“ ausweist. Denn eine solch unverhältnismäßige Aufwertung des „ungeborenen Lebens“ ist durch keinerlei empirische Befunde oder ethisch-juristische Argumente gedeckt – und sie geht zwangsläufig zu Lasten ungewollt schwangerer Frauen, die durch die aktuelle Gesetzeslage in verfassungswidriger Weise daran gehindert werden, ihre Grundrechte in Anspruch zu nehmen.⁵⁶

55 Vgl. Hans Albert: Traktat über kritische Vernunft. Tübingen 1991, S. 35ff.

56 Um rechtsethisch untadelige Handlungen bei Strafe zu verbieten, darf im freiheitlichen Rechtsstaat auch nicht das Prinzip des *Normenschutzes* herangezogen werden. Auf den Normenschutzgedanken berufen sich manche, um eine Erosion von Fundamentalnormen zu verhindern – beispielsweise wird das Lebensrecht und die Menschenwürde auf den empfindungsunfähigen Embryo erstreckt, um das Tötungsverbot gegenüber empfindungsfähigen Ungeborenen zu stärken. Die Argumentation ist aber mehrfach inkonsistent (vgl. hierzu Jörg Scheinfeld: Organtransplantation und Strafrechtspaternalismus, Tübingen 2016, S. 453ff.): So ist eine über den Normenschutzgedanken begründete Strafnorm nicht nur nicht geeignet, die Erosion der Norm zu verhindern, sondern führt selbst zur Erosion der (nur scheinbar geschützten) Norm. Wenn beispielsweise aus Gründen des Normenschutzes dem Embryo *Menschenwürde* zugeschrieben und diese Rechtsposition zugleich für *abwägbar* erklärt wird, heißt

1.6 Die Würde der Frau

„Die Würde des Menschen ist unantastbar“, heißt es in Art. 1 GG – und das sollte selbstverständlich auch für ungewollt schwangere Frauen gelten. In seinem Urteil vom 25. Februar 1975 hat das BVerfG den grundlegenden Sachverhalt eigentlich klar umrissen:

„Die Schwangerschaft gehört zur Intimsphäre der Frau, deren Schutz durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgt ist. Wäre der Embryo nur als Teil des mütterlichen Organismus anzusehen, so würde auch der Schwangerschaftsabbruch in dem Bereich privater Lebensgestaltung verbleiben, in den einzudringen dem Gesetzgeber verwehrt ist.“⁵⁷

Mit dem „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch drang das BVerfG dann aber doch in die verfassungsrechtlich geschützte „Intimsphäre der Frau“ ein, indem es ein „Lebensrecht des Ungeborenen“ konstruierte und mit seiner Hilfe die Selbstbestimmungsrechte schwangerer Frauen begrenzte. Wie die vorangegangenen Ausführungen gezeigt haben, lässt sich dieses „Lebensrecht“ weder empirisch noch ethisch noch juristisch begründen. Nachweislich ignorierte das BVerfG die zentralen biologischen Fakten sowie die Vorgaben der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ und des Grundgesetzes. Stattdessen stützte sich das Gericht (unausgesprochen) auf religiöse Beseelungskonzepte, die sich der weltanschaulich neutrale Staat nicht aneignen darf, auf ethische Scheinargumente, die keiner „kritischen Prüfung“ standhalten, sowie auf vordemokratische Rechtstexte wie das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten“ aus dem Jahr 1794, das mit der geltenden deutschen Verfassung nicht in Einklang gebracht werden kann.

Aus all dem ist zu folgern, dass (zumindest in der ersten Schwangerschaftsperiode, die mit der „Fristenlösung“ abgedeckt wurde) kein „eigenes Lebensrecht des Ungeborenen“ existiert, welches in irgendeiner Weise gegen die Selbstbestimmungsrechte der betroffenen Frauen abgewogen werden könnte oder gar müsste. Daraus ergibt sich zwingend folgende Einschätzung: Die mit der rechtlichen *Aufwertung* von Blastozysten, Embryonen und Fötten einhergehende *Abwertung* der Grundrechte der Frau ist

dies, dass es *Menschenwürdeträger* gibt, die einer *Verrechenbarkeit* unterliegen, was zu einer Aushöhlung des zentralen Verfassungsauftrags von Art. 1 Abs. 1 GG führt.

57 BVerfGE 39, 1 [150].

verfassungswidrig! Konkret handelt es sich dabei um einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) in Verbindung mit Art. 2 Abs 1 und 2 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit und Verbot der Körperverletzung⁵⁸) sowie mit Art. 3 Abs. 1-3 GG (Gleichheit vor dem Gesetz, Gleichheit von Mann und Frau, Verbot von Diskriminierungen aufgrund von religiösen/weltanschaulichen und politischen Anschauungen).

Auf die Beeinträchtigung der Artikel 1 und 2 GG hatte bereits das BVerfG hingewiesen (siehe das obige Zitat). Allerdings spricht es Bände, dass das Gericht dabei Art. 3 GG vollständig außer Acht ließ! Im Rahmen dieser Stellungnahme ist uns dieser wichtige Grundrechtsartikel bereits im Zusammenhang mit der gebotenen weltanschaulichen Neutralität des Staates begegnet, die sich aus dem Diskriminierungsverbot von Art. 3 Abs. 3 GG ergibt. Unsere Darstellung wäre jedoch unvollständig, wenn hier nicht auch die „Gleichheit vor dem Gesetz“ bzw. die „Gleichberechtigung von Mann und Frau“ thematisiert würde.

Denn *de facto* waren Mann und Frau niemals gleich vor dem Gesetz – und sie sind es unter den Bedingungen der §§ 218 ff. StGB auch heute nicht! Die SPD-Politikerin Ingrid Matthäus-Maier hat das grundlegende Problem in ihrer Bundestagsrede zur Fristenlösung am 25.6.1992 prägnant auf den Punkt gebracht:

„Der § 218 war der *wirkungloseste* Strafrechtsparagraph, was den Schutz des werdenden Lebens anging, aber er war einer der *wirkungsvollsten*, was die Demütigung, die Verängstigung, die Einschüchterung, die Verzweiflung bis hin zum Tod von Frauen betrifft! Generationen von Frauen haben unter ihm gelitten. [...] Viele Frauen in unserem Lande haben das, wie ich glaube, richtige Gefühl: *Wenn Frauen im Bundestag die Mehrheit hätten, gäbe es den § 218 schon längst nicht mehr!* Ich appelliere deswegen gerade auch an die Kollegen: Ich bitte Sie, stimmen Sie dem Gruppenantrag zu! Werdendes Leben kann man nur *mit* der Mutter, nie

58 Wenn Frauen gegen ihren Willen dazu gezwungen werden, eine Schwangerschaft auszutragen, handelt es sich nicht nur um eine Beschneidung der freien Persönlichkeitsentfaltung, sondern angesichts der gesundheitlichen Folgen und Beschwerden, die mit einer Schwangerschaft einhergehen, um einen Akt der Körperverletzung, zumal 7 von 100.000 Frauen die Schwangerschaft in Deutschland nicht überleben, siehe hierzu: WHO et al.: Trends in maternal mortality: 2000 to 2017. Genf 2019.

gegen die Mutter schützen. Lassen Sie Frauen entscheiden, nicht mehr Staatsanwälte und Richter!“⁵⁹

Wie sehr die Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch von Anfang an auf die „Demütigung, die Verängstigung, die Einschüchterung“ von Frauen angelegt war, zeigt das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten“, das vom BVerfG 1993 zustimmend zitiert wurde. Denn das ALR stellte schon die bloße Verheimlichung einer Schwangerschaft unter empfindliche Strafen.⁶⁰ Der gesamte Wortlaut des preußischen Landesrechts verdeutlicht, dass Frauen keineswegs als gleichberechtigte Trägerinnen von Grundrechten angesehen wurden, sondern vielmehr als pfleglich zu behandelnde „Gebärmaschinen“, die ihre vom „Schöpfer“ oder „der Natur“ auferlegte „heilige Pflicht für Gott und Vaterland“ tunlichst zu erfüllen hatten.

Hieran änderte sich in der Folgezeit wenig. Die staatliche Obrigkeit verstand es weiterhin als ihr „gutes Recht“, über die Körper der Frauen zu verfügen, denen man mit Blick auf die (religiös gestützte) „patriarchale Schöpfungsordnung“ niemals die Freiheit zugestehen wollte, selbst darüber zu entscheiden, ob sie Kinder haben wollen oder nicht. Insofern ist es keineswegs übertrieben, die heutige Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB) als Ausfluss einer über Jahrhunderte praktizierten, patriarchalen *Entmündigung der Frau* zu begreifen, die dem Gleichheitsgrundsatz der Verfassung (Art. 3 Abs. 2) ersichtlich widerspricht.

Das Unbehagen, das die Karlsruher Richterinnen und Richter verspürten, als sie mit ihrem „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch die traditionelle Geschlechterordnung festigten, erkennt man besonders deutlich an den Sondervoten, die Wiltraut Rupp-v. Brünneck und Helmut Simon 1975 sowie Ernst Gottfried Mahrenholz und Bertold Sommer 1993 als „Abweichende Meinung“ zu Protokoll gaben. Dabei ist es wohl kein Zufall, dass die einzige Frau, die an der Entscheidung von 1975 beteiligt war, Wiltraut Rupp-v. Brünneck, die besonderen biologischen Voraussetzungen in den Fokus rückte, die beim Schwangerschaftsabbruch zu berücksichtigen sind:

59 Ingrid Matthäus-Maier: Rede im Deutschen Bundestag am 25.6.1992, auszugsweise abgedruckt in: bruno. Jahresmagazin der Giordano-Bruno-Stiftung 2021, S. 15.

60 Gleich mehrere Paragrafen des ALR beschäftigen sich mit der verbotenen Verheimlichung der Schwangerschaft (§§ 933ff. XX 2 ALR). Bei Totgeburten drohte der „Missetäterin“ nach § 957 XX 2 ALR eine vier- bis sechsjährige Zuchthausstrafe.

„Nach Auffassung der unterzeichnenden Richterin ist die Weigerung der Schwangeren, die Menschwerdung ihrer Leibesfrucht in ihrem Körper zuzulassen, nicht allein nach den natürlichen Empfindungen der Frau, sondern auch rechtlich etwas wesentlich anderes als die Vernichtung selbständig existenten Lebens. Schon deswegen verbietet es sich von vornherein, die Abtreibung im ersten Stadium der Schwangerschaft mit Mord oder vorsätzlicher Tötung prinzipiell gleichzustellen. [...] Der Umstand, dass erst in einem längeren Entwicklungsprozess ein vom mütterlichen Organismus trennbares selbständig existentes Lebewesen entsteht, legt es vielmehr nahe oder lässt es wenigstens zu, bei der rechtlichen Beurteilung zeitliche, dieser Entwicklung entsprechende Zäsuren zu berücksichtigen. Die biologische Kontinuität der Gesamtentwicklung bis zur Geburt – deren Beginn bei konsequenter Anwendung der Mehrheitsauffassung nicht erst bei der Einnistung, sondern bei der Empfängnis anzusetzen wäre – ändert nichts daran, dass den verschiedenen Entwicklungsstufen des Embryos eine Veränderung in der Einstellung der Schwangeren im Sinne einer wachsenden mütterlichen Bindung entspricht. Demgemäß ist es für das Rechtsbewusstsein der Schwangeren, aber auch für das allgemeine Rechtsbewusstsein nicht das gleiche, ob ein Schwangerschaftsabbruch im ersten Stadium der Schwangerschaft oder in einer späteren Phase stattfindet.“⁶¹

Gemeinsam mit Helmut Simon wies Rupp-v. Brünneck in diesem Zusammenhang auch auf die wichtige Tatsache hin, dass die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs die betroffenen Frauen nicht nur dazu zwingt, etwas zu *unterlassen*, sondern eben auch, etwas zu *erdulden*, was sie im Falle einer freien Entscheidung gar nicht erdulden würden:

„Die Besonderheit, dass in der Person der Schwangeren eine singuläre Einheit von ‚Täter‘ und ‚Opfer‘ vorliegt, fällt rechtlich bereits deswegen ins Gewicht, weil der Schwangeren – anders als dem Adressaten von Strafvorschriften gegen Tötungsdelikte – weit mehr abverlangt wird als nur ein Unterlassen: Sie soll nicht nur die mit dem Austragen der Leibesfrucht verbundenen tiefgreifenden Veränderungen ihrer Gesundheit und ihres Wohlbefindens dulden, sondern auch die Eingriffe in ihre Lebensgestaltung hinnehmen, die sich aus Schwangerschaft und Geburt ergeben, besonders die mütterliche Verantwortung für die weitere Ent-

61 BVerfGE 39, 1 [229].

wicklung des Kindes nach der Geburt tragen. Anders als bei den genannten Tötungsdelikten kann und muss der Gesetzgeber ferner davon ausgehen, dass das Schutzobjekt – die Leibesfrucht – am wirksamsten durch die Mutter selbst geschützt wird und dass deren Bereitschaft zum Austragen der Leibesfrucht durch Maßnahmen verschiedenster Art gestärkt werden kann. Da es von Natur aus keiner Strafvorschrift bedarf, um die mütterliche Schutzbeziehung herzustellen und zu sichern, lässt sich schon deswegen fragen, ob einer Störung dieser Beziehung, wie sie bei Schwangerschaftsabbrüchen zutage tritt, gerade durch eine Strafsanktion in geeigneter Weise begegnet werden kann.“⁶²

Wenn wir diese Ausführungen unter dem Blickwinkel der Gleichberechtigung von Mann und Frau betrachten, ergeben sich einige interessante Fragen, die verdeutlichen, was ungewollt schwangeren Frauen seit Jahrzehnten zugemutet wird. Vertauschen wir dazu kurz die Geschlechterrollen und fragen uns: Hätten *Männer* es jemals geduldet, gegen ihren Willen dazu gezwungen zu werden, unter gesundheitlichen Beschwerden und unangenehmen Begleiterscheinungen (etwa häufigem Erbrechen) eine winzige Keimblase (Blastozyste) in ihrem Körper heranreifen zu lassen, bis diese zu einem 3-5 Kilogramm schweren Organismus angewachsen ist, welchen sie nach 9 Monaten unter erheblichen Schmerzen gebären müssen? Hätten sie es hingenommen, als „Rechtsbrecher“ tituliert zu werden, bloß weil sie über ihren eigenen Bauch selbst bestimmen wollen? Hätte man ihnen in staatlich verordneten Zwangsberatungen näherbringen können, dass sie sich doch bitte nicht so anstellen sollen, da die körperlichen Beschwerden und Blessuren, die sie in ihrer ungewollten Schwangerschaft erleiden müssen, eine „zumutbare Opfergrenze“ (§ 219 StGB) gar nicht überschreiten?

Die Antworten auf diese Fragen liegen auf der Hand: Selbstverständlich nicht! Waren Männer – unter den Herrschaftsbedingungen des Patriarchats – die Leidtragenden gewesen, hätte es einen „Gebärzwang“ (nichts anderes bedeutet das prinzipielle Verbot des Schwangerschaftsabbruchs) niemals gegeben! Insofern ist die fortgesetzte Gültigkeit der § 218 ff. StGB nicht zuletzt auch Ausdruck der *jahrzehntelangen Dominanz* von Männern in den entscheidenden Gremien von Staat und Justiz – ein Punkt, den die *Frauenbewegung* seit 150 Jahren zu Recht in die Debatte einbringt⁶³ und

62 BVerfGE 39, 1 [228].

63 Vgl. u. a. Michaela Karl: Die Geschichte der Frauenbewegung. Stuttgart 2020.

ohne den die verfassungsrechtliche Schieflage der geltenden Gesetze aus soziologischer und politikwissenschaftlicher Sicht kaum zu erklären wäre.⁶⁴

Allerdings sollten wir fair sein: Vergleicht man das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten“ von 1794 mit den BVerfG-Urteilen von 1975 und 1993, so lässt sich nicht bestreiten, dass die Karlsruher Richterinnen und Richter sehr wohl einige Argumente der Frauenbewegung aufgenommen haben. Genauso unbestreitbar ist allerdings, dass die gleichzeitige Berücksichtigung von *feministischen* und radikal *anti-feministischen* Positionen im Endergebnis zu einem eklatant widersprüchlichen Rechtskonzept geführt hat, das die gebotene logische Stringenz vermissen lässt.

1.7 Die Rechtsunlogik der deutschen Gesetzgebung

Die beiden – schon in ihren Kernprämissen verfassungswidrigen – Urteile des Bundesverfassungsgerichts haben ein Rechtssystem geschaffen, das den Prinzipien der Rechtslogik widerspricht. So soll der beratene Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB zwar in jedem Fall *rechtswidrig* sein, da er angeblich mit der Tötung eines Grundrechtsträgers einhergeht, gleichzeitig aber soll diese absichtliche Tötungshandlung unter bestimmten Umständen *nicht mit Strafen* geahndet werden, also trotz ihrer „prinzipiellen Rechtswidrigkeit“ zugleich „rechtmäßig im Sinne der Rechtsordnung“ sein.

Schon allein dies ist rechtslogisch schwer zu verkraften. Doch damit nicht genug: Der Staat muss nach Maßgabe des BVerfG sogar dafür sorgen, dass Frauen an der Begehung solcher „rechtswidriger Handlungen“ *nicht gehindert werden*, ja: er muss sogar *aktiv tätig werden*, um geeignete Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Frauen solche „rechtswidrigen Handlungen“ gefahrlos begehen können. Tatsächlich begriff das BVerfG es als eine verfassungsgemäße „Staatsaufgabe“, „ein ausreichendes und flächendeckendes Angebot sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherzustellen“⁶⁵ – obgleich es gleichzeitig daran festhielt, Schwangerschaftsabbrüche als rechtswidrige Tötungen „grundrechtsgeschützter Personen“ zu verurteilen. Wie lässt sich diese *Contradiccio in adiecto*, dieser unmittelbare Widerspruch, rational auflösen?

64 Vgl. hierzu u.a. Gisela Notz: Feminismus. Köln 2021; sowie die entsprechenden Darlegungen in: Busch/Hahn (Hg.), Abtreibung, 2015.

65 BVerfGE 88, 203 [350].

Reinhard Merkel, Mitautor der Verfassungsbeschwerde von Kristina Hänel, brachte diese *Contradiccio in adiecto* vor einigen Jahren präzise auf den Punkt:

„Zwingend selbstdestruktiv ist der Widerspruch des Rechtswidrigkeitsverdikts zu der oben zitierten ‚Staatsaufgabe‘, ein ‚flächendeckendes Angebot‘ von Abtreibungseinrichtungen sicherzustellen. Das bedeutet nichts anderes als eine Pflicht zur Unrechtsteilnahme – soweit darüber hinaus beratene Abbrüche auch in Kliniken mit kommunaler Trägerschaft stattfinden, was das BVerfG ausdrücklich als zulässig anerkennt, sogar zur täterschaftlichen Unrechtsbegehung – als ‚Staatsaufgabe‘. Eine staatliche Pflicht zur Bereitstellung ‚ausreichender und flächendeckender‘ Möglichkeiten zur massenhaften rechtswidrigen Tötung grundrechtsgeschützter Personen auch nur mit den Fundamentalbedingungen des Rechtsstaats zu vereinbaren, ist ersichtlich ausgeschlossen. Eine solche ‚Staatsaufgabe‘ läuft, nimmt man das Rechtswidrigkeitsverdikt über ihren Inhalt ernst, auf die normenlogische Unmöglichkeit hinaus, dass der Staat von Rechts wegen zum Unrecht verpflichtet ist.“⁶⁶

Die Konsequenzen, die aus dieser „normenlogischen Unmöglichkeit“ resultieren, hat Merkel ebenso luzide dargestellt:

„Ein so offensichtlicher Widerspruch kann keinen Bestand haben, und deshalb können es nicht beide Normierungen zugleich, die ihn enthalten. Das ist keine Frage, über die das BVerfG (oder irgendwer sonst) entscheiden könnte; es ist vielmehr eine Frage der Logik. Daher muss eine der beiden Normierungen – rechtliche Staatsaufgabe oder Unrecht – ungültig sein. Das BVerfG hat, im Zusammenwirken mit dem Gesetzgeber, gleichwohl beide für gültig erklärt. Schon deshalb kann die Frage, welche davon ungültig ist, nicht anhand der BVerfG-Entscheidung oder der gesetzlichen Regelung beantwortet werden. Die Antwort ergibt sich vielmehr aus den Kriterien, die als notwendige Bedingungen rechtlicher Geltung über die Existenz oder Nichtexistenz rechtlicher Normen entscheiden. [...] Die Geltung einer Rechtsnorm setzt neben den Erfordernissen ihres ordnungsgemäßen Gesetzseins [...] voraus, dass die Norm wenigstens ein Minimum an tatsächlicher Wirksamkeit entfaltet. [...] Eine Verbotsnorm, deren Bruch nicht nur de facto reaktionslos bleibt (wie der

66 Reinhard Merkel: StGB § 218a. In: Kindhäuser/Neumann/Pauffgen: Strafgesetzbuch. Baden-Baden 2010 [59].

vieler Bagatelldelikte), sondern kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung bleiben muss und nach dem Gesetz sogar Anspruch auf staatliche Beihilfe begründet, und zwar jährlich über zweihunderttausend Mal, eine solche Norm wird rechtlich nicht mehr als Verbotsnorm garantiert; rechtlich gewährleistet wird vielmehr im Gegenteil die leicht verfügbare Möglichkeit ihres Bruchs. Mit diesem Ausschluss jeder missbilligenden Reaktion wird die Norm als rechtliches Verbot preisgegeben.“⁶⁷

Wir sehen: Das vom BVerfG ergangene „Unwerturteil“, beim Schwangerschaftsabbruch handle es sich um eine „rechtwidrige Handlung“, ist über weite Strecken eine juristische Chimäre, eine bloß imaginäre Erscheinung, die im *Kernbereich der Verbotsnorm* kaum Wirkungen zeigt. Das heißt allerdings nicht, dass die Entscheidungen des BVerfG nicht doch beträchtliche rechtliche Folgewirkungen nach sich gezogen hätten. Denn nur wegen des „Unwerturteils“ des BVerfG werden die *Kosten des Schwangerschaftsabbruchs* nicht von den Krankenkassen getragen, nur deshalb müssen sich Frauen *Zwangsberatungen* unterziehen (§ 219 StGB), und nur deshalb war es Ärztinnen und Ärzten *nicht erlaubt*, über die Methoden zu informieren, die sie auf dem Gebiet des Schwangerschaftsabbruchs einsetzen (§ 219a StGB).

Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass die in Karlsruhe bekräftigte generelle Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs auch gravierende *nicht-juristische Konsequenzen* heraufbeschworen hat. Auch sie führen in der Praxis zu erheblichen Belastungen für ungewollt schwangere Frauen und ihre Helferinnen und Helfer, auf die wir im nachfolgenden 2. Teil ausführlicher eingehen werden.

Teil 2: Die Folgen der Kriminalisierung

2.1 Bevormundung und Demütigung: Die schwierige Lage ungewollt schwangerer Frauen in Deutschland

Frauen, die ungewollt schwanger werden und einen Abbruch in Erwägung ziehen, sind mit einer schwierigen persönlichen Entscheidung konfrontiert. Diese Entscheidung kann unabhängig von allen rechtlichen Aspekten psychisch belastend sein. Im Zuge der Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs werden sie jedoch zusätzlich noch mit dem Vorwurf konfrontiert,

67 Merkel, StGB § 218a [60f.].

eine „rechtswidrige“, „unmoralische“, „sittlich verwerfliche“ Handlung zu begehen. Offenkundig leiden nicht wenige Frauen unter dieser ausdrücklichen Missbilligung. Dies belegen die beklemmenden Aussagen von Betroffenen, die in einer unlängst veröffentlichten Studie des CORRECTIV-Netzwerks zitiert werden:

„Plötzlich gehört dir dein Körper nicht mehr. Man fühlt sich bei allem schuldig. Ich fand es fürchterlich, nach dem Beratungsgespräch auch noch eine Bestätigung abzuholen. Wie ein Schwerverbrecher. Es geht niemanden etwas an. Ich fühlte mich total ausgeliefert und nicht selbstbestimmt.“

(*Betroffene aus Nordrhein-Westfalen, Abbruch 2020*)

„Man fühlt sich schlecht, stigmatisiert und wie ein Verbrecher. Man traut sich nicht, darüber zu reden.“

(*Betroffene aus Bayern, Abbruch 2021*)

„Im Nachhinein finde ich die Gesetzeslage am belastendsten. Habe nie an meiner Entscheidung gezweifelt, auch wenn sie sehr schwierig war und ich etwas getraut habe. Dass es allerdings eine Straftat sein soll, diese für mich in dieser Situation einzig richtige Entscheidung zu treffen, kann ich einfach nicht verstehen. Es ist verletzend, es macht mich klein, es macht mich wütend.“

(*Betroffene aus Niedersachsen, Abbruch 2021*)⁶⁸

Man erkennt an diesen Aussagen: Wenn Abtreibungsgegner*innen mit erhobenem Zeigefinger darauf hinweisen, dass der Schwangerschaftsabbruch mit hohen psychischen Kosten verbunden sein kann, so liegen sie damit nicht falsch – doch vergessen sie dabei zu erwähnen, dass sie selbst mit ihrer auf „alternativen Fakten“ und logischen Fehlschlüssen beruhenden⁶⁹ Propaganda maßgeblich zur Erzeugung dieser psychischen Kosten beitragen. Wie die in der CORRECTIV-Studie wiedergegebenen Statements betroffener Frauen zeigen, hat das durch § 219a StGB erzwungene Informationsverbot für Ärztinnen und Ärzte dieses Problem zusätzlich verstärkt:

68 CORRECTIV: Hindernisse bei Abtreibungen in Deutschland. Veröffentlicht am 03. März 2022 unter: <https://correctiv.org/top-stories/2022/03/03/hindernisse-bei-abtreibungen-in-deutschland-schwangerschaftsabbruch/>. Für die umfangreiche Studie wurden nach Auskunft von CORRECTIV Gespräche mit 1.505 betroffenen Frauen geführt.

69 Siehe Teil 1 dieser Stellungnahme sowie Abschnitt 2.3.

„Ich bin auf der Suche nach Informationen unter anderem auf den sog. „Babycaust“-Seiten christlicher Fundis gelandet und war damals nicht in der Lage, mich emotional davon zu distanzieren. Die Informationslage halte ich heute für ein riesiges Problem. Es gibt viel zu wenig Infos für Schwangere, die einen in der Entscheidung für einen Abbruch bestärken und gleichzeitig anerkennen, dass das ein emotional schmerzhafter Prozess sein kann.“

(Betroffene aus Sachsen, Abbruch 2011)

„Es ist ganz furchtbar gewesen, nach dem positiven Test überhaupt an Informationen zu kommen. Es kamen nur christliche Adoptionsseiten und ich habe mich wie eine Mörderin gefühlt.“

(Betroffene aus Hessen, Abbruch 2020)

„Man kann sich nicht über Praxen informieren, da diese öffentlich nicht bekannt sein wollen. Als Frau fühlt man sich wie ein Schwerverbrecher. Schrecklich. Und in einer Bettlerrolle.“

(Betroffene aus Nordrhein-Westfalen, Abbruch 2020)⁷⁰

Auch die über § 219 StGB verfügte Pflichtberatung, in der nach Maßgabe des BVerfG das (empirisch, ethisch und juristisch unbegründete) „Lebensrecht des Ungeborenen“ verteidigt werden muss, ist für viele Frauen mit demütigenden Erfahrungen verbunden. Denn offenbar nehmen es einige Beratungsstellen sehr ernst damit, den Frauen (entsprechend dem Wortlaut des Paragrafen) eine „zumutbare Opfergrenze“ abzuverlangen:

„Die Beraterin machte mir Vorwürfe, ich würde mein Leben über das meines ungeborenen Kindes stellen und sagte, wir Frauen seien auf der Welt, um Kinder zu bekommen.“

(Betroffene aus Nordrhein-Westfalen, Abbruch 2016)

„Die Mitarbeiter der Beratungsstelle haben oft versucht, auf mich einzureden, damit ich das Kind bekomme, obwohl ich erst 13 war. Die Beratung war sehr schlimm für mich, da ich mir so sicher war, dass ich es nicht wollte. Trotzdem musste ich mich für alles rechtfertigen. Und durch ‚Erfolgsgeschichten‘ und Bilder von glücklichen Müttern wurde versucht, mich dazu zu bewegen, das Kind zu behalten.“

(Betroffene aus Sachsen, Abbruch 2016)

70 CORRECTIV, Hindernisse bei Abtreibungen in Deutschland, 2022.

„Es war furchtbar. Ich musste mich eine Stunde rechtfertigen, warum ich kein Kind haben möchte. Erst als ich vor Weinen nicht mehr reden konnte, habe ich die Bescheinigung bekommen.“

(*Betroffene aus Thüringen, Abbruch 2017*)⁷¹

Nach Angaben von CORRECTIV berichtet etwa jede fünfte befragte Frau von derartigen „Missständen bei der Beratung“. Allerdings ist „Missstände“ wohl nicht die juristisch korrekte Formulierung, denn aus Sicht des BVerfG-Urteils von 1993 ist die beschriebene bevormundende, den Willen und die Überzeugungen der Frauen missachtende Behandlung gar kein „Missstand“, sondern vielmehr Ausdruck einer „gewissenhaften“ Umsetzung des „Unwerturteils“, das Karlsruhe über den Schwangerschaftsabbruch verhängt hat. Pointiert formuliert: Es ist gerade das gesetzliche Ziel der „Schwangerschaftskonfliktberatung“ Schwangerschaftskonflikte herauzubeschwören, die es ohne diese Beratung und ohne das zugrundeliegende höchstrichterliche „Unwerturteil“ gar nicht gäbe! Glücklicherweise orientieren sich die meisten Beratungsstellen (etwa die Einrichtungen von *pro familia*) unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse und internationaler Abkommen⁷² an der *Würde der Frau* (Art. 1. Abs. 1 GG) statt an den seinerzeitigen *Vorgaben des BVerfG*. Dies ändert aber nichts an der geltenden Gesetzeslage.

Die höchstrichterliche Verurteilung des Schwangerschaftsabbruchs bestimmt leider auch das Denken und Handeln vieler Ärztinnen und Ärzte, wie die Erfahrungsberichte zeigen:

„Mein damaliger Gynäkologe hat mir schlimme Vorwürfe gemacht und gesagt, dass Abtreibungen Mord seien. Am Ende bin ich für meinen Abbruch in die Niederlande gefahren. Ich habe mich nach dem Schwangerschaftsabbruch jahrelang nicht zu einem Frauenarzt getraut.“

(*Betroffene aus Baden-Württemberg, Abbruch 2015*)

71 Ebenda.

72 Von besonderer Bedeutung ist hier das „Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“ (Cedaw), das 1979 von der UN-Generalversammlung verabschiedet wurde. Die Berichterstatterin des zuständigen UN-Ausschusses, der die Umsetzung der internationalen Frauenrechtskonvention Cedaw kontrolliert, rügte die deutsche Bundesregierung noch 2020, weil diese keine Verbesserung der Situation ungewollt schwangerer Frauen herbeigeführt hatte, vgl. Patricia Hecht: Blauer Brief von den Vereinten Nationen: Paragraf 218a in der Kritik. TAZ vom 2.3.2020.

„Es war schwierig, Informationen aus der Frauenärztin herauszubekommen. Sie wollte gar nicht über einen Abbruch sprechen. Sie hat mir zum Schluss nur einen Kontaktzettel und eine Broschüre einer Beratungsstelle in die Hand gedrückt und den Kopf leicht geschüttelt. Das war das Schlimmste. Als ob es nicht schon für die Schwangere die schwierigste Entscheidung überhaupt ist, wird man dann auch noch so behandelt.“
(*Betroffene aus Bayern, Abbruch 2018*)⁷³

Ungewollt schwangere Frauen, die ihre Schwangerschaft abbrechen wollen, sind durch die aktuelle Gesetzeslage allerdings nicht nur psychischem, sondern auch finanziellem Druck ausgesetzt. Denn aufgrund des „Unwerturteils“ des BVerfG gilt der Schwangerschaftsabbruch nicht als kassenärztliche Leistung, die anfallenden Kosten können also nicht automatisch von den Krankenkassen übernommen werden. Wer sich einen Abbruch aus finanziellen Gründen nicht leisten kann, muss persönlich eine Kostenübernahme bei der Krankenkasse beantragen, was allzu oft zu weiteren demütigenden Erfahrungen führt:

„Ich musste persönlich zum Schalter meiner Krankenkasse und dort offenlegen, warum ich eine Übernahme brauche. Ich habe mehrfach nach einem Einzelraum gefragt, da es sich um sehr persönliche Aussagen handelte. Dies wurde nicht berücksichtigt. Ich habe am Schalter neben anderen Kund*innen darum betteln müssen, dass es übernommen wird.“

(*Betroffene aus Nordrhein-Westfalen, Abbruch 2021*)

„Ich fand es scheußlich. Ich musste für den Antrag zur Kostenübernahme extra in den 20 Kilometer entfernten Ort fahren und mit einem Heiopei von der Krankenkasse besprechen, dass ich nicht noch ein Kind will (9 Monate altes Baby auf meinem Schoß inklusive). Komplett entwürdigend, was geht den das an?“

(*Betroffene aus Nordrhein-Westfalen, Abbruch 2016*)⁷⁴

Ist die Hürde des Kostenübernahmeantrags genommen, muss die betroffene Frau darauf hoffen, dass er rechtzeitig genehmigt wird. Denn der Schwangerschaftsabbruch kann aufgrund der geltenden Gesetzeslage nur innerhalb der ersten zwölf Wochen straffrei erfolgen – eine weitere, empirisch unbegründete Festlegung, denn in der 12. Woche ist der Fötus, wie

73 CORRECTIV, Hindernisse bei Abtreibungen in Deutschland, 2022.

74 Ebenda.

wir gesehen haben (1.4), noch weit davon entfernt, Schmerzen erleben zu können und schädigungsfähig zu sein, geschweige denn: ein Interesse am eigenen Überleben oder Interessen überhaupt zu haben.

Die notwendige Genehmigung der Kostenübernahme für den Schwangerschaftsabbruch ist nicht der einzige Grund, weshalb ungewollt schwangere Frauen oft unter Zeitdruck geraten. Denn sie müssen innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Zeitfensters noch ein anderes Problem bewältigen, nämlich, einen Arzt oder eine Ärztin zu finden, der oder die bereit ist, den Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen. Dies ist (zumindest in einigen Regionen Deutschlands) alles andere als einfach, denn es gibt zu wenige Ärztinnen und Ärzte, die Erfahrungen auf diesem Gebiet aufweisen. Die Zurückhaltung der Ärzteschaft ist allerdings verständlich, wenn man sich die rechtlichen Rahmenbedingungen vor Augen führt.

2.2 Beihilfe zum Rechtsbruch? Der ungerechtfertigte Druck auf Ärztinnen und Ärzte

Das Medizinstudium zählt zu den aufwändigsten Studiengängen überhaupt. Es verlangt viel Zeit, Ausdauer und Disziplin, um später als Arzt oder Ärztin praktizieren zu können. Kann man es den Ärztinnen und Ärzten angesichts dieser Anforderungen verdenken, dass sie es vorziehen, ihr medizinisches Handwerk ungestört ausüben zu können, statt in den zweifelhaften Ruf zu gelangen, mit ihrer Tätigkeit einen Rechtsbruch zu begehen?

Denn genau darum handelt es sich beim Schwangerschaftsabbruch unter den gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen. Mehr noch: Den BVerfG-Urteilen zufolge geht es bei der Abtreibung sogar um die absichtliche Tötung eines Grundrechtsträgers, dem „Menschenwürde“ zugestanden wird. Zwar sind die höchstrichterlichen Urteile (siehe Teil 1) empirisch, ethisch und juristisch unbegründet und mit schwerwiegenderen Verstößen gegen Art. 1, 2 und 3 GG verbunden. Das ändert jedoch nichts an der Gesetzeslage, die so lange Bestand haben wird, bis eine neue Generation von Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichtern den Urteilen von 1975 und 1993 widerspricht.

Eine rationale, verfassungskonforme Sicht der Dinge müsste klarstellen, dass Ärztinnen wie Kristina Hänel selbstverständlich keinen Rechtsbruch begehen, wenn sie Schwangerschaftsabbrüche durchführen, sondern dass sie vielmehr in höchstem Maße verantwortungsvoll handeln, wenn sie

ungewollt schwangeren Frauen zur Seite stehen. Unter den gegebenen Bedingungen verlangt dies allerdings eine psychische Widerstandskraft, die nur verhältnismäßig wenige Gynäkologinnen und Gynäkologen aufbringen. Viele von ihnen sind zutiefst verunsichert durch die inhärente „Rechtsunlogik“ der Gesetzgebung (siehe die Ausführungen in Abschnitt 1.7), die einerseits verlangt, dass Schwangerschaftsabbrüche flächendeckend angeboten werden, sie andererseits jedoch als „rechtswidrige Handlungen“ verurteilt.

Ein besonderes Instrument zur Verunsicherung der Ärzteschaft war über viele Jahrzehnte hinweg der inzwischen hochumstrittene § 219a StGB, der zum Zeitpunkt des Verfassens dieser Stellungnahme zwar gestrichen werden soll, aber noch immer rechtswirksam ist, und um den es in dem aktuellen Verfassungsbeschwerdeverfahren in erster Linie geht. Schon die Beteiligung dieses aus der Nazizeit stammenden Zensur-Paragrafen „Werbung für den Schwangerschaftsabbruch“ ist ein Schlag ins Gesicht der Ärztinnen und Ärzte, die sich ihrer Verantwortung für Frauen in Notlagen stellen. Denn selbstverständlich hat keine Ärztin, hat kein Arzt jemals „Werbung“ für den Schwangerschaftsabbruch gemacht! Tatsächlich haben einige von ihnen bloß den Mut aufgebracht, ihrer ärztlichen Informationspflicht (§ 630c, § 630e BGB) nachzukommen und betroffene Frauen über die verschiedenen Methoden des Schwangerschaftsabbruchs aufzuklären, obwohl dies nach § 219a StGB untersagt ist.

Die meisten Ärztinnen und Ärzte haben, nachdem sie von einer möglichen Anklage erfuhren, derartige Informationen schnell wieder von ihren Webseiten entfernt – nicht so Kristina Hänel. Sie ging den Weg durch die Instanzen bis zum BVerfG und löste damit eine längst überfällige Debatte nicht nur über § 219a StGB, sondern über die gesamte Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch in Deutschland aus. Sollte § 219a StGB nun tatsächlich gestrichen werden, wäre dies nicht zuletzt auch ihr Verdienst.⁷⁵ Die Streichung des Paragrafen würde allerdings nicht ausreichen, um ihren Ruf als „unbescholtene Bürgerin“ wiederherzustellen, denn sie würde weiterhin als „verurteilte Straftäterin“ gelten. Schon allein aus diesem Grund ist es wichtig, dass das BVerfG feststellt, dass § 219a StGB seit jeher verfassungswidrig war.

75 Dies wäre selbstverständlich auch das Verdienst anderer Ärztinnen und Ärzte (wie Nora Szász und Eva Waldschütz), die sich ebenfalls gegen § 219a StGB zur Wehr setzen, sowie des großen Unterstützerkreises von Kristina Hänel (besonders hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang das „Bündnis für sexuelle Selbstbestimmung“, „Pro Choice Deutschland“ und „Doctors for Choice“).

Die Verfassungsbeschwerde von Kristina Hänel sowie das beigelegte Rechtsgutachten von Frauke Brosius-Gersdorf belegen, dass § 219a StGB von Beginn an u. a. gegen Art. 12 Abs. 1 GG (freie Berufswahl und geregelte Berufsausbildung) sowie gegen Art. 5 Abs. 1 GG (freie Meinungsäußerung) verstoßen hat. Betrachtet man § 219a StGB im Kontext der gesamten Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch (was notwendig ist, weil § 219a StGB nur über das höchstrichterliche „Unwerturteil“ den „Anschein von Legitimität“ erwecken konnte), kommen (siehe Teil 1) mittelbar noch sehr viel schwerwiegender Grundrechtsverstöße hinzu, nämlich Verstöße gegen Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs 1 und 2 GG und Art. 3 Abs. 1-3 GG.

Sollte § 219a StGB nun tatsächlich fallen, wäre dies zwar eine Erleichterung für die betroffenen Ärztinnen und Ärzte, aber es würde den ungerechtfertigten Druck, der auf ihnen lastet, kaum mindern. Denn auch noch nach der Streichung von § 219a StGB stünde ihre Arbeit unter dem Damoklesschwert des höchstrichterlichen „Unwerturteils“. Weiterhin dürfte man ihnen die Beteiligung an einer „rechtswidrigen Handlung“, ja sogar die „vorsätzliche Tötung eines Grundrechtsträgers“ vorwerfen. Fundamentalistische christliche Gruppen haben die entsprechenden argumentativen Vorlagen des BVerfG in den letzten Jahrzehnten gerne für die eigene Propaganda genutzt.

2.3 Vom Holocaust zum „Babycaust“: Ideologische Hetze gegen den Schwangerschaftsabbruch

Ärztinnen und Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, müssen damit leben, von militanten Abtreibungsgegnern als „Auftragsmörder“ beschimpft zu werden. Mitunter heißt es sogar, „Abtreibungsärzte“ seien „Massenmörder“ und Erfüllungsgehilfen eines „heimlichen Genozids“. Häufig wird dabei ein direkter Vergleich zu den Gräueltaten des Nationalsozialismus gezogen. So schreibt der Abtreibungsgegner Klaus Günter Annen (Betreiber der Website babycaust.de und Vorstandsmitglied der Partei „Christliche Mitte“):

„Der BABYCAUST stellt den HOLOCAUST schon jetzt zahlenmäßig um ein Vielfaches in den Schatten! Wir brandmarken die Verbrechen des HOLOCAUST zu Recht, doch gelernt hat Deutschland, hat Europa, hat die Weltgemeinschaft daraus nichts: über 45 Millionen weltweit getöteter Kinder im Mutterleib geben jährlich Zeugnis von dem größten Verbre-

chen unserer Tage: dem BABYCAUST! [...] Etwa 56 Millionen Menschen werden jährlich weltweit durch ‚Abtreibung‘ getötet/ermordet, berichten uns die Medien. [...] Der Unterschied: Die getöteten/ermordeten Menschen des HOLOCAUST waren bereits geboren. Die getöteten / ermordeten Menschen des BABYCAUST sind noch nicht geboren. Beide ‚Gruppen‘ sind Menschen und haben zu Beginn ihres SEINS eine Menschenwürde und ein Recht auf Leben, daran besteht kein Zweifel. Die Menschenwürde und das Recht auf Leben wächst nicht oder mindert sich, sondern hat jeder Mensch sofort zu 100 %!!! Dabei spielt es keine Rolle, ob der Mensch schon geboren oder noch ungeboren, ob er klein oder groß, jung oder alt, gesund oder krank, arm oder reich ist. Mögen noch so viele Eigenschaften fehlen, die andere Menschen vielleicht besitzen, mindert oder vermehrt dies die Menschenwürde oder das Recht auf Leben in keiner Weise!“⁷⁶

Kristina Hänel und das *Institut für Weltanschauungsrecht (ifw)* stellten unter Bezugnahme auf solche Zitate Annens am 12. Februar 2021 Strafanzeige wegen a) „des Verdachts der Beleidigung nach § 185 StGB durch Bezeichnung Kristina Hänels als Auftrags- und Massen-Mörderin“ sowie b) „des Verdachts der Volksverhetzung in der Alternative des Verharmlosens nach § 130 III Fall 3 StGB in Tateinheit mit Beleidigung nach § 185 StGB durch das Gleichsetzen der medizinischen Tätigkeit Frau Hänels mit dem nationalsozialistischen Völkermord“.⁷⁷ Verurteilt wurde Annen allerdings nur wegen „Beleidigung“ – der Verdacht der „Volksverhetzung“ kam nicht zur Anklage, da Staatsanwaltschaft und Gericht meinten, dass Annen nur die Konsequenzen des Schwangerschaftsabbruchs überdramatisiere, damit aber den Holocaust nicht relativiere.

Doch wie sollte dies möglich sein? Wer die systematische Ermordung jüdischer Männer, Frauen und Kinder mit der Entfernung empfindungsunfähiger Embryonen gleichsetzt, verhöhnt nun einmal die Opfer der nationalsozialistischen Verbrechen und stellt den Widerstand gegen Hitler auf dieselbe Stufe wie den Widerstand gegen Ärztinnen und Ärzte, die ungewollt Schwangeren helfen. Handelt es sich dabei wirklich nur um eine „überdramatisierende“ Meinung? Nein, es geht hier um Volksverhetzung in

76 Klaus Günter Annen zitiert nach: Institut für Weltanschauungsrecht (ifw): Strafanzeige gegen Klaus Günter Annen. 12. Februar 2021, online verfügbar (mit den Originallinks zu Annens Aussagen) unter: https://weltanschauungsrecht.de/sites/default/files/download/2021-02-12_ifw_strafanzeige_annen.pdf.

77 Institut für Weltanschauungsrecht, Strafanzeige gegen Klaus Günter Annen, S. 1.

Reinkultur, ja sogar um einen indirekten Aufruf zur Gewalt: Denn wenn das Stauffenberg-Attentat gerechtfertigt war, warum dann nicht auch Anschläge auf Ärztinnen und Ärzte?!

Dass das Gericht Annens volksverhetzende Aussagen nicht als Volksverhetzung ahnden wollte, mag vielleicht auch daran gelegen haben, dass das höchste deutsche Gericht 1975 die perfekte argumentative Vorlage für diese Form von Propaganda liefert hatte. Denn das BVerfG begründete sein „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch 1975 ausgerechnet (!) mit den katastrophalen Erfahrungen aus der Zeit des Nationalsozialismus. Dazu heißt es in der Urteilsbegründung:

„Die ausdrückliche Aufnahme des an sich selbstverständlichen Rechts auf Leben in das Grundgesetz – anders als etwa in der Weimarer Verfassung – erklärt sich hauptsächlich als Reaktion auf die ‚Vernichtung lebensunwerten Lebens‘, auf ‚Endlösung‘ und ‚Liquidierung‘, die vom nationalsozialistischen Regime als staatliche Maßnahmen durchgeführt wurden.⁷⁸ [...] Dem Grundgesetz liegen Prinzipien der Staatsgestaltung zugrunde, die sich nur aus der geschichtlichen Erfahrung und der geistig-sittlichen Auseinandersetzung mit dem vorangegangenen System des Nationalsozialismus erklären lassen. Gegenüber der Allmacht des totalitären Staates, der schrankenlose Herrschaft über alle Bereiche des sozialen Lebens für sich beanspruchte und dem bei der Verfolgung seiner Staatsziele die Rücksicht auch auf das Leben des Einzelnen grundsätzlich nichts bedeutete, hat das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die den einzelnen Menschen und seine Würde in den Mittelpunkt aller seiner Regelungen stellt. Dem liegt [...] die Vorstellung zugrunde, dass der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbständigen Wert besitzt, der die unbedingte Achtung vor dem Leben jedes einzelnen Menschen, auch dem scheinbar sozial ‚wertlosen‘ unabdingbar fordert und der es deshalb ausschließt, solches Leben ohne rechtfertigenden Grund zu vernichten.“⁷⁹

Die Senatsmehrheit ließ bei der Formulierung dieser Passage unberücksichtigt, dass gerade die Nationalsozialisten die Gesetze gegen den Schwangerschaftsabbruch nach den ersten Liberalisierungen in der Weimarer Republik massiv verschärft hatten (u. a. durch die Aufnahme des Vorläufers

78 BVerfGE 39, 1 [132].

79 BVerfGE 39, 1 [203].

des heutigen § 219a ins Strafgesetzbuch).⁸⁰ Aus diesem Grund ist das „Unwerturteil“ des BVerfG über den Schwangerschaftsabbruch sehr viel eher anschlussfähig an die nationalsozialistische Propaganda als an den liberalen Geist der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ von 1948 und das deutsche Grundgesetz von 1949! Entsprechend deutlich reagierten dann auch Wiltraut Rupp-v. Brünneck und Helmut Simon in ihrem Sondervotum zum BVerfG-Urteil von 1975:

„Ein gegenteiliger Standpunkt lässt sich nicht damit begründen, dass die Aufnahme des Art. 2 Abs. 2 GG unstreitig der Reaktion auf die unmenschliche Ideologie und Praxis des nationalsozialistischen Regimes entsprang. Diese Reaktion bezieht sich auf die Massenvernichtung menschlichen Lebens von Staats wegen in Konzentrationslagern und bei Geisteskranken, auf behördlich angeordnete Sterilisierungen und Zwangabtreibungen, auf medizinische Versuche mit Menschen gegen deren Willen und auf die in zahllosen anderen staatlichen Maßnahmen zum Ausdruck kommende Missachtung des individuellen Lebens und der Menschenwürde. Hieraus Schlussfolgerungen für die verfassungsrechtliche Bewertung einer nicht vom Staat, sondern von der Schwangeren selbst oder mit ihrem Willen von Dritten vorgenommenen Abtötung der Leibesfrucht zu ziehen, ist umso weniger am Platze, als das nationalsozialistische Regime entsprechend seiner biologisch-bevölkerungspolitischen Ideologie gerade dazu einen rigorosen Standpunkt eingenommen hatte. Neben neuen Vorschriften gegen die Werbung für Abtreibungen oder Abtreibungsmittel wurde durch entsprechende staatliche Maßnahmen darauf hingewirkt, im Gegensatz zur Praxis in der Weimarer Zeit eine striktere Anwendung der Strafbestimmungen durchzusetzen. Diese an sich schon hohen Strafdrohungen wurden 1943 wesentlich verschärft. Während bisher sowohl für die Schwangere wie für den nicht gewerbsmäßig handelnden Helfer nur Gefängnisstrafe vorgesehen war, wurde nunmehr die Selbstabtreibung in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus belegt. Die Fremdabtreibung war, abgesehen von minder schweren Fällen, stets mit Zuchthaus zu bestrafen; hatte der Täter ‚dadurch die Lebenskraft des deutschen Volkes fortgesetzt beeinträchtigt‘, sogar mit Todesstrafe. Angesichts dieser, bei der Entstehung des Grundgesetzes noch unveränderten, lediglich durch das alliierte Verbot grausamer oder übermäßig hoher Strafen in ihrer Anwendung gemilderten Bestimmun-

80 Vgl. hierzu von Behren, Die Geschichte des § 218 StGB, 2020, S. 326 ff.

gen können die Gründe, die zur Aufnahme des Art. 2 Abs. 2 GG führten, schlechterdings nicht zugunsten einer verfassungsrechtlichen Pflicht zur Bestrafung von Abtreibungen herangezogen werden. Vielmehr gebietet die mit dem Grundgesetz vollzogene, entschiedene Abkehr vom totalitären nationalsozialistischen Staat eher umgekehrt Zurückhaltung im Umgang mit der Kriminalstrafe, deren verfehlter Gebrauch in der Geschichte der Menschheit schon unendlich viel Leid angerichtet hat.⁸¹

Das Sondervotum von Rupp-v. Brünneck und Simon war klar, präzise und historisch korrekt, konnte aber die Senatsmehrheit offenkundig nicht überzeugen. Deshalb können sich radikale Abtreibungsgegner wie Klaus Günter Annen heute fatalerweise auf das Bundesverfassungsgericht berufen, wenn sie ihre menschenverachtende Propaganda betreiben und Ärztinnen und Ärzte unter Druck setzen. In einem neuen Grundsatzurteil könnte das BVerfG allerdings nicht nur die 1975 von der Senatsmehrheit verzerrten, historischen Zusammenhänge richtigstellen,⁸² sondern zudem einen weiteren höchstrichterlichen Fehler korrigieren, auf den sich radikale Abtreibungsgegner gerne beziehen, wenn sie besonders offensive Aktionen gegen Ärztinnen und Ärzte rechtfertigen wollen.

Angesprochen ist hier das sogenannte „Nothilferecht“, das sich aus dem „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch ableiten und gegen Ärztinnen und Ärzte ins Feld führen lässt. Denn: Wenn es sich bei Abtreibungen tatsächlich um vorsätzliche Tötungen verfassungsrechtlich geschützter „Personen“ handeln würde, wenn sie auch nur annähernd vergleichbar wären mit der „Vernichtung unwerten Lebens“ unter dem nationalsozialistischen Regime, dann wäre Widerstand gegen eine solch menschenverachtende Praxis „oberste Bürgerpflicht“. Man müsste zwingend Nothilfe zugunsten der Ungeborenen leisten, um die zehntausendfache Ermordung Unschuldiger Jahr für Jahr zu verhindern.

81 BVerfGE 39, 1 [221f].

82 Tatsächlich hat sich das BVerfG 2006 einmal mit dem volksverhetzenden und ehrverletzenden Holocaust-Babycaust-Vergleich befasst (1 BvR 49/00; 1 BvR 55/00; 1 BvR 2031/00), aber dabei ging es um die Überprüfung einer zivilgerichtlichen Auseinandersetzung bzw. einer Unterlassungsverfügung, was eine ausführlichere Beschäftigung mit der Thematik, insbesondere mit den höchstrichterlichen Argumenten aus dem Jahr 1975, nicht erforderte.

Nun hat das BVerfG jedoch ein solches Nothilfe-Recht zugunsten der Ungeborenen ausdrücklich ausgeschlossen.⁸³ Dies aber verträgt sich nicht mit der vom BVerfG gleichzeitig vertretenen Auffassung, beim Schwangerschaftsabbruch gehe es um die Tötung grundrechtlich geschützter „Personen“. Es ist nicht möglich, beide Optionen gleichzeitig zu wählen, denn dies wäre ein Widerspruch zu den Gesetzen der Logik, die selbst das Bundesverfassungsgericht nicht außer Kraft setzen kann.

Auf dem Boden der Verfassung sollte klar sein, welche der beiden Optionen gewählt werden muss: Selbstverständlich ist festzustellen, dass es beim Schwangerschaftsabbruch nicht um die Tötung von „Personen“, von „vollwertigen Menschen“ oder „unschuldigen Kindern“ geht, sondern zu meist um die Entfernung bewusstseinsunfähiger Blastozysten, Embryonen und Föten im Frühstadium. Solche Organismen ohne Schmerzempfinden haben *per definitionem* keinerlei Interessen, die in einer rationalen Güterabwägung oder gar in einer Grundrechtsabwägung berücksichtigt werden können. Deshalb muss das „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch aufgehoben werden, das Ärztinnen und Ärzte in eine so schwierige Lage gebracht hat. Ihre Arbeit sollte unbedingt die höchstrichterliche Anerkennung erfahren, die sie verdient! Denn bleibt diese ausdrückliche Anerkennung aus, werden ungewollt schwangere Frauen in Bälde noch größere Probleme haben, eine angemessene ärztliche Unterstützung in Deutschland zu finden.

2.4 Die immer schlechter werdende Versorgungslage

Macht man sich bewusst, wie viele Hass- und Drohbotschaften allein Kristina Hänel in den letzten Jahren erhalten hat, versteht man, warum sich nur wenige ihrer Kolleginnen und Kollegen diesem Druck aussetzen wollen. Deshalb muss man sich nicht darüber wundern, dass nur eine Minderheit der Gynäkologinnen und Gynäkologen bereit ist, ungewollt schwangeren Frauen zu helfen.

83 „Über die Herausnahme des Schwangerschaftsabbruchs aus der Strafandrohung hinaus muss sichergestellt sein, dass gegen das Handeln der Frau und des Arztes von Dritten Nothilfe zugunsten des Ungeborenen nicht geleistet werden kann.“ (BVerfGE 88, 203 [217]).

Die Situation dieser Frauen ist bereits heute schwer erträglich, wie Erfahrungsberichte zeigen:

„Es war ein Spießrutenlauf. Immer wenn jemand sagte, dass es keine Termine gäbe, fühlte ich mich ein bisschen kleiner. Ich war wirklich knapp an der Grenze, dass es nicht mehr möglich gewesen wäre. Ich hätte es gerne medikamentös durchgeführt, aber es war zu spät. Es fühlte sich grenzüberschreitend an, dass andere an mir rumstochern und einschneiden sollten.“

(Betroffene aus Nordrhein-Westfalen, Abbruch 2017)

„Einen Arzt zu finden, war sehr schwer. Erstens war Urlaubszeit und von den drei Ärzten waren zwei im Urlaub. Der andere, der Zeit hatte, war so unfreundlich am Telefon, dass man gedacht hat, man macht einen Termin im Schlachthof aus. Die anderen Ärzte in der Region haben es in der siebten Schwangerschaftswoche nicht mehr mit Tabletten gemacht. Also musste ich fast 200 Kilometer in ein anderes Bundesland fahren, um einen Arzt zu finden, der den Eingriff macht.“

(Betroffene aus Bayern, Abbruch 2021)

„Es war sehr schwierig, im Landkreis Emsland gibt es wohl keine Gynäkologen, die Abbrüche vornehmen. Telefonische Anfragen in den Praxen waren alle erfolglos, unangenehm und zum Teil inklusive Beleidigungen. Nach unzähligen Telefonaten hat mir jemand ins Telefon geflüstert, von Papenburg bis Osnabrück ist es nahezu unmöglich. Ich solle es in Emden (Ostfriesland) probieren. Am Ende ging es auch dort nur im Krankenhaus. Ich hatte Glück und konnte bei einer Verwandten übernachten. Ohne diese Möglichkeit weiß ich nicht, wie es hätte gehen sollen bei einer längeren Anfahrt.“

(Betroffene aus Niedersachsen, Abbruch 2009)⁸⁴

Da es zu wenige Gynäkologinnen und Gynäkologen gibt, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, und diese über das Bundesgebiet auch noch sehr ungleich verteilt sind, müssen Frauen mitunter lange Strecken zurücklegen, um zu einer Praxis oder Klinik zu gelangen. In Bundesländern wie Bayern oder Baden-Württemberg etwa müssen Schwangere nach Angaben von *pro familia* bis zu zwei- oder dreihundert Kilometer fahren.⁸⁵ So gibt

⁸⁴ CORRECTIV, Hindernisse bei Abtreibungen in Deutschland, 2022.

⁸⁵ Vgl. Jessica Roth: Die Abschaffung von Paragraf 219a ist „nur ein Schritt“. In: Apotheken-Umschau, 28.02.2022, online verfügbar unter: <https://www.apotheken-umschau.de/>

es derzeit in ganz Niederbayern nur eine einzige Praxis, die operative Abbrüche durchführt. Wer sich für die medikamentöse Methode entscheidet, muss entweder nach München oder Regensburg fahren.

Ähnlich miserabel ist die Situation in Trier bzw. im Landkreis Trier-Saarburg, wo ungewollt schwangere Frauen etwa 100 Kilometer bis ins benachbarte Saarland zurücklegen müssen, um Hilfe zu erhalten. Dies wirft Licht auf einen Umstand, der in Zusammenhang mit der schlechten Versorgungslage erwähnt werden muss: Die „älteste Stadt Deutschlands“ besitzt zwar mehrere große Krankenhäuser, doch diese sind allesamt in kirchlicher Hand und weigern sich aus religiösen Gründen (siehe die Ausführungen zur „Simultanbeseelung“ in Abschnitt 1.3), Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen. Derartige religiöse Vorbehalte dürften auch der Grund dafür sein, weshalb nach Angaben von CORRECTIV nur 9 von 83 öffentlichen Krankenhäusern in Bayern Schwangerschaftsabbrüche nach der Beratungssindikation anbieten⁸⁶ – ein Missstand, den ein weltanschaulich neutraler Staat nicht tolerieren darf, und zwar selbst dann nicht, wenn sich Krankenhäuser in konfessioneller Trägerschaft befinden. Schließlich tragen die Kirchen zur Erhaltung und zum Betrieb „ihrer“ Krankenhäuser keinen einzigen Cent selbst bei – denn auch „kirchliche“ Krankenhäuser werden 100-prozentig über öffentliche Gelder und Krankenkassenbeiträge finanziert.⁸⁷

Dass ungewollt schwangere Frauen in ihren Heimatregionen oft im Stich gelassen werden, liegt nicht zuletzt daran, dass örtliche Klinikleitungen religiöse Partikularinteressen auf einem Gebiet durchsetzen, auf dem derartige Interessen nichts verloren haben, nämlich auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens, das allen Menschen gleichermaßen offenstehen müsste – selbstverständlich auch Frauen, die sich einem religiös begründeten „Gebärzwang“ nicht unterwerfen wollen. Dass ein Papst des 19. Jahrhunderts glaubte, dass bereits die befruchtete Eizelle „beseelt“ sei, kann im 21. Jahrhundert kein Grund mehr dafür sein, dass Frauen medizinische Hilfe in öffentlich finanzierten Krankenhäusern versagt wird!⁸⁸

de/familie/schwangerschaft/die-abschaffung-von-paragraf-219a-ist-nur-ein-schritt-848289.html?s=09.

86 CORRECTIV, Hindernisse bei Abtreibungen in Deutschland, 2022.

87 Vgl. hierzu u. a. Carsten Frerk: Caritas und Diakonie in Deutschland. Aschaffenburg 2005, S. 195 ff.

88 Auch dies ist wohl ein Grund dafür, weshalb die Mehrheit der Bevölkerung meint, dass die Kirchen keine Krankenhäuser betreiben sollten. In der „Allgemeinen Bevölkerungsumfrage der Sozialwissenschaften 2018“ (ALLBUS, 2018) antworteten auf die

Unter den gegebenen Bedingungen freilich bleibt betroffenen Frauen nichts anderes übrig, als in Regionen auszuweichen, in denen derartige Glaubensvorstellungen weniger virulent sind. In diesem Zusammenhang muss man sich allerdings vergegenwärtigen, was es bedeutet, nach einem operativen Eingriff lange Strecken (möglicherweise sogar mit öffentlichen Verkehrsmitteln) zurückzulegen: Denn nicht wenige Frauen haben nach dem Eingriff Schmerzen, bluten, leiden unter Kreislaufproblemen und müssen sich übergeben. Hinzu kommt, dass sie bei dem geringen Angebot an Praxen und Kliniken nicht besonders wählerisch sein können. Nicht wenige Frauen mussten daher im Nachhinein feststellen, dass sie beim Abbruch nicht wie menschliche Individuen, sondern wie Massenware auf dem Fließband behandelt wurden.

Hierzu zwei erschütternde Erfahrungsberichte aus Baden-Württemberg:

„Meine Haus-Gynäkologin führt keine Abbrüche durch. Deshalb musste ich zu einem anderen Arzt in die nächste größere Stadt. Es war eine Fließbandabfertigung. Der durchführende Arzt hat mich gezwungen, das Ultraschallbild anzuschauen. Er war sehr grob zu mir und ich habe sehr viel Blut verloren. Trotz starker Schmerzen habe ich erst nach mehrmaligen Bitten Schmerzmittel bekommen. Eine Woche nach dem Abbruch hatte ich eine Nachuntersuchung bei meiner Haus-Gynäkologin. Ich hatte wohl sehr schlimme Schnitte im Unterleib. Als meine Gynäkologin das gesehen hat, hat sie angefangen zu weinen und sich entschuldigt, dass sie mich zu dem Arzt geschickt hat.“

(Betroffene aus Baden-Württemberg, Abbruch 2019)

„Die örtliche Betäubung zeigte keine Wirkung. Bis ich vor Schmerzen ohnmächtig wurde, wurde das nicht bemerkt oder ignoriert. Ich war erst 21 und habe mich geschämt, etwas zu sagen, nachdem der Arzt mich noch getadelt hatte, dass die Schwangerschaft bereits so fortgeschritten war. Während meiner Ohnmacht wurde der Abbruch zu Ende gebracht.

Frage „Wer sollte Ihrer Meinung nach für die Gesundheitsversorgung von Kranken zuständig sein?“ 80 Prozent der Befragten „der Staat“, 10 Prozent „Gemeinnützige Vereine“, 6 Prozent „Privatunternehmen“ und nur 0,2 Prozent „Die Kirchen“. Dieser Wunsch der Bevölkerung steht allerdings in einem eklatanten Missverhältnis zur tatsächlichen Versorgungslage, denn momentan ist rund ein Drittel der Krankenhäuser in konfessioneller Hand. Ihr Anteil an den freigemeinnützigen Krankenhäusern beträgt drei Viertel mit 80 Prozent der Bettenkapazität, vgl. *Forschungsgruppe Weltanschauungen in Deutschland* (fowid): Konfessionelle Krankenhäuser. (Meldung vom 26.5.2021, <https://fowid.de/meldung/konfessionelle-krankenhaeuser>).

Danach bekam ich noch ein leichtes Schmerzmittel und wurde direkt entlassen, obwohl meine Begleitung noch nicht da war. Ich hab mich allein auf den Weg gemacht und bin am Bahnhof vor Schmerzen und Stress zusammengebrochen. Ich brauchte mehrere Stunden, um meinen Heimweg fortsetzen zu können.“

(*Betroffene aus Baden-Württemberg, Abbruch 2009*)⁸⁹

Halten wir fest: Die Situation für ungewollt schwangere Frauen ist bereits heute desolat – und sie wird sich in den kommenden Jahren weiter verschlechtern, wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen nicht grundlegend verändert werden. Denn die Generation von Kristina Hänel, die sich – trotz der vielen Widerstände – aus politischen, feministischen, menschenrechtlichen Motiven dazu entschloss, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen, geht nun zunehmend in den Ruhestand. Dies hat sich in den vergangenen Jahren bereits bemerkbar gemacht. So ist die Zahl der Praxen und Kliniken, die in Deutschland Schwangerschaftsabbrüche durchführen, von 2.050 im Jahr 2003 auf 1.100 im zweiten Quartal 2021 gesunken – *ein Rückgang um 46 Prozent!*⁹⁰ Deutschland fällt in Bezug auf die medizinische Versorgung ungewollt schwangerer Frauen allmählich zurück auf das Niveau eines Entwicklungslandes.

Um eine weitere Verschlechterung der Versorgungslage zu verhindern, ist eine Revision der Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch erforderlich. Die Verantwortung dafür trägt nicht nur die Politik, sondern auch das höchste deutsche Gericht. Denn das BVerfG hat gleich zweimal (1975 und 1993) die vom Deutschen Bundestag beschlossene „Fristenlösung“ gekippt und damit wesentlich zu den entwürdigenden Bedingungen beigetragen, unter denen ungewollt schwangere Frauen heute zu leiden haben. Das höchste deutsche Gericht in Karlsruhe war in der Vergangenheit ein wesentlicher Bestandteil des *Problems*. Es könnte, falls die Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichter die Entscheidungen ihrer Vorgänger revidieren, aber auch ein wesentlicher Bestandteil der *Lösung* sein.

Fazit: Die Entwicklung einer verfassungskonformen Lösung

Die Würde der Frau ist antastbar – und wird in Deutschland tagtäglich angetastet. Frauen, die sich gegen eine begonnene Schwangerschaft ent-

89 CORRECTIV, Hindernisse bei Abtreibungen in Deutschland, 2022.

90 Vgl. hierzu u. a. Roth, Die Abschaffung von Paragraf 219a ist „nur ein Schritt“.

scheiden, werden systematisch bevormundet, gedemütigt, erniedrigt. Ihre Grundrechte werden beschnitten, weil der Staat sich noch immer nicht von der vordemokratischen, anti-emanzipatorischen Haltung verabschiedet hat, es sei rechtens, ungewollt schwangeren Frauen eine „zumutbare Opfergrenze“ abzuverlangen und über ihre Körper zu verfügen.

Ermöglicht wird diese Grundrechtsbeschneidung durch eine weder empirisch noch ethisch noch juristisch zu rechtfertigende *Aufwertung* der „Rechte“ des „ungeborenen Lebens“, die zu einer äquivalenten *Abwertung* der Rechte ungewollt schwangerer Frauen geführt hat. Wie in Punkt 1.2 dieser Stellungnahme dargelegt, konnte sich das BVerfG bei dem seinerzeitigen „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch weder auf die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ (AEMR) noch auf das deutsche Grundgesetz berufen, weshalb die Richterinnen und Richter auf das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten“ (ALR) aus dem Jahr 1794 zurückgriffen. Diese vordemokratische und über weite Strecken zutiefst frauerverachtende Rechtsquelle enthielt zwar einen (mit empfindlichen Strafandrohungen untermauerten) „Gebärzwang“, welcher jedoch eindeutig *bevölkerungspolitisch* motiviert war (Sicherung von Untertanen und Soldaten für das preußische Heer). Die Auffassung des BVerfG, dass schon *empfindungsunfähigen Blastozysten, Embryonen und frühen Föten „Menschenwürde“* zukomme, ließ sich auch mit dem ALR nicht begründen.

Einigermaßen konsistent begründbar war diese Auffassung nur mit dem *Konzept der „Simultanbeseelung“*, das Papst Pius IX. im Jahr 1869 – zwei Jahre vor der Aufnahme der §§ 218 ff. ins Strafgesetzbuch – zu einer kirchenrechtlich verbindlichen „Glaubens-Wahrheit“ erhoben hatte (siehe die Ausführungen im Abschnitt 1.3). Damit entfiel die vormalige Möglichkeit einer (auch nach kirchlichem Recht) legitimen Abtreibung in den ersten Schwangerschaftsmonaten (begründet über das lange Zeit akzeptierte Konzept der „Sukzessivbeseelung“) – ein Punkt, auf den Wiltraut Rupp-v. Brünneck in ihrem Sondervotum zum BVerfG-Urteil von 1975 zu Recht hingewiesen hat,⁹¹ mit dem sie ihre männlichen Senatskollegen aber offenkundig nicht überzeugen konnte.

Die Senatsmehrheit behauptete sogar, der zeitlich unbegrenzte Schutz des „ungeborenen Lebens“ gelte „unabhängig von bestimmten religiösen

91 „Für den deutschen Rechtsraum verdient Hervorhebung, dass das Kirchenrecht, gestützt auf die Beseelungslehre, bis zum Ende des 19. Jahrhunderts die Abtreibung in der Zeitspanne bis zum 80. Tag nach der Empfängnis als straflos angesehen hat; auch das weltliche Strafrecht sah bis zum Erlass des Strafgesetzbuches von 1871 zeitliche Abstufungen für die Höhe der Strafandrohung vor.“ (BVerfGE 39, 1 [229])

oder philosophischen Überzeugungen“. Tatsächlich aber gilt er eben nicht für (konfessionsfreie) Menschen, die religiöse Beseelungskonzepte *per se* ablehnen (inzwischen die Mehrheit in Deutschland), er gilt nicht einmal für gläubige Christen, die – trotz Pius IX. – am Konzept der „Sukzessivbeseelung“ festhalten, er gilt auch nicht für gläubige Juden, für die das menschliche Leben erst mit der Geburt beginnt, oder für gläubige Muslime, für die der Fötus erst ab dem 120. Tag der Schwangerschaft „beseelt“ ist.

Die Mehrheit der Verfassungsrichter begründete das „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch sogar mit den Schrecken des Nationalsozialismus (siehe hierzu 2.3). Dabei übersah die Senatsmehrheit, dass *gerade die Nationalsozialisten* die Gesetze gegen den Schwangerschaftsabbruch massiv verschärft hatten. Die prinzipielle Verdammung des Schwangerschaftsabbruchs durch das BVerfG war somit eher anschlussfähig an die nationalsozialistische Propaganda als an den liberalen Geist der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ und das deutsche Grundgesetz! Auch auf diesen Punkt hat Wiltraut Rupp-v. Brünneck (hier gemeinsam mit Helmut Simon) in ihrem Sondervotum zu Recht hingewiesen.

Aus der Zeit des Nationalsozialismus stammt auch § 219a StGB, über den in Karlsruhe nun verhandelt wird. Die Verfassungsbeschwerde von Kristina Hänel sowie das beigelegte Rechtsgutachten von Frauke Brosius-Gersdorf belegen, dass § 219a StGB von Beginn an u. a. gegen *Art. 12 Abs. 1 GG* (freie Berufswahl und geregelte Berufsausbildung) sowie gegen *Art. 5 Abs. 1 GG* (freie Meinungsäußerung) verstoßen hat. Allerdings kann man § 219a StGB nicht losgelöst von der Gesetzgebung betrachten, in die er eingebettet ist. Stellt man § 219a StGB in den *Kontext der gesamten Gesetzgebung zum Schwangerschaftsabbruch* (was notwendig ist, weil § 219a StGB nur über das höchstrichterliche „Unwerturteil“ den „Anschein von Legitimität“ erwecken konnte), kommen zu den in der Verfassungsbeschwerde gerügten Normverletzungen mittelbar noch *schwerwiegender Grundrechtsverstöße* hinzu, nämlich Verstöße gegen *Art. 1 Abs. 1 GG* (Menschenwürde), *Art. 2 Abs 1 und 2 GG* (freie Entfaltung der Persönlichkeit und Verbot der Körperverletzung) und *Art. 3 Abs. 1-3 GG* (Gleichheit vor dem Gesetz, Gleichheit von Mann und Frau, Verbot von Diskriminierungen aufgrund von religiösen/weltanschaulichen oder politischen Anschauungen).

Die *Frauenbewegung* kämpft nun schon seit mehr als 150 Jahren gegen die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs – und hat dabei Positionen in die gesellschaftliche Debatte eingebracht, die durch die *logisch unzulässigen Argumente*, auf die das BVerfG zurückgegriffen hat (siehe 1.5), nicht zu entkräften sind: *Tatsächlich hat der Staat nicht das Recht, über*

den Körper der Frau zu verfügen und ihr einen „Gebärzwang“ aufzubürden! Zwar hat das BVerfG diesen „Gebärzwang“ 1993 abgemildert, indem es den Schwangerschaftsabbruch unter bestimmten Bedingungen *straffrei* stellte. Durch das gleichzeitige Beharren auf „*Rechtswidrigkeit*“ des straffreien Abbruchs hat das Gericht jedoch einer *logisch inkonsistenten Rechtsordnung* den Weg bereitet, die letztlich darauf hinausläuft, „dass der Staat von Rechts wegen zum Unrecht verpflichtet ist“ (siehe 1.7).

Leidtragende dieser juristischen Fehlkonstruktion sind, wie die Abschnitte 2.1–2.4 gezeigt haben, *ungewollt schwangere Frauen*, die zutiefst demütigende Erfahrungen machen müssen, sowie *verantwortungsbewusste Ärztinnen und Ärzte*, die ungerechtfertigt unter Druck geraten. Diese Misere kann nur durch einen *erneuten Urteilsspruch* aus Karlsruhe aufgehoben werden, der das 1975 und 1993 ergangene „*Unwerturteil*“ über den Schwangerschaftsabbruch *als verfassungswidrig verwirft*.

Im Hinblick auf eine alternative, verfassungskonforme Lösung wurde im Rahmen dieser Stellungnahme gezeigt, dass der Gesetzgeber zwar mit rationalen, evidenzbasierten, weltanschaulich neutralen Gründen verfügen kann, dass *Spätabtreibungen* nur in Ausnahmefällen zulässig sind, um *entwickelten Fötten* Leid zu ersparen. Derartige Gründe liegen jedoch nicht vor, wenn der Staat *bewusstseins- und empfindungsunfähigen Embryonen* und *Blastozysten* „ein eigenes Recht auf Leben“ einräumt und dieses vermeintliche „Recht“ gegen die Selbstbestimmungsrechte der Frauen ausspielt (siehe hierzu die Ausführungen in Abschnitt 1.4).

Wir fordern deshalb die heutige Generation von Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichtern dazu auf, die verfassungswidrigen Entscheidungen ihrer Vorgänger aufzuheben. Dies wäre auch ein Ausdruck der notwendigen *Weiterentwicklung des Verfassungsrechts*, deren Dynamik sich an der Geschichte des BVerfG gut ablesen lässt.⁹² In den Anfängen hatte das Gericht noch erhebliche Schwierigkeiten, die prinzipielle Gleichberechtigung von Mann und Frau zu akzeptieren. In den 1950er Jahren griff es auf kirchliche Lehrmeinungen zurück, um die vermeintliche „*Unsittlichkeit*“ homosexueller Handlungen zu begründen. In den 1960er Jahren erkannte es jedoch, dass der Staat zu „*religiös-weltanschaulicher Neutralität*“ verpflichtet ist, was schließlich zu dem wegweisenden Urteil von 2020 führte,

⁹² Vgl. hierzu insbesondere Gerhard Czermak: Siebzig Jahre Bundesverfassungsgericht in weltanschaulicher Schieflage. Fälle, Strukturen, Korrekturmöglichkeiten. Baden-Baden 2021.

mit dem das BVerfG – gegen anderslautende kirchliche Dogmen – das *Recht auf Selbstbestimmung am Lebensende* eindrucksvoll verteidigte.⁹³

Die Verfassungsbeschwerde von Kristina Hänel bietet den Karlsruher Richterinnen und Richtern die Chance, ein weiteres Mal Rechtsgeschichte zu schreiben. Sie könnten das höchste deutsche Gericht von dem Makel zweier verfassungswidriger Urteile befreien, die ein kirchlich geprägtes „Sittengesetz“ höher gewichteten als die Selbstbestimmungsrechte der Frau. Notwendig wäre eine solche höchstrichterliche Neubewertung des Schwangerschaftsabbruchs auch mit Blick auf die *gesamtgesellschaftliche Entwicklung*: Von 1871, dem Jahr, in dem die §§ 218 ff. ins Strafgesetzbuch aufgenommen wurden, bis 1975, dem Jahr, in dem das erste BVerfG-Urteil zum Schwangerschaftsabbruch erging, stellten Katholiken und Protestanten noch über 90 Prozent der deutschen Bevölkerung. Inzwischen aber ist ihr Bevölkerungsanteil auf unter 50 Prozent gesunken – und vermutlich wird schon in 10 Jahren die absolute Mehrheit der Deutschen konfessionsfrei sein.⁹⁴

Dieser starke gesellschaftliche Wandel drückt sich auch in *veränderten Werthaltungen* aus: Schon heute glaubt nur noch ein verschwindend kleiner Teil der Bevölkerung an eine natürliche „Schöpfungsordnung“, auf die sich das BVerfG noch 1975 berief, um sein „Unwerturteil“ über den Schwangerschaftsabbruch zu stützen. Aufgeklärten Menschen leuchtet es nicht mehr ein, weshalb ein eingenistetes Keimbläschen (Blastozyste) „Menschenwürde“ besitzen soll. Auch die eindringliche Warnung des BVerfG, dass ein Schwangerschaftsabbruch niemals als „normal“ erscheinen dürfe (weshalb er bis heute nicht als kassenärztliche Leistung gilt), stößt mehr und mehr auf Unverständnis. Denn bei vorurteilsfreier Betrachtung zeigt sich, dass der Schwangerschaftsabbruch schon immer „normal“ war, schließlich haben Frauen aller Kulturen zu allen Zeiten Abtreibungen vorgenommen – und sie haben sich davon nicht einmal durch drakonische Strafen abhalten lassen.

Dass der Schwangerschaftsabbruch in dieser Weise „normal“ ist und es schon immer war, bedeutet keineswegs, dass Frauen mit einer solchen Entscheidung leichtfertig umgehen würden. Sie überlegen es sich zumeist sehr genau, ob sie sich für oder gegen ein Kind entscheiden. Deshalb

93 2 BvR 2347/15.

94 Vgl. Giordano-Bruno-Stiftung (gbs): Das säkulare Jahrzehnt: Wie sich Deutschland verändern wird (Meldung vom 1.1.2022, <https://www.giordano-bruno-stiftung.de/meldung/das-saekulare-jahrzehnt>).

taugt die Unterstellung, Frauen könnten sich von einer „Werbung für den Schwangerschaftsabbruch“ beeinflussen lassen („Ach, das ist ja mal ein verlockendes Angebot – ich mach gleich mal einen Termin bei meiner Frauenärztin!“) allenfalls fürs Kabarett, nicht aber fürs Strafgesetzbuch.

Ob sich eine Frau *für* oder *gegen* einen Schwangerschaftsabbruch entscheidet, liegt allein in ihrem *eigenen Ermessen*. Diese Entscheidung geht den weltanschaulich neutralen Staat nichts an, denn er hat sich in den Intimbereich der Frau nicht einzumischen. Dem Staat obliegt eine gänzlich andere Aufgabe: Er muss dafür sorgen, dass die Frau *würdevoll behandelt wird* – gleich, wie ihre Entscheidung ausfällt. Denn dies ist nach Art. 1 Abs. 1 GG die „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“.

Um dieser Verpflichtung nachzukommen, muss nicht nur § 219a StGB fallen, sondern die gesamte Gesetzgebung, in die er eingebettet war. Hierzu allerdings ist ein erneuter Urteilsspruch aus Karlsruhe erforderlich. Dieser sollte, sofern die Argumente der vorliegenden Stellungnahme zutreffend sind, zu folgendem Ergebnis kommen: *Der Schwangerschaftsabbruch war auf dem Boden des deutschen Grundgesetzes niemals rechtswidrig, rechtswidrig war vielmehr der „Gebärzwang“, dem sich Frauen unterwerfen mussten*. Ein solch eklatanter Verstoß gegen die Würde der Frau hätte niemals stattfinden dürfen.⁹⁵

95 Der vorliegende Text wurde im März 2022 im Namen der *Giordano-Bruno-Stiftung* (gbs) und des *Hans-Albert-Instituts* (HAI) als Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde von Kristina Hänel gegen § 219a StGB (2 BvR 390/21) beim Bundesverfassungsgericht eingereicht. Der Autor dankt folgenden Personen für wertvolle Hinweise, die zur Verbesserung dieses Textes geführt haben: Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Birnbacher, Prof. Dr. Jörg Scheinfeld, Dr. Jacqueline Neumann, Florian Chefai, Helmut Fink, Elke Held und Tobias Wolfram. Für die im Text noch verbliebenen Fehler und argumentativen Lücken trägt der Verfasser die alleinige Verantwortung.

Plädoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs

ifw-Stellungnahme für die Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin

Jessica Hamed / Jörg Scheinfeld / Michael Schmidt-Salomon

ABSTRACT

In einer offenen Gesellschaft ist nicht die Freiheit begründungsbedürftig, sondern jegliche Einschränkung der Freiheit. Dieser Grundsatz konstituiert den freiheitlichen Rechtsstaat und gilt auch für die Entscheidung einer Frau, ihre Schwangerschaft abzubrechen. Jedoch haben weder der Gesetzgeber noch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) juristisch haltbare Gründe für die Begrenzung dieses individuellen Selbstbestimmungsrechts vorgelegt. Tatsächlich weist die vom BVerfG in zwei Entscheidungen¹ dem Gesetzgeber aufgenötigte Lösung „fundamentale Inkonsistenzen im geltenden Recht“ auf.² Dabei leiden beide höchstrichterlichen Entscheidungen unter der Fehlannahme eines angeblichen Grundrechtsschutzes des Embryos oder Fötus, der sich exegetisch weder aus dem Grundgesetz noch aus den Gesetzesmaterialien ableiten lässt.

Das *Institut für Weltanschauungsrecht (ifw)* spricht sich dafür aus, den selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch vollständig, d.h. ohne jegliche Fristen, zu legalisieren und die §§ 218 ff. StGB zu streichen. Der gegen oder ohne den Willen der Schwangeren durchgeführte Abbruch sollte in einem neuen § 226b StGB unter Strafe gestellt werden.³ Berufsrechtlich ist Ärztinnen und Ärzten aufzugeben, der Schmerzempfindlichkeit des entwickelten Fötus im seltenen Falle eines nach dem ersten Trimester stattfindenden Schwangerschaftsabbruchs durch geeignete Methoden Rechnung zu tragen. Ferner ist ein niedrigschwelliges Beratungsangebot für Schwangere im Falle eines Konflikts vorzuhalten.

1 BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203.

2 Vgl. zu alledem NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 13.

3 Vgl. Deutscher Juristinnenbund e. V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 5.

BEGRÜNDUNG

Kein Grundrechtsschutz des Embryos oder Fötus

Weder die Blastozyste noch der Embryo noch der Fötus sind Grundrechtsträger. Wie u. a. ifw-Beirat Reinhard Merkel dargelegt hat, lässt sich der angebliche Grundrechtsschutz von Föten, Embryonen oder Blastozysten rechtlich nicht begründen.⁴ Ohne dieses Fundament stehen sich jedoch gerade nicht zwei Grundrechtsträger gegenüber, weshalb die Notwendigkeit einer juristischen Güterabwägung entfällt. Es bleibt für den Staat somit die Pflicht, das Selbstbestimmungsrecht der ungewollt Schwangeren (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 und 2 GG) zu schützen.⁵ Eine andere Rechtsauffassung vertrat das BVerfG in seinen diesbezüglichen Entscheidungen (Schwangerschaftsabbruch I und II) und postulierte eine Schutzwürdigkeit für das „ungeborene Leben“ aus Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die hierfür vorgebrachten Argumente halten jedoch keiner kritischen Prüfung stand.

Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes

Das BVerfG setzte die angebliche Schutzwürdigkeit gegenüber dem sich im Mutterleib entwickelnden Embryo/Fötus apodiktisch voraus und versuchte diese in seiner ersten Entscheidung unter anderem mit der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu untermauern. Der Senat behauptete – entgegen den Gesetzesmaterialien –⁶ aus der Norm ergäbe sich, dass „jedes menschliche Leben zu schützen“⁷ sei. Die Vorfestlegung des Senats fernab juristisch valider Argumente wird bereits im ersten Satz der Begründung deutlich: „Die ausdrückliche Aufnahme des an sich *selbstverständlichen Rechts auf Leben in das Grundgesetz* – anders als etwa in der Weimarer Verfassung – erklärt sich hauptsächlich als Reaktion auf die ‚Ver- nichtung lebenswerten Lebens‘, auf ‚Endlösung‘ und ‚Liquidierung‘, die vom nationalsozialistischen Regime als staatliche Maßnahmen durchge-

4 Vgl. ausführlich NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 14-16 und 22.

5 Deutscher Juristinnenbund e. V. (djb), Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, S. 2.

6 NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 14.

7 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 151.

führt wurden.⁸ Dass das BVerfG in derselben Entscheidung ausgerechnet in der „eugenischen“ Indikation einen berechtigten Grund erblickte, die Austragung der Schwangerschaft als „unzumutbar“ anzusehen,⁹ wirkt vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Verbrechen an Menschen mit Behinderungen zynisch.

Allgemeines Preußisches Landrecht

Auch die Herleitungsversuche, die das BVerfG in seiner zweiten Entscheidung anstellte, können bei genauerer Betrachtung nicht überzeugen. So führte der Senat die unterstellte „Menschenwürde“ des „ungeborenen Lebens“ auf das Allgemeine Preußische Landrecht zurück. Zur Bestätigung der eigenen Rechtsauffassung wurde diese nicht unproblematische Rechtsquelle ohne weitere Einordnung *en passant* in einem Klammerzusatz hinzugefügt: „(vgl. bereits § 10 I 1 ALR: ‚Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis.‘)“¹⁰. Die Rechtsquelle eignet sich schon deshalb nicht, weil sich das dortige Verbot des Schwangerschaftsabbruchs durch bevölkerungspolitische Ziele erklärt und nicht auf der Idee von Menschenrechten fußt.¹¹ Zudem trägt der Verweis auf das ALR nicht zur Klärung der Auslegungsfrage bei, ob der Verfassungsgesetzgeber die Erstreckung der Grundrechte auf Ungeborene wollte.

Potenzialität

Schon das bloße „Potenzial“, zu einem vollwertigen Menschen heranzureifen, genügte dem BVerfG, um bereits den ersten eingenisteten Zellformationen „Menschenwürde“ zuzusprechen.¹² Aus bloßen Potenzialitäten lassen sich jedoch keine Rechtsfolgen ableiten: „So ist jeder Mensch, der einen

8 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 135 eigene Hervorhebung.

9 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 166.

10 BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 158.

11 Vgl. Michael Schmidt-Salomon: Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat. Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde gegen § 219a StGB (2 BvR 390/21). Oberswesel, März 2022, S. 7 f.

12 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 151: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang

Lottoschein ausfüllt, ein ‚potenzieller Millionär‘ und jeder, der eine Waffe trägt, ein ‚potenzieller Mörder‘. Dennoch würde sicherlich niemand der Behauptung zustimmen, dass solche ‚Potenzialitäten‘ bereits ausreichten, um dem einen den Lotto-Jackpot auszuzahlen und den anderen lebenslang hinter Gitter zu bringen. Zwar liegen in diesen Fällen die Bedingungen der Verwirklichung des Potenzials in Umständen außerhalb des jeweiligen Besitzers des Potenzials. Aber das ist beim Embryo nicht anders. Auch dessen Potenzial verwirklicht sich erst durch das erfolgreiche Austragen der Schwangerschaft durch die Mutter.¹³ Das „Potenzialitäts-Argument“ ist wohl mitursächlich für das „ungute Gefühl“, das einige Bürgerinnen und Bürger – möglicherweise auch Verfassungsrichter*innen – beim Gedanken an den Schwangerschaftsabbruch beschleicht. Denn viele Menschen schließen aus der Perspektive ihres erwachsenen Ichs darauf, dass sie als Embryo ein potenzielles Interesse am eigenen Überleben gehabt hätten. Doch dieser Schluss beruht auf einem Denkfehler, den man sich leicht verdeutlichen kann: Hätte meine Mutter „mich“ als Embryo abgetrieben, wäre dies für „mich“ kein Problem gewesen, da ein „Ich“, das Probleme hätte haben können, gar nicht erst entstanden wäre.¹⁴

Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit

Auch die angebliche genetische „Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit“ des „ungeborenen Lebens“ war für den Senat ein Grund für das Zuschreiben von Menschenwürde. Damit überging er zum einen, dass eineiige Zwillinge genetisch nicht „einmalig“ sind, jedoch mit ihrer Geburt den gleichen Anspruch auf Menschenwürde wie jede andere Person haben, und zum anderen, dass alle nichtmenschlichen Tiere (sofern sie keine eineiigen Zwillinge, Drillinge etc. sind) ebenfalls genetisch einmalig sind, ohne dass ihnen deshalb „Menschenwürde“ zugeschrieben wird. – Ein einsichtiger Anknüpfungspunkt für die Begründung der Menschenwürde ist hingegen die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ (AEMR), die indes der Entscheidung des BVerfG widerstreitet. In der AEMR wird dem Menschen nämlich eine besondere „Würde“ zugewiesen, weil er „mit Vernunft und

an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.“

13 Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat, S. 14 f.

14 Vgl. hierzu Dieter Birnbacher: Gibt es rationale Argumente für ein Abtreibungsverbot? In: Revue Internationale de Philosophie, Vol. 49, No. 193/3/1995.

Gewissen begabt“ ist, woraus sich spezifische „Interessen“ ergeben, welche nicht-personale Lebewesen ohne Ich-Bewusstsein – wie etwa Embryos und Fötens – gar nicht ausbilden können.

Rechtsperson ab der Geburt

Die vorgenannte Definition erfüllt zwar auch kein neugeborener Säugling. Die Schlussfolgerung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch geht jedoch aufgrund eines Kategorienfehlers fehl: „Tatsächlich kann der Säugling sehr wohl eine *Rechtsperson* sein, ohne dabei notwendigerweise auch die Bedingungen einer *empirischen Person* erfüllen zu müssen. Zwar unterscheidet sich ein neugeborener Säugling im Hinblick auf das personale Bewusstsein nicht fundamental von dem Fötus, der er kurz zuvor noch war, jedoch bildet die Geburt *eine anthropologisch sinnvolle, ‚natürliche‘ Grenze*, um ihm Personenrechte einzuräumen, die er pränatal noch nicht besaß.“¹⁶ Diese *Grenzziehung* entspricht auch Artikel 1 der UN-Menschenrechtserklärung, der die Grundlage für Artikel 1 des deutschen Grundgesetzes bildet. Schließlich heißt es in Art. 1 AEMR explizit, dass alle Menschen „frei und gleich an Würde und Rechten geboren“ sind – und eben nicht *gezeugt* oder *empfangen*. Dies ist wohl ein Grund dafür, weshalb sich das BVerfG auf das antiquierte Allgemeine Preußische Landrecht statt auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte bezog. In dieselbe Richtung weist auch § 1 BGB, der die Rechtsfähigkeit des Kindes mit der Vollendung der Geburt beginnen lässt. Es würde zu dem rechtslogisch inkonsistenten Konstrukt eines „*nicht rechtsfähigen Grundrechtsträgers*“¹⁷ führen, wenn das Grundgesetz eine andere Grenzziehung vornähme als das Bürgerliche Gesetzbuch.

15 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 136: „Der (mit der Nidation] begonnene Entwicklungsprozess ist [...] nicht mit der Geburt beendet; die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewusstseinsphänomene z. B. treten erst längere Zeit nach der Geburt auf. Deshalb kann der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weder auf den ‚fertigen‘ Menschen nach der Geburt noch auf den selbständig lebensfähigen *nasciturus* beschränkt werden. Das Recht auf Leben wird jedem gewährleistet, der ‚lebt‘; zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden.“

16 Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat, S. 16.

17 Vgl. hierzu Rolf D. Herzberg / Annika I. Herzberg: Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt. In: JZ 22/2001, S. 1106 ff.

Plädoyer für eine verfassungskonforme, rechtslogische Regelung zum Schwangerschaftsabbruch

Die bisherigen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch führen zu schwerwiegenden rechtslogischen Inkonsistenzen. Nur ein Beispiel unter vielen: Zwar soll der beratene Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB in jedem Fall *rechtswidrig* sein, da er angeblich mit der absichtlichen Tötung eines Grundrechtsträgers einhergeht, gleichzeitig jedoch gilt es laut BVerfG als verfassungsgemäße „*Staatsaufgabe*“, geeignete Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Frauen solche „*rechtswidrigen Handlungen*“ gefahrlos begehen können – was nichts anderes bedeutet, als dass der Staat „*von Rechts wegen zum Unrecht verpflichtet*“ ist.¹⁸

Nicht zu übersehen ist auch der eklatante Verstoß gegen das Verfassungsgebot der „weltanschaulichen Neutralität“: So sind die aktuellen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch erkennbar aus dem Dogma der „Simultanbeseelung“ abgeleitet, das 1869 von dem – selbst in katholischen Kreisen – umstrittenen Papst Pius IX. verkündet wurde. Zuvor galt der Schwangerschaftsabbruch auf der Basis der „*Sukzessivbeseelung*“ in den ersten 80 Tagen als erlaubt. Indem der deutsche Gesetzgeber – nach den Urteilssprüchen aus Karlsruhe – das Glaubensdogma der „Simultanbeseelung“ (wenn auch in leicht abgeschwächter Form)¹⁹ zur allgemein gültigen Norm erhob (nämlich in den §§ 218 ff. StGB), verstieß er gegen das Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 3 GG): Der Staat *privilegierte* Menschen, die mit den Vorgaben der Amtskirche übereinstimmen, und *diskriminierte* all jene, die diese Überzeugungen nicht teilen. Dies betrifft nicht nur die vielen Bürgerinnen und Bürger, die religiöse Besetzungskonzepte *per se* ablehnen (inzwischen die Mehrheit in Deutschland)²⁰, sondern beispielsweise auch gläubige Juden, für die das menschliche Leben

18 NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB § 218a Rn. 59.

19 Bei Pius IX. galt schon die befruchtete Eizelle als „beseelter“ und damit „vollständiger Mensch“, das BVerfG wies erst der eingenisteten Blastozyste „Menschenwürde“ zu.

20 Vgl. die Daten der *Forschungsgruppe Weltanschauungen in Deutschland* (fowid): www.fowid.de.

erst mit der Geburt beginnt,²¹ oder Muslime, für die der Fötus erst ab dem 120. Tag der Schwangerschaft „beseelt“ ist.²²

Wie an anderer Stelle ausführlicher dargestellt wurde,²³ ist die mit der rechtlichen *Aufwertung* von Blastozysten, Embryonen und Föten einhergehende *Abwertung* der Grundrechte der Frau als verfassungswidrig einzustufen. Konkret handelt es sich dabei um Verstöße gegen Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) in Verbindung mit Art. 2 Abs 1 und 2 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit und Verbot der Körperverletzung²⁴) sowie mit Art. 3 Abs. 1-3 GG (Gleichheit vor dem Gesetz, Gleichheit von Mann und Frau, Verbot von Diskriminierungen aufgrund von religiösen/weltanschaulichen und politischen Anschauungen).

Diese Verfassungsverstöße und die mit ihnen zusammenhängenden rechtslogischen Inkonsistenzen könnten überwunden werden, indem anerkannt würde, dass Blastozysten, Embryonen und Föten auf Basis der geltenden Rechtsordnung (namentlich der AEMR, des Grundgesetzes und selbst des BGB) keine Grundrechtsträger sein können. Das heißt nicht, dass entwickelten Föten keinerlei Schutz zukommen sollte. Zwar haben sie kein „Überlebensinteresse“ (da sie noch nicht über ein Ich-Bewusstsein verfügen und die Zukunft nicht antizipieren können), doch im Unterschied zu Blastozysten und Embryonen sind sie spätestens ab der 28. Schwangerschaftswoche in der Lage, Schmerzen zu empfinden. Entwickelte Föten haben zwar kein Interesse am Überleben, wohl aber das Interesse, keine Schmerzen zu erleiden. Berufsrechtlich ist Ärztinnen und Ärzten daher aufzugeben, der Schmerzempfindlichkeit²⁵ des entwickelten Fötus im seltenen

21 Vgl. Sarah Werren: Bioethik und Judentum. Bundeszentrale für Politische Bildung (2014), <https://www.bpb.de/themen/umwelt/bioethik/197720/bioethik-und-judentum/>.

22 Vgl. Thomas Eich: Bioethik und Islam. Bundeszentrale für Politische Bildung (2013), <https://www.bpb.de/themen/umwelt/bioethik/33736/bioethik-und-islam/>.

23 Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat.

24 Wenn Frauen gegen ihren Willen dazu gezwungen werden, eine Schwangerschaft auszutragen, handelt es sich durchaus um einen Akt der Körperverletzung, zumal 7 von 100.000 Frauen die Schwangerschaft in Deutschland nicht überleben, siehe hierzu: WHO et al.: Trends in maternal mortality: 2000 to 2017. Genf 2019.

25 Vgl. hierzu Hartmut Krefl, MedR 2023, 699, 701, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00350-023-6552-3.pdf?pdf=button>, der in seiner (rechtsethischen) Betrachtung den Zeitpunkt der bewussten Schmerzempfindung in den Vordergrund rückt.

Falle eines nach dem ersten Trimester stattfindenden Schwangerschaftsabbruchs²⁶ durch geeignete Methoden Rechnung zu tragen.

FAZIT

Eine Regelung zum Schwangerschaftsabbruch außerhalb des Strafgesetzbuchs ist *verfassungsrechtlich zulässig, wenn nicht sogar verfassungsrechtlich geboten*. Die §§ 218 ff. StGB halten rechtslogische Inkonsistenzen und für Ärzte und Schwangere unzulässige Etikettierungen als „rechtswidrig“ Handelnde bereit; diese sollten beseitigt werden. Einzig der Schwangerschaftsabbruch gegen oder ohne den Willen der Frau sollte weiterhin unter Strafe gestellt werden – und zwar im Rahmen eines neu zu schaffenden § 226b StGB. An die Stelle der bisherigen Beratungspflicht sollte ein niedrigschwelliges Beratungsangebot treten, in dessen Rahmen darauf hingewiesen werden kann, dass Schwangerschaftsabbrüche in einem möglichst frühen Stadium erfolgen sollten, um entwickelten Fötten Leid zu ersparen. Diese und andere Maßnahmen²⁷ halten wir nicht nur für rechtlich zwingend, sondern auch für praktisch erforderlich, um die immer schlechter werdende Versorgungslage für ungewollt Schwangere in Deutschland zu verbessern.

26 Vgl. Doctors for Choice Germany: Positionierung für eine gesetzliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, August 2023.

27 Weitere sinnvolle Maßnahmen wären die Aufnahme des Schwangerschaftsabbruchs in die ärztliche Ausbildung, die Übernahme der Kosten eines Abbruchs durch die gesetzlichen Krankenkassen sowie die Aufhebung des kooperativen Verweigerungsrechts für (konfessionelle) Krankenhäuser im System der GKV, vgl. Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb), Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, S. 7 f.

Statements des ifw bei der Anhörung der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin am 23.11.2023 in Berlin

Jessica Hamed

A. Eingangsstatement:

Wir treten für die Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs ein und fordern daher den Gesetzgeber auf, die §§ 218 ff. StGB zu streichen. Freilich muss der Schwangerschaftsabbruch ohne oder gegen den Willen der Schwangeren in einem neuen § 226b StGB weiterhin unter Strafe gestellt werden, weil er ebenso wie die derzeitig geltende „Austragungspflicht“ das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Frauen verletzt.

Der vom Bundesverfassungsgericht angenommene angebliche Grundrechtsschutz von Blastozysten, Embryonen und Föten lässt sich, wie in unserer Stellungnahme dargelegt, weder aus dem Grundgesetz noch aus den Gesetzesmaterialien oder anderen Rechtsquellen begründen. Der Senat hatte seinerzeit offenbart, in der Frage von einem feststehenden Ergebnis her zu „argumentieren“, indem er formulierte: Die ausdrückliche Aufnahme des „an sich *selbstverständlichen Rechts auf Leben in das Grundgesetz*“ erkläre sich hauptsächlich als „Reaktion auf die Vernichtung lebensunwerten Lebens‘, auf ‚Endlösung‘ und ‚Liquidierung‘, die vom nationalsozialistischen Regime als staatliche Maßnahmen durchgeführt wurden.“ Diese Argumentation ist jedoch in sich widersprüchlich, wenn nicht sogar zynisch, da der Senat in derselben Entscheidung ausgerechnet in der „eugenischen“ Indikation einen berechtigten Grund dafür erblickte, die Austragung der Schwangerschaft als „unzumutbar“ auszuweisen.

Ich möchte hier nicht vertieft auf die Ihnen bekannten rechtslogischen, aber auch ethischen Inkonsistenzen der Rechtslage eingehen, sondern nochmals betonen, dass der apodiktisch angenommene Grundrechtsschutz des Embryos oder Fötus nicht existiert. Er ist kein Grundrechtsträger, wie man schon an der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* ablesen kann, die besagt, dass alle Menschen mit Würde und Rechten geboren sind – nicht gezeugt oder empfangen. Auch für das BGB beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen konsequenterweise erst mit der Geburt. Beim

Schwangerschaftsabbruch stehen sich also nicht zwei Grundrechtsträger gegenüber, weshalb die Notwendigkeit einer juristischen Güterabwägung entfällt. Es bleibt für den Staat die Pflicht, das Selbstbestimmungsrecht der ungewollt Schwangeren und ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu schützen. Schließlich ist nicht die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger begründungsbedürftig, sondern jegliche Einschränkung ihrer Freiheit.

Da es keinen „nicht rechtsfähigen Grundrechtsträger“ geben kann, ist jede Regelung, die darauf aufbaut, verfehlt. Zwar mag es Menschen geben, die möglicherweise aus religiösen Gründen ein „ungutes“ Gefühl bei diesem Thema haben, doch dies darf in einem weltanschaulich neutralen Staat nicht zur Rechtsnorm erhoben werden. Abgesehen davon ist die Annahme, dass eine Legalisierung zu vermehrten Spätschwangerschaftsabbrüchen führen würde, empirisch widerlegt, wie z. B. der Blick nach Kanada zeigt. Immerhin hat das liberale Kanada prozentual ein Drittel weniger Abbrüche als die USA – und sie finden früher statt.

Die verfassungsgemäße Legalisierung wäre nicht zuletzt ein wichtiger Schritt, um die derzeit schlechte Versorgungslage in Deutschland zu verbessern. Aber selbst, *wenn* es anders wäre: Es ist das Recht eines jeden Menschen, über seinen Körper in jeder Situation seines Lebens selbst zu bestimmen. Bedenken Sie, dass Eltern staatlicherseits nicht einmal zur Blutspende gezwungen werden können, um das Leben ihres Kindes zu retten. Umso absurder ist es, Frauen die Fortdauer einer ungewollten Schwangerschaft abzuverlangen. Dieser prinzipielle, wenn auch praktisch abgemilderte „Austragungszwang“ lässt sich mit dem freiheitlichen Rechtsstaat nicht in Einklang bringen und ist daher aufzuheben.

B. Antworten zu den Leitfragen

Leitfrage 1:

Welche Möglichkeiten sehen Sie, die Vielfalt der ethischen Auffassungen zu einem Schwangerschaftsabbruch so zu berücksichtigen, dass eine angemessene Balance zwischen den einschlägigen grundlegenden Rechten und Freiheiten aller Beteiligten erreicht werden kann?

Antwort:

Wie dargelegt stehen sich gerade **nicht** zwei Grundrechtsträger gegenüber. Wenn die objektiven Grundrechtswirkungen – wie hier – nicht mehr auf die Belange eines *Grundrechtsträgers* ausgerichtet werden, besteht die Gefahr ihrer uferlosen Ausdehnung und Verselbstständigung gegenüber dem subjektiven Recht, was letztlich, wie sich im Falle der Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch realisiert hat, freiheitsgefährdende Konsequenzen mit sich bringen kann, wenn die objektiven Grundrechtsgehalte zur Begründung von Beschränkungen der personalen Autonomie herangezogen werden. Dann wendet sich der Grundrechtsschutz nämlich **gegen den Grundrechtsträger**. Mit dieser überzeugenden Begründung kritisiert Prof. Dr. Stefan Huster die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch. Auch in der zweiten Entscheidung spricht das BVerfG bereits dem ungeborenen menschlichen Leben Menschenwürde zu, die es sodann in derselben Entscheidung aber verletzt, weil es von der Bestrafung der Frau für einen nicht indizierten Schwangerschaftsabbruch unter den bekannten Bedingungen nicht nur absieht, sondern auch der Ansicht ist, dass der Staat diesen Abbruch ermöglichen muss. Zugleich verletzt die vom Senat statuierte „Austragungspflicht“ die Menschenwürde der Frau. Sie wird durch das strafbewehrte Gebot zum bloßen Objekt gemacht, das benutzt wird, um die behauptete staatliche Schutzpflicht gegenüber dem Fötus zu erfüllen. Aus diesen Gründen muss es vollumfänglich der Schwangeren überlassen bleiben, ob sie einen Abbruch vornimmt oder nicht.

Leitfrage 2:

Können Schwangere nur mit der Auferlegung einer Beratungspflicht oder auch mit einem entsprechenden Angebots- und Aufklärungskonzept erreicht werden, ggf. unter welchen Voraussetzungen?

Antwort:

Eine Beratungspflicht stellt ebenfalls einen Grundrechtseingriff dar und lässt sich nicht rechtfertigen. Sie widerspricht dem Bild der mündigen Bürger*innen im liberalen Rechtsstaat. Mit einer Beratungspflicht wird der

Betroffenen abgesprochen, in der Lage zu sein, eigenverantwortlich eine Entscheidung über ihren eigenen Körper und ihr eigenes Leben zu treffen. Genau dieses Bild liegt der Beratungspflicht auch zugrunde. In seiner zweiten Entscheidung spricht der Senat von einer angeblichen Lebenswirklichkeit, „in der Männer wie Frauen vielfach ihre eigenen Lebensvorstellungen überbewerten und diese auch dann nicht zurückzustellen bereit sind, wenn es bei objektivem Nachvollziehen ihrer individuellen Lebenssituation zumutbar erscheint.“ Der Senat sieht in der Beratungspflicht zugleich die Möglichkeit, die Frau zu beeinflussen, um ihre „Verantwortung [...] gegenüber dem ungeborenen Leben zu stärken.“ Mit dieser Begründung setzt sich das Bundesverfassungsgericht in Widerspruch zu dem im Grundgesetz zugrunde gelegten Menschenbild. Wir befürworten daher ein Beratungsangebot, das auf Freiwilligkeit basiert.

Leitfrage 3:

Derzeit ist die Zahl von Verurteilungen nach § 218 StGB gering. Ist ein Straftatbestand aus Ihrer Sicht erforderlich und wenn ja, aus welchen Gründen?

Antwort:

§ 218 StGB ist mangels relevanter Eignung nicht erforderlich. Der Blick in andere Länder und in die Geschichte zeigt, dass Schwangere extreme Risiken eingehen und eingegangen sind, um Schwangerschaften zu beenden. Selbst unter Bedingungen strikter Kriminalisierung. Sprich: Wer die eigene Schwangerschaft abbrechen möchte, bricht sie ab. Dass die unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen keine Auswirkungen auf die Häufigkeit des Schwangerschaftsabbruchs haben, zeigt bereits eine Lancet-Studie von 2007. Die anerkannten Strafzwecke können hier nicht erreicht werden. Weder werden andere Schwangere von einer „Tat“ abgeschreckt, noch muss die Gesellschaft vor der einzelnen „Täterin“ gesichert werden, einer Resozialisierung bedarf es offenkundig nicht und das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit ist bereits aufgrund der ohnehin bestehenden zahlreichen Ausnahmeregelungen auch nicht beeinträchtigt. Letztlich dient die Kriminalisierung, wie der Senat – übrigens sinngemäß in beiden Entscheidungen – auch selbst ausführt, dazu, „im Volke lebendige Wertvorstellungen und

Anschauungen über Recht und Unrecht zu stärken“ – und damit entlarvt er mangels überzeugender weltanschaulich-neutraler Argumente für die Strafvorschrift den eigentlichen Zweck der Kriminalisierung: eine ganz bestimmte Moralvorstellung per Strafgesetz durchzusetzen. § 218 StGB reiht sich ein in die unrühmliche Liste der Sittlichkeitsparagrafen und damit in die Ideologisierung des Rechts. Dabei ist eine der Lehren der totalitären deutschen Vergangenheit insbesondere die Zurückhaltung im Umgang mit der Kriminalstrafe. Nach alledem bleibt festzustellen, dass mit § 218 StGB das Strafrecht zum Selbstzweck erhoben wurde.

Anhang

Urteil des AG Gießen vom 24.11.2017

Die Angeklagte ist schuldig der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft. Gegen sie wird eine Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 150,-€ verhängt. Die Angeklagte hat die Kosten des Verfahrens und ihre notwendigen Auslagen zu tragen.

Gründe

I. Die am „...“ geborene Angeklagte ist verheiratet und hat zwei erwachsene Kinder, die verselbständigt leben. Sie ist von Beruf Fachärztin für Allgemeinmedizin und führt eine Arztpraxis in Gießen. Zu ihren Einkommensverhältnissen hat die Angeklagte keine Angaben gemacht. Die Angeklagte ist noch nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten.

II. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht folgender Sachverhalt zur Überzeugung des Gerichts fest:

Die als Ärztin für Allgemeinmedizin tätige Angeklagte führt eine Arztpraxis in Gießen „...“. In ihrer Praxis führt sie unter anderem Schwangerschaftsabbrüche durch. Sie betreibt eine Internetseite unter der Homepage www.kristinahaenel.de. Auf dieser Homepage bietet sie, neben anderen medizinischen Leistungen, auch die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen an. Über den Link „Schwangerschaftsabbruch“ wird dabei eine PDF zum Download angeboten, die allgemeine Informationen zum Schwangerschaftsabbruch sowie der Durchführung und den Methoden in der Praxis der Angeklagten enthält. Darin werden die Methoden, nämlich

- operativ
- mit örtlicher Betäubung
- mit Vollnarkose
- medikamentös

beschrieben sowie die Gründe, die für oder gegen die jeweilige Methode sprechen. Auch wird ausgeführt, dass in der Praxis der Angeklagten alle darin beschriebenen Methoden des Schwangerschaftsabbruchs durchgeführt werden unter Hinweis auf Kostenübernahme durch die Krankenkassen

Anhang

oder bei Privatzahlerinnen. Zusammenfassend steht unter der Rubrik „Was müssen Sie mitbringen?

- Beratungsbescheinigung über die nach § 219 StGB durchgeführte Beratung oder Indikation nach § 218 StGB
- Blutgruppennachweis
- Versichertenkarte
- Kostenübernahmbescheinigung oder Bargeld
- Überweisungsschein der Frauenärztin/des Frauenarztes“

Die Webseiten der Angeklagten sind der Öffentlichkeit über die Internet-suchmaschine bei der Eingabe des Begriffes Kristina Hänel.de frei zugänglich.

Durch dieses Angebot strebt die Angeklagte die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen in ihrer Arztpraxis gegen Erhalt des üblichen ärztlichen Honorars an.

III.

Dieser Sachverhalt steht fest aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme, der Einlassung der Angeklagten, der Inaugenscheinnahme von Bl. 22 d. A., die die Webseite der Angeklagten mit dem Link „Schwangerschaftsabbruch“ auf der einen Seite und „Allgemeinmedizin“ auf der anderen Seite zeigt, sowie der Informationsschrift Bl. 65 bis 66 d. A., die auszugsweise verlesen wurde.

Die Angeklagte räumt ein, diese Homepage zu betreiben, ist jedoch der Auffassung, dass sie hiermit lediglich eine Information zum Schwangerschaftsabbruch gesetzt, nicht aber ihre Dienste angeboten habe. Für die tatsächliche Durchführung des Schwangerschaftsabbruches müsste vorher eine Beratung erfolgen oder ein Indikationsfeststellungsverfahren durchgeführt werden. Sie habe lediglich über die Möglichkeiten, die eine Patientin hat, informiert.

Diese Rechtsauffassung steht im Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung.

Gemäß § 219 a StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer öffentlich eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekannt gibt.

Die Angeklagte hat das Angebot öffentlich gemacht, da jedermann über das Internet auf die Homepage der Angeklagten zugreifen kann.

Die Angeklagte hat ihre Leistung auch angeboten, da sie die Erklärung abgegeben hat, es bestehe die Bereitschaft, Abtreibungsdienste durchzuführen.

Die Angeklagte informiert jedoch nicht nur über den Schwangerschaftsabbruch, sie bietet gezielt ihre Tätigkeit als Ärztin an. Selbst eine aufklärende Information erfüllt den Tatbestand des § 219 a, wenn das Anbieten mit der Leistung verknüpft ist. Dabei ist es entgegen der amtlichen Überschrift des §§ 219 a StGB nicht notwendig, dass diese Informationen einen besonderen werbenden Charakter besitzen.

Die Rechtsauffassung der Angeklagten, dass eine sachliche Information über die Bereitschaft eines Arztes, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen, nicht dem § 219 a StGB unterfalle, wird weder von der einschlägigen Rechtsprechung noch von der einschlägigen Kommentierung zu § 219 a StGB geteilt (vgl. Müko, StGB § 219 a, Rnd. Nr. 4; Fischer, § 219 a Rnd. Nr. 3; LG Bayreuth, ZfL 2007 Seite 16 ff.).

Die Angeklagte handelt auch ihres Vorteils wegen. Es ist nämlich für Jedermann erkennbar, dass die Angeklagte es auf ihrer Internetseite nicht bei einer reinen Information der einzelnen Möglichkeiten über den Schwangerschaftsabbruch belässt, vielmehr ergibt sich daraus eindeutig, dass die Leistungen gegen ärztliches Honorar geleistet werden, nämlich entweder über die Krankenkassen oder durch Barzahlung, wobei das Bargeld direkt zum Termin mitzubringen ist. Das ist die klassische Form der Patientenakquise.

Die Angeklagte hat durch das Anbieten der Leistungen im Internet auch einen klaren Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Ärzten, die sich an das Werbeverbot halten. Die Angeklagte kann nämlich auf diese Weise Patientinnen schon im Vorfeld erreichen, während die übrigen Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, erst im Rahmen des Beratungsgespräches bekannt gegeben werden. Dies wird zwangsläufig durch die eigene Angabe der Angeklagten bestätigt, dass im letzten Jahr nur zwei Patientinnen über die Beratungsstellen den Weg zu ihr gefunden haben.

Das Verbot des Werbens für Schwangerschaftsabbrüche verstößt auch nicht gegen Artikel 12 Grundgesetz. Zwar hat ein Arzt grundsätzlich das Recht die Öffentlichkeit darüber zu informieren, welche Leistungen in seiner Praxis erbracht werden. Da das Recht des Arztes auf freie Berufsausübung gemäß Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 GG, das in Art. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Recht des ungeborenen Lebens beeinträchtigt, ist insofern die Einschränkung des Informationsrechts hinzunehmen.

Dies ist in § 219 a StGB geschehen. Eine eingeschränkte Auslegung dieser Vorschrift ist nicht veranlasst. Denn das Recht auf Berufsausübung in dieser Weise tangiert im vorliegenden Fall das Recht des ungeborenen Lebens. Wie schon im Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 13.01.2006 festgestellt, ergibt sich aus Artikel 1 Abs. 1 GG die Pflicht des Staates, das ungeborene Leben zu schützen. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist davon auszugehen, dass für die gesamte Dauer der Schwangerschaft die Abtreibung grundsätzlich Unrecht ist, da auch dem ungeborenen Leben Menschenwürde zukommt (Bundesverfassungsgericht Entscheidung 88/203 ff.). Die aktuelle Gesamtregelung der §§ 218 ff. StGB zum Schwangerschaftsabbruch ist seit der Gesetzesreform 1995 gültig und wurde durch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1998 bestätigt. In diesem Zuge wurde durch Einführung des § 218 a unter bestimmten Voraussetzungen der Schwangerschaftsabbruch straflos gestellt. Gleichwohl bleibt der gesetzgeberische Wille, wie er in § 219 a StGB zum Ausdruck kommt, dass die Abtreibung in der Öffentlichkeit nicht als etwas normales dargestellt und kommerzialisiert werden darf und deshalb unter Strafe gestellt ist (Dröndle/Fischer StGB, § 219 a). Nach dem Willen des Gesetzes sollen Frauen, die abtreiben wollen, sich zunächst bei einer staatlichen, also neutralen Beratungsstelle informieren, die selbst kein Interesse an der Durchführung der Abtreibung hat.

Dem legitimen Bedürfnis der betroffenen Frau nach Information über Ärzte, die bereit sind den Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen, wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass sie nach ausführlicher Information durch die Beratungsstelle – bei Fortbestehen des Abtreibungswunsches – die Liste der zur Abtreibung bereiten Ärzte erhält. Durch dieses Schutzkonzept ist gewährleistet, dass die betroffene Frau eine ergebnisoffene Beratung erhält, die ihr Informationsinteresse erfüllt.

Würde man werbende Maßnahmen für den Schwangerschaftsabbruch zulassen, würde die staatliche Pflicht, ungeborenes Leben zu schützen, ins Leere laufen.

Die Angeklagte handelte auch vorsätzlich.

Die Angeklagte, die Ärztin für Allgemeinmedizin mit Spezialisierung auf dem Gebiet des Schwangerschaftsabbruchs ist, kennt insoweit die gesetzlichen Regelungen der §§ 218 ff. Bereits in einem im Jahr 2009 gegen sie geführten Ermittlungsverfahren wegen eines gleichlautenden Tatvorwurfs wurde durch die Staatsanwaltschaft Gießen das Verfahren mit ausführlicher Begründung eingestellt. In diesem Zusammenhang wurde unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entscheidung des Landgerichts Bayreuth die

objektive Strafbarkeit ihres Verhaltens ausgeführt. Letztendlich wurde das Verfahren wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Spätestens zu diesem Zeitpunkt war der Angeklagten die von der Rechtsansicht ihres Rechtsbeistandes abweichende Rechtsansicht der Staatsanwaltschaft Gießen sowie die Entscheidung des Landgerichts Bayreuth bekannt. Deshalb sind an das Unrechtsbewusstsein der Angeklagten nunmehr höhere Anforderungen zu stellen als im vorherigen Ermittlungsverfahren. In Kenntnis der Strafbarkeit warb die Angeklagte jedoch weiterhin auf ihrer Webseite mit der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen und stellte die Information für jedermann auf ihrer Homepage online. In dieser Situation kann der Angeklagten nicht abgenommen werden, dass sie davon ausgegangen sei, dass ihr Handeln legal sei. Sie durfte nicht mehr in der Weise auf die Rechtsauskunft ihres Rechtsbeistands vertrauen, dass sie keine Unrechtszweifel mehr hat (vgl. Lackner/Kühl StGB, § 17 Rnd.Nr. 4 f.). Nach alledem lag kein Verbotsirrtum vor, sondern ein hartnäckiges Negieren der geltenden Rechtslage.

IV.

Die Angeklagte hat sich damit des Vergehens der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft gemäß § 219 a StGB strafbar gemacht.

V.

Das Gesetz sieht hierfür einen Strafrahmen von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren vor.

Bei Abwägung aller für und gegen die Angeklagte sprechenden Gesichtspunkte ist zu ihren Gunsten heranzuziehen, dass sie bislang noch nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, sowie, dass sie bezüglich des objektiven Tatgeschehens geständig ist. Auch ist ihr zugute zu halten, dass sie beim Anbieten der eigenen Leistungen sachlich und seriös informiert hat.

Zu ihren Ungunsten ist demgegenüber zu würdigen, dass sie sich bislang bezüglich der geltenden Gesetzeslage uneinsichtig gezeigt hat und die Homepage weiter betreibt. Auch die Tatsache, dass in der Vergangenheit bereits zwei Verfahren durch die Staatsanwaltschaft in Gießen gegen sie eingeleitet und letztlich eingestellt wurden, hat sie nicht zu einer Änderung ihres Verhaltens bewogen.

Insgesamt erscheint eine Geldstrafe von 40 Tagessätzen erforderlich, aber auch ausreichend, um der Angeklagten das Unrecht ihres Verhaltens vor Augen zu führen und das Tatunrecht angemessen zu ahnden.

Die Angeklagte hat bezüglich ihrer Einkommensverhältnisse keine Angaben gemacht. Das Gericht geht im Wege der Schätzung davon aus, dass

Anhang

sie als selbständige Ärztin monatlich im Durchschnitt ein Nettoeinkommen von „...“ erzielt, so dass der einzelne Tagessatz auf 150,-- Euro festzusetzen ist.

Es ist daher eine Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 150,00 Euro festzusetzen.

VI.

Da die Angeklagte verurteilt worden ist, hat sie die Kosten des Verfahrens zu tragen, § 465 StPO.

Urteil des LG Gießen vom 12.10.2018

Die Berufung der Angeklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Gießen – Strafrichterin – vom 24.11.2017 wird kostenpflichtig verworfen.

Gründe

Das Amtsgericht Gießen Strafrichterin hat die Angeklagte am 24.11.2017 wegen Verstoßes gegen § 219a Abs. 1 StGB zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 150 € verurteilt. Hiergegen wendete sich form- und fristgerecht die frühere Verteidigerin der Angeklagten mit der Sprungrevision. Der zwischenzeitliche Verteidiger der Angeklagten beantragte fristgerecht die Durchführung des Rechtsmittels als Berufung. Der Berufung musste der Erfolg versagt bleiben.

I.

Die heute „...“ Jahre alte angeklagte Fachärztin für Allgemeinmedizin hat zwei erwachsene Kinder „...“. Die Angeklagte arbeitete in den 80er Jahren für Pro Familia und hat auch als Abtreibungsärztin den gesellschaftlichen Konflikt und die gesetzgeberische Entwicklung bis zur Praxis im Regelungsbereich des heute gültigen Schwangerschaftskonfliktrechts erfahren. In der Antipsychiatriebewegung aktiv wurde sie hier auch ehrenamtlich ärztlich tätig und gründete über ihre Arbeit mit vergewaltigten und sexuell missbrauchten Frauen und Mädchen in Gießen einen Wildwasserverein. Zu ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen hat die Angeklagte keine Angaben gemacht.

II.

Die als Ärztin für Allgemeinmedizin tätige Angeklagte führt in Gießen „...“ eine Arztpaxis. Dort führt sie auch Schwangerschaftsabbrüche durch. Für ihre Praxis hat sie eine Homepage im Internet eingerichtet, die über Suchmaschinen oder www.kristinahaenel.de erreicht werden kann. Jedenfalls seit dem 22.4.2015 und in unbestimmter Zeit zuvor wurden hier die Kontaktdaten der Praxis bekannt gegeben. Lichtbilder aus der Praxis verschafften einen ersten Eindruck. Vorgestellt wurde das Praxisteam mit einem Arzt für Anästhesiologie, Kranken- und Kinderkrankenschwestern und Fachangestellten. Über den Link „Infos“ gelangte man auf zwei Schaltflächen, die neben der Allgemeinmedizin einen Download über eine PDF-Datei zum Thema „Schwangerschaftsabbruch“ eröffnete. Dort wird auf ausgedruckt zwei DIN A4 Seiten auf die Gesetzeslage zu §§ 218, 219 StGB bzw. § 7 SchKG hingewiesen. Ausdrücklich werden alle drei Methoden (medikamentös, chirurgisch mit örtlicher Betäubung, chirurgisch mit Vollnarkose)

des Schwangerschaftsabbruchs auf Kostenübernahme oder für Privatzahlerinnen angeboten. Informiert wird über die Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs in der Praxis, die erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen und über die Methode des medikamentösen Schwangerschaftsabbruchs und den chirurgischen Schwangerschaftsabbruch einschließlich der Entfernung des als solches definierten Schwangerschaftsgewebes. Aufgeklärt wird auch darüber, ob und welche Gründe gegen die medikamentöse Methode bestünden. Die Interessentinnen werden belehrt über Nebenwirkungen und Komplikationen und das Verhalten nach dem Abbruch. Beschrieben wird der Weg zur Praxis. Die erforderlichen Kontaktdaten werden nochmals mitgeteilt. Belehrt werden die Interessentinnen insbesondere darüber, was sie mitbringen müssten. Aufgelistet sind

- Beratungsbescheinigung über die nach § 219 StGB durchgeführte Beratung oder Indikation nach § 218 StGB
- Blutgruppennachweis
- Versichertenkarte
- Kostenübernahmbescheinigung oder Bargeld
- Überweisungsschein der Frauenärztin/des Frauenarztes.

Die Angeklagte ist mit einem vergleichbaren Internetauftritt weiterhin erreichbar. Der Link zu den umfassenden Informationen zum Schwangerschaftsabbruch schaltet sich für Jedermann jetzt bei Eingabe seiner E-Mail-Adresse frei. Automatisch erfolgt die zeitgleiche Übersendung der oben beschriebenen Informationen über den Schwangerschaftsabbruch an die angegebene E-Mail-Adresse. Die Angeklagte erstrebt die Abschaffung oder Reform des § 219a StGB. Die Rechtslage ist ihr seit 2009 bewusst, als ein gleichartiges Ermittlungsverfahren gegen sie eingestellt wurde.

III.

Die Feststellungen der Berufungsstrafkammer zu den persönlichen Verhältnissen beruhen auf Angaben der nicht vorbestraften Angeklagten. Die ergänzenden Feststellungen zu ihrer Vita beruhen auf allgemein zugänglichen Quellen. Dieser Hintergrund gehört für die interessierte Öffentlichkeit zum Allgemeinwissen.

In der Sache hat die Angeklagte den Sachverhalt so wie festgestellt eingeraumt. Ausdrücke des maßgeblichen Internetauftritts zur Tatzeit einschließlich eines Links zu der umfassenden Aufklärung über die Durchführung und die Methoden des Schwangerschaftsabbruchs wurden verlesen. Aus dem durch Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO beendeten Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft in Gießen (Az.: 501 Js 3102/08) gegen die

Angeklagte mit vergleichbarem Vorwurf wurden durch Verlesen Feststellungen getroffen. Die Stellungnahme der Landesärztekammer Hessen vom 23.03.2017 zu den gegen die Angeklagte gerichteten Tatvorwürfen wurde ebenfalls verlesen. Danach verstößt die Angeklagte mit den sachlichen Informationen in ihrem Internetauftritt, die weder anpreisend, irreführend oder vergleichend sind, nicht gegen die Bestimmungen von § 27 der Berufsordnung für die Ärztinnen und Ärzte über die Werbung für ärztliche Leistungen. Eine strafrechtliche Relevanz steht nicht zur Beurteilung der Landesärztekammer, für die allein berufsrechtliche Aspekte bedeutsam sind.

Die Angeklagte vertrat zunächst die Auffassung, ihr Internetauftritt diene allein der Gewährleistung einer hinreichenden ärztlichen Information für Frauen, die nach durchgeföhrter Schwangerschaftskonfliktberatung einen legalen Schwangerschaftsabbruch wünschten, und stelle keine strafbare Werbung für Abtreibungen dar.

Im Grundsätzlichen bezweifelt die Angeklagte die hinreichende Beratung der betroffenen Frauen in den unterfinanzierten Beratungsstellen, die etwa im katholischen Bereich offiziell keinen Hinweis auf Abtreibungsärzte gäben. Nach vielen Jahren unproblematischer Schwangerschaftskonfliktberatung und anschließender ärztlicher Begleitung der betroffenen Frauen bei dem Schwangerschaftsabbruch, der nur von Ärzten durchgeföhr werden darf, die nicht an der Schwangerschaftskonfliktberatung beteiligt waren, sei nun die Verunsicherung der Kolleginnen und Kollegen groß, die mit den modernen Möglichkeiten des Internetauftritts über den vermeintlichen oder zu weiten Regelungsbereich des § 219a StGB stolperten und von einigen wenigen fundamentalistischen Internetaktivisten bundesweit gejagt und vermehrt zur Anzeige gebracht würden. Zunehmend zögen sich Ärztinnen und Ärzte aus der sozialen Indikation zurück, womit es Frauen wieder schwer gemacht werde, einen legalen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen. Damit bestünde die Gefahr, dass Frauen wieder vermehrt in die vereinfachte Fristenindikation des benachbarten Auslands auswichen. Die Umgehung der Schwangerschaftskonfliktberatung könne damit kontraproduktiv gerade zu mehr statt ansonsten vermeidbarer Schwangerschaftsabbrüche führen.

Die Angeklagte legte in der zweiten Instanz den Schwerpunkt ihrer Verteidigung auf den Regelungsgehalt des von der Staatsanwaltschaft und erstinstanzlich vom Amtsgericht richtig oder vertretbar ausgelegten, aber missverständlichen, zu weiten und nicht mehr zeitgemäßen Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB. Die Vorschrift sei aufzuheben oder zu reformieren

Anhang

und verstieße in der gegenwärtigen Fassung gegen die Kernbereiche der Artikel 5 und 12 des Grundgesetzes zur Informations- und Berufsfreiheit. Die Berufungskammer sei nach Art 100 GG gehalten, das Bundesverfassungsgericht anzurufen.

IV.

Aufgrund des festgestellten Sachverhalts ist die Angeklagte schuldig des Werbens für den Abbruch der Schwangerschaft i. S. d. öffentlichen Anbietens ihrer Dienste und letztlich auch der Bekanntgabe von Verfahren zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs durch Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) im Interesse eines Vermögensvorteils (§ 219a Abs. 1 StGB).

1.

Die Angeklagte handelte tatbestandsmäßig und damit rechtwidrig. Im Internet und damit öffentlich bot (und bietet) die Angeklagte für jeden zugänglich ihre ärztliche Hilfe und hierfür geeignete Verfahren zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs gegen Honorar an. Auch die aufklärende rein sachliche Information über die Gelegenheit eigener oder fremder Dienste, von Hilfsmittel oder Methoden Schwangerschaftsanbrüche durchzuführen, ist dann von der Strafandrohung erfasst, wenn das Anbieten wie hier von einer geldwerten Gegenleistung abhängig gemacht ist (vergl. LG Bayreuth, Zfl 2007 Seite 16 ff.; Münchener Kommentar, StGB § 219 a RN 4, 6; Fischer, StGB, 65. Auflage 2018, § 219a RN 2, 4). Die in der Sache liegenden Ausnahmen für Informationen durch nicht selbst abtreibende Ärzte, anerkannte Beratungsstellen sowie unvermeidbare Handelswege für Medizinprodukte und für wissenschaftliche Publikationen gemäß §§ 219a Abs. 2 und 3 StGB greifen im Falle der Angeklagten nicht ein.

1.1.

Die Strafnorm kann auch nicht die Tathandlung der Angeklagten von der Strafandrohung ausnehmend in eingeschränkter Weise ausgelegt werden. § 219a StGB verbietet nicht lediglich eine die Entscheidungsfindung von Schwangeren psychologisch beeinflussende Werbung für Schwangerschaftsabbrüche oder für die Bevorzugung bestimmter Behandlungsmethoden oder für die Konsultation einer bestimmten Medizinerin oder eines bestimmten Mediziners. Entgegen dieser Parallelwertung in der Laiensphäre, die zum verbreiteten und nach wie vor feststellbaren Fehlverständnis und der Rechtsunsicherheit in der Öffentlichkeit geführt hat, verbietet § 219a StGB nach seinem Wortsinn als abstraktes Gefährdungsdelikt jede öffentliche Information über die Bereitschaft zur Vornahme von ärztlichen Dienstleistungen, über Produkte und über Methoden zur Vornahme eines

Schwangerschaftsabbruchs, sofern dies eines Vermögensvorteils wegen geschieht oder aber im hier nicht maßgeblichen auch standeswidrigen Fall in grob anstößiger Weise. Da Ärzte als Freiberufler üblicherweise ein Honorar beanspruchen können und letztlich für ihren Lebensunterhalt auch müssen, ist damit jeder öffentliche Hinweis auf die Bereitschaft zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen strafbar, solange die ärztliche Leistung nicht entgeltfrei angeboten wird. Nach dem unmittelbaren Normzweck soll § 219a StGB damit jeden ansonsten im standesrechtlichen Rahmen erlaubten Wettbewerb durch und zwischen Abtreibungsärztinnen und Abtreibungsärzten um Patientinnen verhindern.

1.2.

Die gesetzessystematische Auslegung führt zu keinem anderen Ergebnis. Da die Normen des sechzehnten Abschnitts des Strafgesetzbuches Straftaten gegen das Leben betreffen und nicht die Wirtschaftswerbung oder ärztliche Standesregeln hierzu, kann die irreführende redaktionelle Überschrift zum § 219a StGB „Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft“ nicht zu einer Auslegung gegen den Schutz des absolut höchsten Rechtsguts auf Leben und hier im Besonderen den Schutz des ungeborenen Lebens führen.

1.3.

Die dem Wortsinn und unmittelbaren Normzweck entsprechende Auslegung des § 219a StGB entspricht auch dem über die Reformen der Bestimmungen zur Strafbefreiung von Schwangerschaftsabbrüchen in Konfliktfällen bis zum Abschluss dieses Prozesses durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.08.1995 (BGBl. I 1050) erkennbaren Willen des Gesetzgebers. Der Schwangerschaftsabbruch ist danach gemäß § 218 StGB für alle Beteiligten grundsätzlich strafbar. Im Ergebnis straflos bleibt gemäß § 218a Abs. 1 StGB nach der Fristenregel der von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch innerhalb von zwölf Wochen und gemäß § 218a Abs. 4 Satz 1 StGB für die Schwangere selbst bis in die 22. Woche nach der Empfängnis bei Nachweis einer Beratung der Schwangeren in einer sozialen Not- und Konfliktlage nach § 219 StGB. Abbrüche nach einer festgestellten medizinisch-sozialen oder kriminologischen Notlage gelten nach § 218a Abs. 2 und Abs. 3 StGB als gerechtfertigt. Unter allen Umständen kann von Strafe abgesehen werden, wenn sich die Schwangere zur Zeit des Eingriffs durch wen auch immer in einer über die normierten Notlagen hinausgehenden besonderen Bedrängnis befindet (§ 218a Abs. 4 Satz 2 StGB).

In all diesen Regelungsfällen steht mit der Abtreibung der Schutz des ungeborenen Lebens zur Disposition. Um dem Ausnahmeharakter des gesetzgeberischen Kompromisses Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber bestimmte Vorstufen der Beteiligung an der Entscheidungsfindung durch die Schwangere außerhalb der geforderten Schwangerschaftskonfliktberatung verboten. Dem Arzt ist es gemäß § 218c Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht erlaubt, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen, wenn er selbst nach §§ 218a Abs. 1, 219 StGB beraten hat. § 219a StGB dagegen soll allgemein verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird (vergl. auch zu den Gesetzgebungsprotokollen Fischer, a. a. O., § 219a RN 1). Die in den Grenzen der Schwangerschaftskonfliktberatung bei Fristehaltung nicht bestrafte Abtötung fötalen Lebens wird damit in der ethischen Bewertung ärztlichen Handelns als zumindest kritisch angesehen. Dies erweitert den Zweck des § 219a StGB. Über die moralische Hürde der erzwungenen Beratung nach § 219 StGB, die auf den Lebensschutz hin gerichtet sein muss, und das Verbot jeglicher Form des Wettbewerbs um Schwangere sollen vermeidbare Schwangerschaftsabbrüche verhindert werden.

1.4.

Das Anbieten ihrer Dienste durch die Angeklagte kann auch nicht als ärztlich gebotene Information für Schwangere im Wege einer verfassungskonformen Auslegung aus der Strafdrohung des § 219a StGB herausgenommen werden. Zwar beschränkt § 219a Abs. 1 StGB das Recht der Angeklagten aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, sich in Schrift und Bild mit ihren Informationen über Abtreibungsmethoden und die angebotenen Dienste frei zu äußern. Auch unterliegt ihre Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG einer gesetzlich geregelten Einschränkung.

Allerdings fehlt es an einer Regelungslücke, die durch eine verfassungskonforme Auslegung geschlossen werden könnte, oder an einer Gesetzesunklarheit, die sich hierdurch beseitigen ließe. Insbesondere lässt sich die Strafdrohung des § 219a Abs. 1 StGB nicht auf die nach dem Gesetzeswortlaut des § 218a StGB tatbestandlich strafbares Unrecht darstellenden Indikationen reduzieren, die aber gemäß § 218a Abs. 2 und Abs. 3 StGB gerechtfertigt sein können oder nach § 218a Abs. 4 Satz 2 StGB nicht bestraft werden. Denn dann wären die ethisch unbedenklicheren und sich strafrechtsdogmatisch in die Kategorie des gesetzlichen (§§ 34, 35 StGB) oder übergesetzlichen rechtfertigenden oder entschuldigenden Notstands oder der Straffreiheit nach § 33 StGB einfügenden Fälle der medizinisch-sozialen und kriminologischen Indikation sowie der Absehbarkeit von Strafe

bei einer willensbeeinträchtigender Bedrängnis ausgesetzten Schwangeren stärkeren Restriktionen ausgesetzt, als die Fälle der Abtreibung in einer sozialen Not- und Konfliktlage. Sie dürften nicht beworben werden. Die Fälle der sozialen Indikation, bei denen nach dem Wortlaut des § 218a Abs. 1 StGB bereits „der Tatbestand des § 218 StGB nicht verwirklicht“ ist oder die Schwangere nach § 218a Abs. 4 Satz 1 StGB bereits nicht „strafbar“ ist, hätten danach bereits keinen Unrechtscharakter und müssten deshalb nach verfassungsgerechter Auslegung beworben werden dürfen.

Hier besteht jedoch nur scheinbar eine Regelungslücke. § 219a StGB zielt zum einen unterschiedslos auf den Schwangerschaftsabbruch an sich und nicht auf dessen Unrechtsgehalt oder seine Strafwürdigkeit. Zum anderen stellen auch die Abtreibungsfälle nach der sozialen Indikation strafrechtliches Unrecht dar. Die Gesamtregelung der §§ 218 ff. StGB zum Schwangerschaftsabbruch ist seit der Gesetzgebungsreform von 1995 gültig und wurde zuletzt durch das Bundesverfassungsgericht durch Urteil vom 27.10.1998 bestätigt (BVerGE 98, 265). Die Fristenregelungsurteile des Bundesverfassungsgerichts (siehe BVerfGE 39, 1 und 88, 203) lassen keinen Zweifel daran, dass auch dem ungeborenen Leben Menschenwürde zukommt (Art. 1 Abs. 1 GG). Der Embryo genießt jedenfalls von der Nidation an den Schutz aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und damit das Recht auf Leben. Seine Abtötung ist zwingend Unrecht, womit es sich auch bei den Fällen der sozialen Indikation dogmatisch nur um Rechtfertigungs- oder hilfsweise Entschuldigungs- oder Strafbefreiungsgründe handeln kann (vergleiche Fischer, a. a. O., § 218a RN 4 m. w. N.).

2.

Die Angeklagte hat den objektiven Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht. In der finalen Natur des öffentlichen Anbietens ihrer Leistungen liegt der erforderliche hier direkte Tatvorsatz der Angeklagten.

Die Angeklagte handelte auch schulhaft. Insbesondere kann sie sich nicht auf einen Verbotsirrtum i. S. d. § 17 StGB berufen. Bei gleicher Sachlage wurde durch Beschwerdeentscheidung des Generalstaatsanwalts Frankfurt am Main vom 18.03.2009 (3 Zs 322/06; 501 Js 3102/08 Staatsanwaltschaft Gießen) ein Ermittlungsverfahren gegen die Angeklagte gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Die geltende Rechtslage wurde im Einstellungsbescheid der Staatsanwaltschaft in Gießen und in der Beschwerdeentscheidung auch unter Bezug auf das bereits zitierte Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 11.01.2006 eingehend erörtert. Der vor Tatbegehung durch eine Hochschullehrerin abweichend beratenen Angeklagten wurde jedoch

damals ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zugebilligt. Nachdem die Angeklagte in Kenntnis der Rechtslage mit ihren Informationen erneut an die Öffentlichkeit getreten ist, kann der Angeklagten nicht mehr abgenommen werden, sie habe darauf vertraut, dass ihr Handeln legal sei. Im Wechsel ihres Verteidigungsverhaltens in der Berufungsinstanz liegt auch ausdrücklich das Eingeständnis, bewusst gegen § 219a StGB zu verstößen, um eine Rechtsänderung auf politischem Wege zu inszenieren oder über eine Verfassungsbeschwerde zu erzwingen.

3.

Die Kammer ist auch nicht nach Art. 100 GG gezwungen, das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, da sie die Strafvorschrift des § 219a Abs. 1 StGB, auf deren Anwendung es bei Entscheidungsreife in der Sache mit dem Schulterspruch jetzt ankommt, nicht für verfassungswidrig hält. Zweifel an der Verfassungsgemäßheit der Norm genügen zur Begründung ohnehin nicht.

§ 219a StGB verstößt nicht gegen die Artikel 5 und 12 des Grundgesetzes. Soweit der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG nach dessen Absatz 2 eingeschränkt ist, sind nur die Normadressaten betroffen (siehe oben Ziff. IV. 1. 4). Die Schwangeren selbst können sich ungehindert bei ihren Frauenärzten, den Beratungsstellen, Gesundheitsämtern und Ärztekammern über Methoden der Schwangerschaftsunterbrechung und Anschriften abtreibungsbereiter Ärztinnen und Ärzte informieren. Die Behandlungsmethoden erläutern allgemein zugängliche Quellen der medizinischen Literatur. Ein Anspruch darauf, dass Ärzte außerhalb eines Behandlungsvertrages von sich aus informierend an die Öffentlichkeit gehen, besteht für Schwangere ohnehin nicht. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG dagegen ist nicht im Kernbereich der Berufswahl und Arbeitsplatzfreiheit betroffen. Die Berufsausübung kann gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG durch einfaches Gesetz oder aufgrund eines solchen Gesetzes wie hier durch § 219a StGB geregelt werden. Die Kammer verkennt hierbei nicht die zahlreichen Zielkonflikte. Das ungeborene Leben soll geschützt, der Schwangeren in Not ein würdiges Leben ermöglicht, erlaubte Schwangerschaftsabbrüche durch fachgerechte ärztliche Leistungen gesichert und die Banalisierung und Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen verhindert werden. Ohne Abstriche auch bei den Rechten der Ärzte kann hier kein Ausgleich geschaffen werden. Die Kammer kann dabei nicht feststellen, dass die Regelung des § 219a StGB zur Erreichung der Regelungszwecke völlig ungeeignet ist, des Weiteren wenigstens einen übermäßigen Eingriff darstellte und zuletzt die betroffenen Grundrechte von Ärzten außer Verhältnis zum verteidigten Recht des

ungeborenen Lebens beschränkte, womit die betroffenen Grundrechte im Kern verletzt sein könnten.

3.1.

Für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit nicht ausreichende Zweifel bestehen für die Kammer allenfalls an der Geeignetheit des gelgenden Fristenmodells mit einer Beratungs-Angebots-Pflicht und dem Wettbewerbs- und Informationsverbot des § 219a StGB dafür, das Recht des ungeborenen Lebens vor nicht gebotener Unterbrechung zu schützen. Nach den jedermann zugänglichen Statistiken hat sich die Stärke der Geburtenjahrgänge von Frauen in Deutschland seit dem Gipfel Anfang der sechziger Jahre mit dem sog. Pillenknick in zwei Schüben erst bis Anfang der neunziger Jahre um 1/3 und seither auf die Hälfte reduziert. Die nahezu parallele Kurve der Schwangerschaftsabbrüche von Frauen dann im gebärfähigen Alter erreicht von 1996 bis 2004 Werte um 130.000 bis 135.000 und fiel seither in einer Kurve auf etwas über 100.000 Schwangerschaftsabbrüche im Jahr 2017 ab. Mit diesen Zahlen lässt sich weder ein Erfolg noch ein Misserfolg des Beratungskonzepts belegen (Fischer, StGB, a. a. O., vor §§ 281-219b, RN 10 für den Zeitraum 1996 bis 2006). Sexualerziehung und Familienplanung mit einer vorausschauenden und seit einem halben Jahrhundert unproblematisch möglichen Empfängnisverhütung haben lediglich die Geburtenrate insgesamt abgesenkt, nicht aber den relativ gleichbleibenden Anteil an ungewollten Schwangerschaften.

3.2.

Die Grundrechtsbeeinträchtigungen stellen auch keinen übermäßigen Eingriff dar. Die Ärzte können öffentlich am fachlichen Diskurs teilhaben und ihre Dienste jederzeit vermittelt über nicht abtreibende Frauenärzte, Beratungsstellen etc. anbieten.

3.3.

Schließlich ist die Grundrechtsbeeinträchtigung auch nicht unverhältnismäßig. Die gewollte erzieherische Einwirkung auf die Bevölkerung zum Schutz des ungeborenen Lebens, wonach die Abtreibung nicht als eine normale ärztliche Leistung dargestellt und kommerzialisiert werden soll, hat als Normzweck nach Auffassung der Kammer nicht ihre Berechtigung verloren, hält aber der gesellschaftlichen und zuletzt gesetzgeberischen Entwicklung nicht mehr stand. Der Blick ist nicht mehr vorrangig auf die Würde des ungeborenen oder geborenen Kindes gerichtet, das in eine erst dadurch entstehende Familie mit Mutter und Vater hineintritt, eine Familie, die deshalb den besonderen Schutz des Staates genießt (Art. 1 Abs. 1, 6 GG). Auch die Liberalisierung der Abtreibung gehört zur sozialen Strukturverän-

derung mit der Auflösung überkommener familiärer Bindungen, sozialer und sexueller Orientierungen und der zunehmenden Vereinzelung von elterlicher, überwiegend die Mütter treffender Verantwortung mit der Folge sozialer Not (vergl. auch Fischer, StGB, a. a. O., vor §§ 218, 219b RN 10b). Die Ablösung der Sexualmoral von der Fortpflanzungsethik hat der Gesetzgeber mit der Öffnung des Schutzes von Ehe und Familie einschließlich des Adoptionsrechts für gleichgeschlechtliche Paare festgeschrieben und damit die dem Schutz des Kindes dienenden Bestimmungen des Grundgesetzes aus ihrer Ausrichtung auf das Kind herausgelöst und dem Recht der Erwachsenen auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) den Vorzug gegeben (so der Politologe Peter Graf Kielmannsegg, FAZ, Frankfurt 01.02.2018, zitiert nach Internet). An die Stelle des Rechts des Kindes auf den Schutz durch seine Familie und den dahinterstehenden Staat ist das Recht der Erwachsenen auf ein Kind getreten, selbst wenn der natürliche Weg verstellt ist oder verpasst wurde, das Recht über das Kind in unklaren und wechselnden Partnerschaften und Familienverhältnissen oder in elternunabhängigen Erziehungsmodellen, das Recht am Kind als Einkommensfaktor sowie zuletzt das Recht auf kein Kind bei ungewollter Schwangerschaft. Der Wandel im Verständnis ethischer Grundfragen kann verfassungsgemäße Gesetze nicht suspendieren. Sie sind allenfalls zu reformieren.

4.

§ 219a StGB ist anzuwenden. Die Rechtsprechung ist an die von demokratisch legitimierten Parlamenten erlassenen und verfassungsgemäßen Gesetze gebunden, auch wenn das Rechtsempfinden einzelner Gruppen der Bevölkerung oder der gesamten Bevölkerung dem widerspricht. Dann ist der Gesetzgeber gefragt. In der Strafrechtspraxis hatten die Bestimmungen der §§ 218 ff. StGB kaum eine Bedeutung; § 219a StGB bis vor wenigen Jahren überhaupt keine (vergl. Fischer, StGB, a. a. O., vor §§ 218, 219b RN 10b, § 219a RN 1).

Gestört wurde der eingetretene Rechtsfrieden nicht durch die Strafverfolgungsbehörden, sondern durch zwei extreme gesellschaftliche Positionen. Fundamentalistische Befürworter des vorrangigen Schutzes für das ungeborene Leben lehnen den für Schwangerschaftskonfliktfälle gefundenen Kompromiss insgesamt ab und machen über den Nebenschauplatz des § 219a StGB Jagd auf unbewusst und mittlerweile bewusst gegen die teilweise missverständliche Bestimmung des „Werbeverbots“ verstößende Ärzte und erzwingen so in zunehmender Zahl Strafverfahren. Die feministische Gegenseite bestreitet „my body, my choice“ das vorrangige Lebensrecht

des als Schwangerschaftsgewebe definierten Ungeborenen und fordert die Entscheidungsfreiheit der Frau in einem uneingeschränkten Fristenmodell. Die restriktiven Bestimmungen seien aufzuheben. Hierüber hat die Berufungskammer nicht zu befinden.

V.

Die Strafzumessung hatte auf der Grundlage des angedrohten Strafrahmens zu erfolgen. Die Tat ist in § 219 a Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht. Die Strafzumessungserwägungen können hier nicht nach den üblichen Kriterien, etwa der Überprüfung der kriminellen Energie, der erstrebten sittenwidrigen Vorteile, der Vorstrafen oder der Verwertung eines Geständnisses erfolgen, da die Angeklagte aus politischen Gründen die Anwendung des § 219a Abs. 1 StGB erzwingt. Die Angeklagte handelte im vollen Bewusstsein, gegen ein Strafgesetz zu verstößen, und hat ohne Auswirkung auf die strafrechtliche Relevanz aktuell lediglich den Zugang zum inkriminierenden Link ihrer Homepage geändert. Dies verdient Respekt, soweit damit über die Rechtsprechung der Revisionsgerichte, mit der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts oder über eine Gesetzesreform Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geschaffen werden soll. Das Gesetz erzwingt von daher formal eine Sanktion, die aber am unteren Rande zu bleiben hat. Zugunsten der Angeklagten spricht ohnehin zweifelsfrei, dass es ihr nicht darum ging, im Wettbewerb mit anderen Medizinern Patientinnen zu gewinnen. Standesrechtlich unterliegt ihr Internetauftritt keinerlei Bedenken.

Die bemessenen 40 Tagessätze sind in einer Gesamtschau als Sanktion ausreichend und angemessen. Das Nettoeinkommen der freiberuflich als Ärztin tätigen Angeklagten wurde sehr maßvoll mit „...“€ und Tagessätzen zu „...“€ geschätzt. Die Geldstrafe konnte nicht gemäß § 59 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden, da die Angeklagte gerade nicht im Sinne des geltenden Rechts belehrbar ist und die Gewähr einer dementsprechenden Verhaltensänderung gibt.

VI.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 473 Abs. 1 StPO.

Beschluss des OLG Frankfurt am Main vom 26.06.2019

Auf die Revision der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Gießen – 3. kleine Strafkammer – vom 12. Oktober 2018 mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Gießen zurückverwiesen.

Gründe

Das Amtsgericht Gießen hat die Angeklagte mit Urteil vom 24. November 2017 wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a Abs. 1 StGB) zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 150 Euro verurteilt. Die dagegen eingelegte Berufung der Angeklagten hat das Landgericht Gießen verworfen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Angeklagten, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das Urteil hat aufgrund einer nach Erlass des Urteils eingetretenen Gesetzesänderung keinen Bestand.

Nach den Feststellungen führte die Angeklagte, eine Fachärztein für Allgemeinmedizin, in ihrer Praxis auch Schwangerschaftsabbrüche durch. Sie hatte eine Homepage im Internet eingerichtet, die über Suchmaschinen oder die Internetadresse www.kristinahaenel.de erreicht werden kann. Über das Erscheinungsbild und den Inhalt der Homepage hat das Landgericht folgendes ausgeführt:

„Jedenfalls seit dem 22.4.2015 und in unbestimmter Zeit zuvor wurden hier die Kontaktdataen der Praxis bekannt gegeben. Lichtbilder aus der Praxis verschafften einen ersten Eindruck. Vorgestellt wurde das Praxisteam mit einem Arzt für Anästhesiologie, Kranken- und Kinderkrankenschwestern und Fachangestellten. Über den Link ‚Infos‘ gelangte man auf zwei Schaltflächen, die neben der Allgemeinmedizin einen Download über eine PDF-Datei zum Thema ‚Schwangerschaftsabbruch‘ eröffnete. Dort wird auf ausgedruckt zwei DIN A4-Seiten auf die Gesetzeslage zu §§ 218, 219 StGB bzw. § 7 SchKG hingewiesen. Ausdrücklich werden alle drei Methoden (medikamentös, chirurgisch mit örtlicher Betäubung, chirurgisch mit Vollnarkose) des Schwangerschaftsabbruchs auf Kostenübernahme oder für Privatzahlerinnen angeboten. Informiert wird über die Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs in der Praxis, die erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen und über die Methode des medikamentösen Schwangerschaftsabbruchs und den chirurgischen Schwangerschaftsabbruch einschließlich der Entfernung des als solches definierten Schwangerschaftsge-

webes. Aufgeklärt wird auch darüber, ob und welche Gründe gegen die medikamentöse Methode bestünden. Die Interessentinnen werden belehrt über Nebenwirkungen und Komplikationen und das Verhalten nach dem Abbruch. Beschrieben wird der Weg zur Praxis. Die erforderlichen Kontaktdaten werden nochmals mitgeteilt. Belehrt werden die Interessentinnen insbesondere darüber, was sie mitbringen müssten. Aufgelistet sind

- Beratungsbescheinigung über die nach § 219 StGB durchgeführte Beratung oder Indikation nach § 218 StGB
- Blutgruppennachweis
- Versichertenkarte
- Kostenübernahmbescheinigung oder Bargeld
- Überweisungsschein der Frauenärztin/des Frauenarztes.“

Diese Feststellungen des Landgerichts ermöglichen dem Senat nicht die Prüfung, ob das der Angeklagten vorgeworfene Verhalten strafbar ist. Dies zwingt auf die Sachrüge hin zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

Nach Erlass dieses Urteils, mit Wirkung vom 29. März 2019, hat der Gesetzgeber dem § 219a StGB einen neuen Abs. 4 angefügt, wonach § 219a Abs. 1 StGB dann nicht gilt, wenn Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen (1.) auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB vornehmen, oder (2.) auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch hinweisen.

§ 219a Abs. 4 StGB enthält einen Ausnahmetatbestand. Die dort genannten Handlungen fallen nicht mehr unter § 219a Abs. 1 StGB. Die Ausnahmeverordnung umfasst die öffentliche Information über die Tatsache, dass Ärztinnen und Ärzte sowie Krankenhäuser und sonstige Einrichtungen zugelassene Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Darüber hinaus ermöglicht die Vorschrift den öffentlichen Hinweis – etwa durch Verlinkung – auf Informationsangebote neutraler Stellen, die im Gesetz ausdrücklich benannt werden (BT-Drs 19/7693 S. 2, 7, 11). Anders als nach bisher geltendem Recht soll die bloße Information darüber, dass nach § 218a Abs. 1 bis 3 StGB straflose oder nicht rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, nicht mehr unter § 219a Abs. 1 StGB fallen. Werbung bleibt dagegen weiterhin verboten (BT-Drs a. a. O. S. 11).

Dadurch wurde die Strafbarkeit nach § 219a Abs. 1 StGB eingeschränkt. Die neue Rechtslage ist gegenüber der bisherigen Regelung, die zur Tatzeit galt, das mildere Recht (§ 2 Abs. 3 StGB). Gemäß § 354a StPO hat der Senat

Anhang

bei seiner Entscheidung das mildere Strafgesetz zugrunde zu legen (BGHSt 20, 116).

Der Senat kann auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht ausschließen, dass die Anwendung des neuen Rechts zu einer für die Angeklagte günstigeren Bewertung der Tat führt.

Aus den bisherigen Feststellungen ergibt sich nämlich nicht, ob aus der Homepage der Angeklagten darüber hinaus hervorging, dass die Schwangerschaftsabbrüche (nur) unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 StGB durchgeführt werden. Da der Inhalt der Homepage im angefochtenen Urteil nur zusammenfassend wiedergegeben ist, kann der Senat nicht ausschließen, dass entsprechende Feststellungen getroffen werden können. Danach hätte hier der genaue Inhalt der Homepage im Urteil mitgeteilt werden müssen. Ausdrucke des maßgeblichen Internetauftritts zur Tatzeit einschließlich eines Links zu der umfassenden Aufklärung über die Durchführung und die Methoden des Schwangerschaftsabbruchs wurden ausweislich der Urteilsgründe zwar in der Hauptverhandlung verlesen (UA S. 5), nicht aber in die Urteilsgründe mit aufgenommen. Ohne deren genaue Kenntnis kann der Senat nicht prüfen, ob die Informationen auf der Homepage der Angeklagten gemäß § 219a Abs. 4 StGB straflos sind.

Die Sache bedarf daher [...] neuer Verhandlung und Entscheidung.

Urteil des LG Gießen vom 12.12.2019

Das Urteil des Amtsgerichts Gießen vom 24.11.2017 wird im Rechtsfolgen-ausspruch abgeändert und die Angeklagte zu einer Geldstrafe von 25 Tages-sätzen zu je 100,00 € verurteilt. Im Übrigen wird die Berufung verworfen.

Die Angeklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Kosten der Revision und die insoweit entstandenen Auslagen der Angeklagten fallen der Staatskasse zur Last.

Gründe

I.

Mit Urteil vom 24.11.2017 hat das Amtsgericht Gießen die Angeklagte wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 150,- € verurteilt. Gegen dieses Urteil hat die Angeklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Mit Urteil vom 12.10.2018 hat die 3. Strafkammer des Landgerichts Gießen die Berufung der Angeklagten verworfen.

Auf die Revision der Angeklagten hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 26.06.2019, Aktenzeichen 1 Ss 15/19, das Urteil des Landgerichts Gießen – 3. kleine Strafkammer – vom 12. Oktober 2018 unter Berücksichtigung einer nach Erlass des Urteils eingetretenen Gesetzesänderung aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Gießen zurückverwiesen, die auch über die Kosten der Revision zu entscheiden hat.

Die Gründe des Beschlusses des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26.06.2019 enthalten u. a. folgende Ausführungen:

„Diese Feststellungen des Landgerichts ermöglichen dem Senat nicht die Prüfung, ob das der Angeklagten vorgeworfene Verhalten strafbar ist. Dies zwingt auf die Sachrüge hin zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

Nach Erlass dieses Urteils, mit Wirkung vom 29. März 2019; hat der Gesetzgeber dem § 219a StGB einen neuen Abs. 4 angefügt, wonach § 219a Abs. 1 StGB dann nicht gilt, wenn Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen (1.) auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218 Abs. 1 bis 3 StGB vornehmen, oder (2.) auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch hinweisen.

§ 219a Abs. 4 StGB enthält einen Ausnahmetatbestand. Die dort genannten Handlungen fallen nicht mehr unter § 219a Abs. 1 StGB. Die Ausnahmeverordnung umfasst die öffentliche Information über die Tatsache, dass Ärztinnen und Ärzte sowie Krankenhäuser und sonstige Einrichtungen zugelassene Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Darüber hinaus ermöglicht die Vorschrift den öffentlichen Hinweis — etwa durch Verlinkung — auf Informationsangebote neutraler Stellen, die im Gesetz ausdrücklich benannt werden (BT-Drs 19/7693 S. 2, 7, 11). Anders als nach bisher geltendem Recht soll die bloße Information darüber, das nach § 218a Abs. 1 bis 3 StGB straflose oder nicht rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, nicht mehr unter § 219a Abs. 1 StGB fallen. Werbung bleibt dagegen weiterhin verboten (BT-Drs a. a. O. S. 11).

Dadurch wurde die Strafbarkeit nach § 219a Abs. 1 StGB eingeschränkt. Die neue Rechtslage ist gegenüber der bisherigen Regelung, die zur Tatzeit galt, das mildere Recht (§ 2 Abs. 3 StGB). Gemäß § 354a StGB hat der Senat bei seiner Entscheidung das mildere Strafgesetz zugrunde zu legen (BGHSt 20, 116).“

Daraus ergibt sich für die Kammer gemäß § 358 Abs. 1 StPO eine Bindungswirkung insoweit, als die Möglichkeit einer Aussetzung des Verfahrens und eine Vorlage dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 GG verwehrt und daher in diesem Stadium des Verfahrens nicht mehr zu prüfen ist. Die Aufhebung erfolgte nicht aufgrund eines Verfahrensmangels, sondern auf die Sachfrage hin. Die sachlich-rechtliche Prüfung beweist, dass das Revisionsgericht das angewendete Gesetz für verfassungsgemäß gehalten und das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen bejaht hat (Meyer-Gossner/Schmitt, StPO, 62. Auflage, § 358 Rdnr. 4). Zwar enthalten die Gründe des Beschlusses des Oberlandesgerichts keine ausdrücklichen Ausführungen zur Verfassungsgemäßheit des § 219a StGB. Die Zurückverweisung wegen des Darlegungsmangels ist jedoch nur schlüssig unter der Prämisse, dass das Revisionsgericht die Gültigkeit des Gesetzes bejaht.

Die Berufung hat teilweise Erfolg.

II.

Die „...“ Angeklagte „...“ ist von Beruf Fachärztin für Allgemeinmedizin und führt eine allgemeinmedizinische Arztpraxis in Gießen. Neben dem regulären Praxisbetrieb bietet die Angeklagte auch Reittherapien an. Deren Durchführung beansprucht einen zeitlichen Rahmen von ein bis zwei Arbeitstage pro Woche und ist kostendeckend, ohne nennenswerte Gewinnerzielung. Im Übrigen hat die Angeklagte zu ihren Einkommensverhältnissen keine Angaben gemacht. Ihr monatliches Nettoeinkommen

beträgt mindestens „....“ Der Bundeszentralregisterauszug der Angeklagten weist keine Eintragungen auf.

III.

Aufgrund der Berufungshauptverhandlung steht folgender Sachverhalt fest: Die Angeklagte führt eine Arztpraxis für Allgemeinmedizin in „...“ Gießen. Dort führt sie unter anderem auch Schwangerschaftsabbrüche durch. Für ihre Praxis hat sie im Internet die Homepage www.kristinahaenel.de eingerichtet, die frei zugänglich ist und direkt oder über Suchmaschinen erreicht werden kann. Die Eingabe einer E-Mail-Adresse oder eines Passwortes ist nicht erforderlich.

Auf der Homepage standen jedenfalls ab dem 29.04.2015 die Menüpunkte „Home“, „Infos“, „Reittherapie“, „Team“ und „Kontakt“ zur Verfügung. Über das Menü „Infos“ gelangte man zu einer Schaltfläche mit den Auswahlmöglichkeiten „Schwangerschaftsabbruch“ und „Allgemeinmedizin“. Beim Anklicken der Befehlsschaltfläche „Schwangerschaftsabbruch“ wurde eine PDF-Datei zum Download angeboten. In dem Dokument werden auf ausgedruckt zwei DIN A4-Seiten zunächst die gesetzlichen Voraussetzungen für einen legalen Schwangerschaftsabbruch dargelegt. Anschließend wird unter der Überschrift „Durchführung in unserer Praxis“ im Einzelnen ausgeführt, welche Methoden des Schwangerschaftsabbruchs dort möglich sind und welche Schritte vor dem eigentlichen Abbruch in der Praxis zu durchlaufen sind. Unter anderem heißt es dort: „Wir führen alle drei Methoden (medikamentös, chirurgisch mit örtlicher Betäubung, chirurgisch mit Vollnarkose) des Schwangerschaftsabbruchs auf Kostenübername oder für Privatzahlerinnen durch.“ Die unterschiedlichen Methoden des medikamentösen und des chirurgischen Schwangerschaftsabbruchs werden detailliert beschrieben, einschließlich möglicher Nebenwirkungen und Komplikationen.

Der Angeklagten war bewusst, dass sie die Informationen zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen nicht über ihre Homepage der Öffentlichkeit zugänglich machen durfte.

Im Einzelnen hat die PDF-Datei folgenden Inhalt:

Gesetzliche Voraussetzungen

Für einen legalen Schwangerschaftsabbruch in Deutschland handligen Sie entweder

- eine schriftliche Bescheinigung über eine Beratung bei einer nach §219StGB bzw. §7SchKG anerkannten Beratungsstelle oder
- eine schriftliche ärztliche Bescheinigung über das Vorliegen einer medizinischen oder kriminologischen Indikation nach §185GGB

Durchführung in unserer Praxis

Wir führen alle drei Methoden (medikamentös, chirurgisch mit örtlicher Betäubung, chirurgisch mit Vollnarkose) des Schwangerschaftsabbruchs auf Kostenbernahme oder für Privatärzten durch. Nur bei Vollzug einer ärztlichen Indikation werden die Kosten der Behandlung von der Krankenkasse übernommen.

Bei Ihrer Ankunft werden die Unterlagen auf Vollständigkeit überprüft. Danach findet ein Aufnahmegeräusch mit der Arztheflein oder Krankenhausreise statt. Diese Kollegin bleibt dann in der Regel Ihre Bezugsperson während des gesamten weiteren Aufenthaltes. Im Anschluss findet das Gespräch mit der Arzitin statt. Vor dem Schliussschaffabrich führt die Ärztin eine Tastuntersuchung zur Bestimmung der Lage und Größe der Gebärmutter durch. Ebenso wird eine Ultraschalluntersuchung gemacht, um das Schwangerschaftsalter zu bestimmen.

Der weitere Verlauf unterscheidet sich beim medikamentösen und chirurgischen Abbruch.

Medikamentöser Schwangerschaftsabbruch

Ein medikamentöser Abbruch ist in Deutschland nur bis zum 63. Tag nach der letzten Regel möglich (entspricht dem 49. Tag nach der Empfängnis). Das benutzte Medikament ist ein klastisches Hormon (Mifepriston), das die Wirkung des Hormons Progesteron blockiert. Progesteron ist entscheidend an der Entwicklung und Erhaltung der Schwangerschaft beteiligt. Für die medikamentöse Methode sind zwei Termine in unserer Praxis erforderlich.

Chirurgischer Schwangerschaftsabbruch

In der Regel geben wir Ihnen ca. eine Stunde vor Beginn des Eingriffs Medikamente, die die Gebärmutter vorbereiten (Primin). Dadurch wird das Risiko, die Gebärmutter beim Eingriff zu verletzen, verringert. Der chirurgische Schwangerschaftsabbruch kann entweder unter lokaler Betäubung oder mit Vollnarkose durchgeführt werden. Bei einer örtlichen Betäubung wird das Betäubungsmittel in den Muttermund gegeben. Dies wird von vielen Frauen gar nicht bemerkt, obwohl die Angst davor groß ist. Die Nerven am Muttermund reagieren zwar auf Druck sehr empfindlich, aber nicht auf Betäubung.

Die Vollnarkose wird durch einen Narkosearzt durchgeführt, der an einem Tag pro Woche in unserer Praxis anwendet. Die Narkosennadel werden über eine in die Arterie gelegte Nadel gegeben. Kurz darauf werden Sie müde und schlafen ein. Sie werden sich später nicht mehr an den Eingriff erinnern können. Oft erwachen die Frauen nicht eumal, dass sie nach ca. 15 Minuten, wenn der Eingriff beendet ist, selbstständig in den Küherraum geläufen sind.

Zur Vorbereitung des Abbaus wird der Muttermund mit Dehnungstüchern geöffnet. Mit einem Plastikröhrchen wird anschließend das Schwangerschaftsgewebe abgesaugt. Dabei wird auch die obere Schleimhautschicht mit entfernt, die normalerweise bei der Periode abblutet. Das Absaugen dauert nur wenige Minuten. Am Ende zieht sich die Gebärmutter zusammen, um die Blutung zu stoppen, was in etwa dem Gefühl bei der Menstruation oder den Nachschwüren nach einer Geburt entspricht. Es folgt eine Kontrolle, ob die Gebärmutter vollständig entfernt ist. Auch das abgesaugte Gewebe wird kontrolliert. Nach einer abschließenden Ultraschalluntersuchung geben Sie in den Küherraum.

Komplikationen

- Entzündungen der Unterleibsgänge
- Gewebereste, die zu verstörten Blutungen oder auch zu Entzündungen führen können. In seltenen Fällen muss ein weiterer Eingriff erfolgen
- Allergische Reaktionen auf Medikamente
- Verletzungen der Gebärmutter oder des Gebärmutterhalses sowie unregelmäßiger Gewebe
- Bei ernsten Komplikationen kann eine Verteilung ins Krankenhaus erforderlich sein.

Eine evtl. liegende Spinales muss entfernt werden.

Gründe gegen die medikamentöse Methode

- Konkreter Verlust auf eine Schwangerschaft außerhalb der Gebärmutter (z.B. im Eileiter)
- Unverträglichkeit von Prostaglandinen
- Allergie gegenüber Mifepristol
- Chronische Nebenreizuntersitzenz
- Schweres Asthma (Einnahme von Cortisontabletten)
- Leber- und Nierenversagen

ein chirurgischen Abbruch mit örtlicher Betäubung, es sinnvoll, eine leichte Mahlzeit zu sich zu nehmen, aber nicht später als zwei Stunden vorher.

Bei einem chirurgischen Abbruch mit Vollnarkose dürfen Sie 6 Stunden vorher auf keinen Fall essen, trinken oder rauchen. (Nikotin regt die Magensaure an und im Notfall könnte starke Flüssigkeit in die Lunge gelangen!) Bis 1 Stde. vor dem Termin können Sie klare Flüssigkeit (ohne Milch und Zucker) zu sich nehmen.

K H

SCHWANGERSCHAFTS-ABBRUCH

Nach dem Abbruch

Bevor Sie die Praxis verlassen, erhalten Sie von uns ausführliche Informationen, wie Sie sich in den nächsten Tagen verhalten sollen. Bis zu 24 Stunden nach dem Eingriff sollten Sie nicht selbst Auto fahren. Sie bekommen eine Telefonnummer von uns, unter der sie jederzeit auch außerhalb der Sprechstunden jemanden erreichen können. Eine Nachuntersuchung bei Ihrem Ärztin/ Ihrem Arzt in unserer Praxis ist ca. 14 Tage nach dem Abbruch erforderlich. (Beim Medikamentösen Abbruch zwischen dem 10. und 14. Tag nach Mittelgyn-Einnahme). Nur dann kann gewährleistet werden, dass der Abbruch vollständig war und keine gesundheitlichen Nachteile für Sie entstehen.

Verhütung

Der erste Eispunkt nach dem Abbruch findet nach ca. zwei bis vier Wochen statt. Dementsprechend setzt die nächste Regelung nach vier bis sechs Wochen ein. Da Sie direkt nach dem Abbruch wieder empfängnisbereit sind, sollte die Frage der anschließenden Verhütung geklärt sein. Bitte besprechen Sie dieses Thema mit Ihrer Ärztin/Ihrem Arzt. Zur Unterstützung der Gebärmutterrückbildung ist es möglich, direkt mit der Pille zu beginnen. Dies wird aus medizinischen Gründen für den medikamentösen Abbruch empfohlen.

Essen und Trinken, Medikamente

2 Tage vor dem Eingriff dürfen, kein Aspirin oder sonstige Mittel mit Acetylsalicylsäure eingenommen werden. Sollten Sie andere Blutverdunstende Medikamente nehmen oder eine Blutgerinnungstörung haben, besprechen Sie bitte mit uns vorab das weitere Vorgehen.

KRISTINA HÄNEL

ÄRZTIN FÜR ALLGEMEINMEDIZIN

Sexualmedizin

Familienplanung

Schwangerschaftsabbruch

Neuen Bäue 22

35390 Gießen

Fon 0641/3013302

Fax 0641/3013257

www.kristinahaelnel.de

Was müssen Sie mitbringen?

- Beratungsbecheinigung über die nach §219 SGB durchgeführte Beratung oder Indikation nach §218 SGB
- Blutgruppennachweis
- Versichertenkarte
- Kosteilbernahmbecheinigung oder Bargeld
- Überweisungsschein der Frauenärztin des Frauenarztes

Sie sollten bequeme Kleidung tragen sowie Damenthbinde, Socken und ein Badehandtuch für Ihren Aufenthalt im Ruheraum mitbringen.

Anhang

Die Angeklagte erhält für einen durchgeführten Schwangerschaftsabbruch das dafür vorgesehene ärztliche Honorar.

Die Angeklagte betreibt ihre Praxis-Homepage im Wesentlichen unverändert weiter. Die wortgleichen zweiseitigen Informationen zum Schwangerschaftsabbruch sind inzwischen unmittelbar und nicht in Form einer PDF-Datei auf der Seite eingestellt.

Die Angeklagte erstrebt die Abschaffung des § 219a StGB. Der gesellschaftliche Konflikt und die gesetzgeberische Entwicklung sind ihr bekannt, insbesondere auch die Reichweite der Strafvorschrift des § 219a StGB in der alten Fassung und in der Fassung vom 22.03.2019.

IV.

Die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen beruhen auf den glaubhaften entsprechenden Angaben der Angeklagten. Soweit die Angeklagte zu der konkreten Höhe ihres Nettoeinkommens keine Angaben gemacht hat, beruht die entsprechende Feststellung auf einer Schätzung der Kammer, § 40 Abs. 3 StGB. Dabei hat die Kammer berücksichtigt, dass die Angeklagte die allgemeine Praxistätigkeit nur an drei bis vier Tagen pro Woche ausübt und mit den durchgeführten Reitherapien nach ihren unwiderlegten Angaben keinen Gewinn erzielt.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus der ausweislich der Sitzungsniederschrift durchgeführten Beweisaufnahme, insbesondere der geständigen Einlassung der Angeklagten.

Die Angeklagte hat eingeräumt, die Homepage www.kristinahaenel.de zu betreiben. Vom Inhalt der Praxis-Homepage der Angeklagten hat sich die Kammer durch Verlesen und Inaugenscheinnahme der Screenshots und der ausgedruckten PDF-Datei Überzeugung verschafft. Zudem wurde der Aufbau der Homepage von dem Zeugen detailliert dargestellt und von der Angeklagten bestätigt. Insbesondere hat die Angeklagte eingeräumt, dass bereits zum Zeitpunkt der Anzeigenerstattung in dieser Sache im April 2015 die PDF-Datei zum Schwangerschaftsabbruch mit dem Inhalt, wie in der Berufungshauptverhandlung verlesen, zum Download auf ihrer Homepage eingestellt und öffentlich zugänglich war. Diese Datei sei bis heute inhaltlich unverändert, allerdings seit einiger Zeit nicht mehr als Download, sondern direkt auf der Homepage über die Schaltfläche Schwangerschaftsabbruch aufrufbar.

Die Angeklagte hat auch eingestanden, bewusst gegen § 219a StGB zu verstößen, um eine Rechtsänderung auf politischem Wege zu inszenieren oder über eine Vorlage beim Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 GG bzw. eine Verfassungsbeschwerde die verfassungsrechtliche Überprüfung

der Norm zu erreichen. Sie ist der Auffassung, die Vorschrift verstieße in der ursprünglichen, aber auch in der gegenwärtigen Fassung mit eingefügtem Absatz 4 gegen die Kernbereiche der Artikel 5 und 12 des Grundgesetzes zur Informations- und Berufsfreiheit.

V.

Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes ist die Angeklagte schuldig des Werbens für den Abbruch der Schwangerschaft gemäß § 219 a Abs. 1 StGB. Die festgestellte Tathandlung der Angeklagten erfüllt den objektiven Tatbestand des § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

1.

Die Angeklagte hat eigene Dienste zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs angeboten. Unter Anbieten im Sinne von § 219a Abs. 1 StGB ist eine einseitige Erklärung der Bereitschaft zur Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs zu verstehen (Leipziger Kommentar – Kröger, StGB, 12. Aufl., § 219a Rdnr. 4). Die Angeklagte hat auf ihrer Homepage dargelegt, dass sie in ihrer Praxis Schwangerschaftsabbrüche durchführt, die zur Auswahl stehenden Methoden (medikamentös oder chirurgisch) aufgezählt, die Methoden detailliert erläutert, einschließlich möglicher Nebenwirkungen, Komplikationen bzw. Nachteile der jeweiligen Methode, und den Ablauf in ihrer Praxis dargestellt.

Zwar sind die Informationen aufklärend und sachlich. Auch die sachliche Information ohne besonderen werbenden Charakter ist jedoch von der Strafandrohung des § 219a Abs. 1 StGB erfasst, wenn das Anerbieten von einer geldwerten Gegenleistung abhängig gemacht ist. Das ist hier der Fall, denn die Angeklagte zählt in den Informationen zum Schwangerschaftsabbruch unter der Überschrift „Was müssen Sie mitbringen?“ explizit die Kostenübernahmeverklärung oder Bargeld auf.

Eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals „anbieten“ nach Wortsinn und unter Berücksichtigung des Normzwecks und der Gesetzeszesssystematik führen zu keinem anderen Ergebnis. Zwar bezeichnet die amtliche Überschrift der Strafnorm die Tathandlung als Werbung, worunter grundsätzlich eine gezielte oder auch indirekte (psychologische) Beeinflussung zu meist kommerziellen Zwecken zu verstehen ist. Nach dem unmittelbaren Normzweck des als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestalteten § 219a StGB soll jedoch im Hinblick auf Schwangerschaftsabbrüche jeder ansonsten im standesrechtlichen Rahmen erlaubte Wettbewerb um Patientinnen verhindert werden. Denn dem Schutz des ungeborenen Lebens steht die Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen (BT-Drs. 7/1981, 17; Prot. 7/1646), die nach dem eigentlichen Gesetzeswortlaut bereits beim

Vorliegen einer Aufforderung zur Abgabe eines Angebots im Hinblick auf eine entgeltliche Leistung gegeben ist, entgegen. Der Zweck des Verbots des Anbieters eigener Dienste zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs wird auch durch den Annexcharakter der Vorschrift zum Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in § 218 Abs. 1 StGB deutlich.

Eine andere Auslegung der Tathandlung des Anbieters gebietet schließlich auch nicht die am 29.03.2019 in Kraft getretene Vorschrift des § 219a Abs. 4 StGB. Eine grundlegende strukturelle Veränderung des § 219a Abs. 1 StGB hat der Gesetzgeber durch die Einfügung von § 219a Abs. 4 StGB gerade nicht vorgenommen. Vielmehr wurde § 219a StGB in dem neuen Absatz 4 um einen weiteren Ausnahmetatbestand (zu den bereits bestehenden Einschränkungen nach den Absätzen 2 und 3) ergänzt (BT-Drs. 19/7693), der unter den Voraussetzungen der Nr. 1 (Hinweis auf die Tatsache, dass Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB vorgenommen werden) und Nr. 2 (Verweis auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle oder einer Ärztekammer) Tathandlungen des § 219a Abs. 1 StGB tatbestandslos stellt. Die in § 219a Abs. 1 StGB aufgeführten Tathandlungsvarianten des Anbieters, Ankündigens und Anpreisens blieben unangetastet. In der Begründung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 12.02.2019 (BT-Drs. 19/7693) ist zudem ausdrücklich klargestellt, dass § 219a StGB – anders als dessen Überschrift nahelegt – nicht nur werbende Handlungen unter Strafe stellt, sondern bei Personen, die wegen eines eigenen Vermögensvorfalls handeln, worunter insbesondere auch Ärztinnen und Ärzte fallen, die selbst Schwangerschaftsabbrüche durchführen, vielmehr schon die bloße Information darüber, dass sie einen nach § 218a Abs. 1 bis 3 StGB straflosen Schwangerschaftsabbruch durchführen, erfasst, sofern dies öffentlich geschieht.

Das Angebot der Angeklagten ist nach Maßgabe von § 219a Abs. 1 StGB öffentlich, da es sich um eine im Internet frei zugängliche Seite handelt.

2.

Jedoch ist nach dem neu eingefügten § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB die Tathandlung der Angeklagten tatbestandslos, soweit sie darüber informiert hat, dass sie Schwangerschaftsabbrüche als eigene Dienste vornimmt.

Der neu eingefügte § 219a Abs. 4 StGB ist anwendbar. Zwar war die angeklagte Tat vor Inkrafttreten dieser Vorschrift bereits beendet. Die neue Rechtslage ist jedoch gegenüber der bisherigen Regelung, die zur Tatzeit

galt, nach Maßgabe von § 2 Abs. 3 StGB das mildere Recht, da die Strafbarkeit nach § 219 Abs. 1 StGB eingeschränkt wurde.

Anders als nach bisher geltendem Recht gilt nunmehr bei bloßer Information darüber, dass nach § 218a Abs. 1 bis 3 StGB straflose oder nicht rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, § 219a Abs. 1 StGB nicht. Durch den Hinweis auf die gesetzlichen Voraussetzungen für einen legalen Schwangerschaftsabbruch und die Erläuterung, dass die Patientinnen entweder eine schriftliche Bescheinigung über eine Beratung bei einer anerkannten Beratungsstelle oder eine schriftliche ärztliche Bescheinigung über das Vorliegen einer medizinischen oder kriminologischen Indikation benötigen, geht aus der Homepage der Angeklagten ausreichend hervor, dass sie Schwangerschaftsabbrüche nur unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB durchführt.

Der Hinweis auf der Homepage der Angeklagten auf die angewandten Behandlungsmethoden, die detaillierten Beschreibungen der jeweiligen Methoden und die Darstellung des Ablaufs der Behandlung in der Praxis, von der Überprüfung der Unterlagen auf Vollständigkeit, über Aufnahmegericht, Arztgespräch, den einzelnen Untersuchungen und dem eigentlichen Eingriff, bis hin zur Nachuntersuchung, gehen jedoch über die – straflose – Information hinsichtlich der Frage, „ob“ Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, weit hinaus. Die Angeklagte informiert hier ausführlich über das „Wie“ der von ihr durchgeföhrten Schwangerschaftsabbrüche und handelte damit insoweit auch unter Berücksichtigung der Ausnahmeregelung in § 219a Abs. 4 StGB tatbestandsmäßig im Sinne von § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Eine Auslegung dahingehend, dass auch ärztliche Angaben zur Art und Weise des Schwangerschaftsabbruchs unter § 219a Abs. 4 StGB fallen und damit nicht tatbestandsmäßig wären, ist weder mit der Gesetzesystematik noch mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang zu bringen.

Zum einen hätte eine so verstandene Auslegung von § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB zur Folge, dass für den ebenfalls eingefügten § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB kein Anwendungsraum mehr verbliebe. Denn einer gesonderten Erwähnung, dass (auch) die in Nr. 2 genannten mittelbaren Hinweise auf (eigene) ärztliche Behandlungsmethoden straflos sind, hätte es dann nicht mehr bedurft (KG, Beschluss vom 19.11.2019, (3) 121 SS 143/19 (80 + 81/19)). Daher spricht schon die Systematik für einen engen Anwendungsbereich von § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB.

Des Weiteren ergibt sich aus dem Bericht und der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundes-

Anhang

tages vom 20.02.2019 (BT-Drs. 19/7965), dass eine Erlaubnis für die behandelnden Ärztinnen und Ärzte zur Information über die angewandten Behandlungsmethoden im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zwar erwogen worden ist, aber sich dafür keine Mehrheit gefunden hat und daher die Möglichkeit der Verlinkung der Homepage der Ärztekammer als Kompromiss geschaffen worden war. Diesem gesetzgeberischen Willen liefe eine Auslegung des § 219a Abs. 4 StGB dahingehend, dass die behandelnden Ärztinnen und Ärzte unmittelbar auf der eigenen Homepage über die angewandten Schwangerschaftsmethoden informieren dürfen, gerade zuwider.

Schließlich ist eine abweichende Auslegung des § 219a Abs. 4 StGB auch nicht von Verfassungs wegen geboten. Das in § 219a StGB enthaltene Verbot, über § 219a Abs. 4 StGB hinausgehend Informationen zu verbreiten, stellt lediglich einen Eingriff auf unterster Ebene in die Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG dar und ist bloße Folge der Entscheidung für den Arztberuf. Die Einschränkung von ärztlichen Informationsrechten wird durch die in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB eröffnete Möglichkeit, eine Verlinkung zur Seite der Bundesärztekammer herzustellen, auf ein minimales Eingriffsniveau abgesenkt (KG, a. a. O.) und ist im Hinblick auf den gesetzgeberischen Zweck, der Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen entgegenzuwirken, nicht unangemessen. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass sich die Einschränkungen nur auf öffentliche Informationen beziehen und die Information über die praktizierten Behandlungsmethoden in der persönlichen Beratung vollumfänglich möglich ist.

3.

Die Angeklagte handelte auch subjektiv tatbestandsmäßig. Sie hat die Informationen über die Methoden der von ihr durchgeführten Schwangerschaftsabbrüche und den Ablauf in der Praxis wissentlich und willentlich über ihre Praxis-Internetseite der Öffentlichkeit zugänglich gemacht und damit die Tathandlung mit direktem Vorsatz begangen. Dabei hat sie um ihres Vermögensvorteils wegen im Sinne von § 219a Abs. 1 StGB gehandelt, denn ausreichend ist insoweit die Erwartung des regulären Honorars (Fischer, StGB, 67. Auflage, § 219a Rdnr. 13).

4.

Die Angeklagte handelte rechtswidrig und schuldhaft. Insbesondere liegt kein Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB vor. Die Angeklagte strebt eine Abschaffung des § 219a StGB an. Sie hat eingeräumt, bewusst gegen § 219a StGB zu verstößen, um eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsgemäßheit bzw. die Verfassungswidrigkeit der Norm

entweder durch eine Vorlage nach Art. 100 GG oder – nach rechtskräftiger Verurteilung – durch eine Verfassungsbeschwerde zu erreichen. Dementsprechend hat sie nach eigenen Angaben die Informationen über die praktizierten Schwangerschaftsabbruchsmethoden auch unverändert auf ihrer Homepage eingestellt.

Dass sie mit der öffentlichen Bereitstellung der Informationen gegen geltendes Recht, nämlich § 219a StGB, verstößt, war der Angeklagten – wie sie selbst eingeräumt hat – auch bereits seit dem Jahre 2009 bekannt, als ein gleichgelagertes Ermittlungsverfahren gegen sie aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums unter Darstellung der Rechtslage eingestellt worden war.

VI.

Für die Bemessung der zu verhängenden Strafe eröffnet § 219a StGB einen Strafrahmen, der von Geldstrafe bis 2 Jahre Freiheitsstrafe reicht.

Bei der konkreten Strafzumessung war strafmildernd zu berücksichtigen, dass die Angeklagte nicht vorbestraft ist und der angeklagte Tatzeitraum bis April 2015 und daher mehr als vier Jahre zurückreicht. Zugunsten der Angeklagten wirkte sich auch ihr Geständnis aus. Zudem verkennt die Kammer nicht, dass die Angeklagte keine eigennützigen Ziele verfolgt und es ihr auch nicht darum geht, sich im Wettbewerb mit anderen Medizinern einen finanziellen Vorteil zu verschaffen. Schließlich war der Angeklagten zugute zu halten, dass nach der Reform des § 219a StGB sich ihr Fehlverhalten nunmehr auf die Information über das „Wie“ der praktizierten Schwangerschaftsabbrüche beschränkt und diese Informationen sachlich dargestellt sind.

Demgegenüber fiel nicht zu Lasten der Angeklagten ins Gewicht, dass das Einräumen des objektiven Tatgeschehens und des Wissens um die Rechtslage nicht mit einer Einsicht und Verhaltensänderung einhergeht, sondern der Verstoß gegen geltendes Recht bewusst hingenommen und beibehalten wird. Denn diese Haltung der Angeklagten lässt nicht auf eine kriminelle Energie oder beharrliche Ignoranz der Rechtsordnung schließen, sondern ist in ihrem politischen Bestreben um eine Abschaffung des § 219a StGB begründet, die nur über eine Anrufung des Bundesverfassungsgerichts oder eine weitergehende Gesetzesreform erreicht werden kann.

Unter Berücksichtigung aller für und gegen die Angeklagten sprechenden Umstände, insbesondere der vorgenannten, erschien der Kammer eine Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu je 100,- € tat- und schuldangemessen. Die Tagessatzhöhe basiert auf dem geschätzten Nettoeinkommen der Angeklag-

Anhang

ten in Höhe von „...“ und ihren persönlichen Verhältnissen, wie sie die Angeklagte in der Berufungshauptverhandlung angegeben hat.

Die Geldstrafe konnte nicht vorbehalten bleiben. Die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 StGB liegen nicht vor. Denn die Angeklagte ist gerade nicht im Sinne des geltenden Rechts belehrbar und die Gewähr einer dementsprechenden Verhaltensänderung ist gerade nicht gegeben. Die Kostenentscheidung folgt aus § 473 StPO.

Beschluss des OLG Frankfurt am Main vom 22.12.2020

Die Revision der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Gießen – 4. kleine Strafkammer – vom 12. Dezember 2019 wird verworfen. Die Angeklagte hat die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen (§ 473 Abs. 1 StPO).

Gründe

I.

Das Amtsgericht Gießen hat die Angeklagte mit Urteil vom 24. November 2017 (NStZ 2018, 416 m. Anm. Wörner) wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a Abs. 1 StGB a. F.) zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 150,- Euro verurteilt. Die dagegen eingelegte Berufung der Angeklagten hat das Landgericht Gießen mit Urteil vom 12. Oktober 2018 (RDG 2019, 86) verworfen.

Auf die Revision der Angeklagten hat der erkennende Senat mit Beschluss vom 26. Juni 2019 (1 Ss 15/19, StV 2019, 687) das Urteil des Landgerichts Gießen vom 12. Oktober 2018 unter Berücksichtigung einer nach Erlass des Urteils eingetretenen Gesetzesänderung aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Gießen zurückverwiesen.

Das Landgericht Gießen hat mit Urteil vom 12. Dezember 2019 (medstra 2020, 315 = GesR 2020, 397) das Urteil des Amtsgerichts Gießen vom 24. November 2017 im Rechtsfolgenausspruch abgeändert und die Angeklagte zu einer Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu je 100,00 € verurteilt. Im Übrigen hat das Landgericht die Berufung verworfen. Die Strafkammer hat im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen: „[...]“

Gegen diese Verurteilung richtet sich die erneute Revision der Angeklagten, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt.

II.

Die Revision ist unbegründet.

1. Eines näheren Eingehens auf die Voraussetzungen einer von der Revisionsführerin angeregten Aussetzung des Verfahrens zur Einholung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG bedarf es nicht. Dies gilt in gleicher Weise für die Anregung eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH gem. Art. 267 Abs. 1 lit. a i. V. m. Abs. 3 AEUV. Eine – erneute – inhaltliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit am Maßstab des Grundgesetzes und der Vereinbarkeit der Regelung in § 219a StGB i. d. F. v. 22. März 2019 (BGBl. I., S. 350) mit Unionsgrundrechten (vgl. Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016,

Art. 267 Rn. 9) ist nach dem Senatsbeschluss vom 26. Juni 2019 nicht mehr angezeigt. Beide Fragen sind unter dem Gesichtspunkt der Eigenbindung nicht mehr Gegenstand des jetzigen Revisionsverfahrens, § 358 Abs. 1 StPO. Handelt es sich, wie vorliegend, um ein sachlich-rechtliches Aufhebungsurteil, stellen die Beurteilung der Verfassungs- und Europarechtskonformität der angewandten Strafnormen zwingende, vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfende Vorfragen dar (vgl. BVerfGE 4, 1, 5; Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, BGHZ 60, 392, 396 ff.; BGHSt 51, 202, 204 Tz. 11 f.; OLG Bamberg, NJOZ 2017, 1292, 1293 Tz. 4; KG, NStZ-RR 2010, 346, 347 f.; OLG Nürnberg, StV 2000, 573, 574; Franke, in: LR-StPO, 26. Aufl. 2013, § 358 Rn. 7 u. 16 f.; Knauer/Kudlich, in: MüKo-StPO, 2019, § 358 Rn. 7, 10).

2. Die allein erhobene Sachrüge deckt keine Rechtsfehler des angefochtenen Urteils auf.

a. Die Angeklagte hat den Tatbestand der Strafnorm des § 219a StGB n. F. in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt.

Soweit das Landgericht den objektiven Tatbestand des § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Tathandlungsvariante des Anbietens als erfüllt ansieht, ist dies von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

Anbieten meint nach bislang vorherrschendem Verständnis (vgl. Eschelbach, in: BeckOK StGB, 48. Ed., Stand: 1.11.2020, § 219a Rn. 8; R. Merkel, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 11 f.) die einseitige Erklärung der Bereitschaft zur Leistung der Dienste oder Überlassung von Gegenständen oder Verfahren, die zum Schwangerschaftsabbruch geeignet sind. Die so verstandene Tathandlung hat die Angeklagte erfüllt, indem sie auf ihrer Homepage über eine eigene Schaltfläche offeriert hat, in ihrer Praxis Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen, und die hierfür verwendeten Methoden sowie den konkreten Ablauf erläutert hat.

Zum Teil wurde mit Blick auf die Systematik des Gesetzes – amtliche Überschrift „Werbung“ – und den Gesetzeszweck – Verhinderung der Verharmlosung und Eröffnung eines Betätigungsfeldes ausbeuterischer Aktivitäten im Rahmen des Gesamtkonzepts der §§ 218a ff. StGB – ein besonders restriktives Verständnis etwa in der Weise gefordert, dass Anbieten erst dann bejaht werden könne, wenn bestimmte Informationen mehr als nur öffentlich zugänglich gemacht werden und der Inhalt nicht nur lediglich neutral gefasst ist (vgl. Wörner, NStZ 2018, 416; Frommel, JR 2018, 239; dies., in: Festschrift für Fischer, 2018, S. 1049, 1058 f.). Ob dieser restriktiven Auslegung der Vorzug zu geben ist, muss der Senat nicht entscheiden. Mit Einfügung des § 219a Abs. 4 StGB ist dieser Auslegung der Boden

entzogen. Der Gesetzgeber normiert nunmehr in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB die Straffreiheit von Ärzten, die sachlich auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB durchführen. Nur das, was grundsätzlich nach § 219a Abs. 1 StGB strafbar ist, kann sinnvollerweise ausnahmsweise (§ 219a Abs. 4 StGB: „Absatz 1 gilt nicht, wenn ...“) straffrei gestellt werden. Dabei kommt es auf die strafrechtssystematische Einordnung des Absatzes 4, die dem Gesetzgeber ersichtlich nicht vor Augen stand (vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 1 und 11: „[weiterer] Ausnahmetatbestand“; „neue Ausnahmeverordnung“; „Handlungen fallen zukünftig nicht mehr unter § 219a Abs. 1 StGB“), nicht an. Mit der Ergänzung des § 219a Abs. 4 StGB hat der Gesetzgeber jedenfalls im praktischen Ergebnis auch die bloß sachliche Information über das „Ob“ und das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs gemäß § 219a Abs. 1 StGB unter Strafe gestellt (vgl. Wörner, in: Abschiedskolloquium für Groppe, 2020, S. 353, 378).

Auf dieser Grundlage hat das Landgericht zutreffend angenommen, dass die Tathandlung der Angeklagten trotz grundsätzlicher Anwendbarkeit des § 219a Abs. 4 StGB tatbestandsmäßig im Sinne von § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist, soweit die Angeklagte nicht nur darüber informiert hat, dass sie Schwangerschaftsabbrüche durchführt („Ob“), sondern auch ausführliche Informationen und Beschreibungen über das „Wie“ zu den angewandten Methoden und dem gesamten Ablauf der konkreten Maßnahmen vom Aufnahmegericht bis zur Abschlussuntersuchung gibt (vgl. auch KG, StraFo 2020, 300, 302 zur Angabe der Behandlungsmethode und dem Zusatz „in geschützter Atmosphäre“ sowie Dorneck, medstra 2020, 137, 1450; Lorenz/Turhan, JR 2020, 465, 472 ff.; Berghäuser, KriPoZ 2019, 82, 85; Rogall, in: Festschrift für R. Merkel, 2020, S. 1181, 1200; Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, § 219a Rn. 1, 6).

b. Auch die Nachprüfung des Strafausspruchs hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben.

Beschluss des BVerfG vom 10.05.2023

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe

I.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die strafgerichtliche Verurteilung der Beschwerdeführerin, einer Fachärztein für Allgemeinmedizin, auf Grundlage der mittlerweile aufgehobenen Strafvorschrift des § 219a Abs. 1 StGB.

1. Der Wortlaut der Vorschrift des § 219a StGB in der bis zuletzt gelgenden Fassung der Bekanntmachung vom 30. November 2020, gültig ab dem 1. Januar 2021 (BGBl I 2020 S. 2600), lautete wie folgt:

§ 219a

Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft

(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise

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

(2) Absatz 1 Nr. 1 gilt nicht, wenn Ärzte oder auf Grund Gesetzes anerkannte Beratungsstellen darüber unterrichtet werden, welche Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen bereit sind, einen Schwangerschaftsabbruch unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 vorzunehmen.

(3) Absatz 1 Nr. 2 gilt nicht, wenn die Tat gegenüber Ärzten oder Personen, die zum Handel mit den in Absatz 1 Nr. 2 erwähnten Mitteln oder Gegenständen befugt sind, oder durch eine Veröffentlichung in ärztlichen oder pharmazeutischen Fachblättern begangen wird.

(4) Absatz 1 gilt nicht, wenn Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen

1. auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 vornehmen, oder
2. auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch hinweisen.

2. Das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), zur Änderung des Heilmittelwerbegesetzes, zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes, zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch und zur Änderung des Gesetzes zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen vom 11. Juli 2022 (BGBl I S. 1082; im Folgenden: Aufhebungsgesetz) sieht unter anderem folgende Regelungen vor:

Artikel 1

Änderung des Strafgesetzbuches

Das Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2021 (BGBl I S. 4906) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 219a wie folgt gefasst: „§ 219a (weggefallen)“.
2. In § 218b Absatz 2 wird die Angabe „§§ 218, 219a“ durch die Angabe „§§ 218“ ersetzt.
3. § 219a wird aufgehoben.

[...]

Artikel 4

Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch

Vor Artikel 317 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl I S. 469; 1975 I S. 1916; 1976 I S. 507), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 14. September 2021 (BGBl I S. 4250) geändert worden ist, wird folgender Artikel 316n eingefügt:

Artikel 316n

Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), zur Änderung des Heilmittelwerbegesetzes, zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes, zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch und zur Änderung des Gesetzes zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen

(1) Strafgerichtliche Urteile, die aufgrund der folgenden Vorschriften nach dem 3. Oktober 1990 ergangen sind, werden aufgehoben:

1. aufgrund des § 219a des Strafgesetzbuches
 - a) in der vom 16. Juni 1993 bis einschließlich 31. Dezember 1998 gelten-

- den Fassung, b) in der vom 1. Januar 1999 bis einschließlich 28. März 2019 geltenden Fassung,
c) in der vom 29. März 2019 bis einschließlich 31. Dezember 2020 geltenden Fassung oder
d) in der seit dem 1. Januar 2021 geltenden Fassung sowie
2. aufgrund des § 219b des Strafgesetzbuches in der vom 1. Oktober 1987 bis einschließlich 15. Juni 1993 geltenden Fassung.
(2) Die Verfahren, die den in Absatz 1 genannten Urteilen zugrunde liegen, werden eingestellt.

3. Mit Urteil vom 24. November 2017 sprach das Amtsgericht Gießen die Beschwerdeführerin der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft gemäß § 219a Abs. 1 StGB in der bis einschließlich 28. März 2019 geltenden Fassung des Gesetzes schuldig – die Strafnorm enthielt zum damaligen Zeitpunkt noch nicht den erst durch Gesetz vom 22. März 2019 (BGBl I S. 350) eingefügten Privilegierungstatbestand des § 219a Abs. 4 StGB – und verhängte eine Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 150 Euro gegen sie. Der Beschwerdeführerin, die in ihrer Arztpraxis in Gießen Schwangerschaftsabbrüche vornimmt, wurde zur Last gelegt, eine frei zugängliche Internetseite betrieben zu haben, auf welcher sie Informationen über Schwangerschaftsabbrüche verbreitet habe. Dort habe sie eine Datei zur Verfügung gestellt, in welcher sowohl allgemeine Informationen zum Schwangerschaftsabbruch als auch Hinweise zu den in der Praxis verwendeten Methoden enthalten gewesen seien. Die Datei kläre darüber auf, welche Nebenwirkungen und Komplikationen nach der Maßnahme eintreten könnten. Sie habe zudem darüber belehrt, welche Dokumente zu einem Termin mitzubringen seien, so etwa eine Bescheinigung über eine nach § 219 StGB durchgeführte Beratung oder eine nach § 218 StGB bestehende Indikation.

4. Die hiergegen eingelegte Berufung der Beschwerdeführerin verwarf das Landgericht Gießen mit Urteil vom 12. Oktober 2018 als unbegründet.

5. Auf die Revision der Beschwerdeführerin hob das Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 26. Juni 2019 das Berufungsurteil mit den zugrundeliegenden Feststellungen auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts Gießen zurück. Das Revisionsgericht hielt die Feststellungen im landgerichtlichen Urteil für nicht ausreichend, um eine Prüfung vornehmen zu können, ob das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten den Ausnahmetatbestand des zwischenzeitlich in Kraft getretenen § 219a Abs. 4 StGB erfüllt habe.

6. Nach Zurückverweisung verhängte das Landgericht Gießen mit Urteil vom 12. Dezember 2019 unter Abänderung des Rechtsfolgenausspruchs im erinstanzlichen Urteil eine Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu je 100 Euro und verwarf die Berufung im Übrigen.

7. Die erneute Revision der Beschwerdeführerin verwarf das Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 22. Dezember 2020 als offensichtlich unbegründet.

II.

1. Mit ihrer fristgemäß am 18. Februar 2021 eingegangenen Verfassungsbeschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin unmittelbar gegen das Urteil des Landgerichts Gießen vom 12. Dezember 2019 und die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. Juni 2019 und vom 22. Dezember 2020 sowie mittelbar gegen § 219a StGB in der Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 22. März 2019 (BGBl I S. 350). Sie rügt eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 5 Abs. 1 GG, da ihre strafgerichtliche Verurteilung auf einem mit dem Grundgesetz unvereinbaren Strafgesetz beruhe. Sie führt hierzu im Wesentlichen aus, dass die Vorschrift des § 219a StGB nicht nur ungeeignet sei, das mit dieser Strafnorm verfolgte Ziel zu verwirklichen. Die Vorschrift sei zudem nicht erforderlich und mit Blick auf den durch sie bewirkten Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Ärztinnen und Ärzte sowie mit Blick auf die in ihren Informationsmöglichkeiten eingeschränkten Frauen unangemessen. Darüber sieht sich die Beschwerdeführerin in ihrem Recht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt, weil das Oberlandesgericht in seiner ersten Revisionsentscheidung vom 26. Juni 2019 willkürlich die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens zum Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV unterlassen habe.

2. Mit Schriftsatz vom 15. September 2022 äußerte sich die Beschwerdeführerin zu den Konsequenzen, die sich durch den Erlass des Aufhebungsgesetzes vom 11. Juli 2022 auf das Verfassungsbeschwerdeverfahren ergeben. Sie ist der Ansicht, dass hierdurch ihre Beschwerdebefugnis und das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen seien.

Ihre Beschwer entfalle nur dann, wenn der durch das Aufhebungsgesetz eingeführte Art. 316n EGStGB, mit dem die sie betreffenden strafgerichtlichen Urteile aufgehoben worden sind, wirksam, also verfassungskonform erlassen worden sei. Ansonsten bestehe das Risiko, dass die Vorschrift einer nicht fristgebundenen abstrakten Normenkontrolle unterzogen werde. Dabei könnte das Bundesverfassungsgericht zum Ergebnis kommen, dass die

Vorschrift verfassungswidrig sei. Hierdurch würden die strafgerichtlichen Urteile wohl wieder aufleben. Würde das vorliegende Verfassungsbeschwerdeverfahren als erledigt angesehen werden, wäre es ihr dann nicht möglich, erneut Verfassungsbeschwerde gegen die strafgerichtlichen Entscheidungen zu erheben, weil die hierfür geltende Frist verstrichen wäre. Das Risiko wieder auflebender strafgerichtlicher Urteile sowie die möglicherweise jahrzehntelange Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Einleitung eines etwaigen abstrakten Normenkontrollverfahrens seien der Beschwerdeführerin nicht zumutbar. Aus diesem Grund müsse Art. 316n EGStGB im Rahmen des vorliegenden Verfassungsbeschwerdeverfahrens inzident auf seine Verfassungsmäßigkeit geprüft werden. Bislang sei nicht geklärt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber strafgerichtliche Urteile aufheben dürfe. Offen sei vor allen Dingen, ob es für die Rechtfertigung des mit der rückwirkenden Aufhebung von Strafurteilen verbundenen Eingriffs in den Gewaltenteilungsgrundsatz darauf ankomme, ob die den aufgehobenen Urteilen zugrundeliegende Strafnorm, das heißt hier der § 219a StGB, selbst verfassungswidrig gewesen sei. Im Rahmen der Inzidentprüfung des Art. 316n EGStGB müsse der Senat diese Frage beantworten und je nach Ergebnis auch den § 219a StGB auf seine Verfassungsmäßigkeit hin prüfen. Erweise sich hierbei dessen Verfassungswidrigkeit, möge zwar die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde entfallen. Mit der Verfassungswidrigkeiterklärung des § 219a StGB hätte die Beschwerdeführerin indes ihr Rechtsschutzziel erreicht.

Selbst wenn Art. 316n EGStGB unabhängig von der Verfassungswidrigkeit des § 219a StGB als wirksam angesehen würde und die angegriffenen Gerichtsentscheidungen aufgehoben blieben, bestünde die Beschwerde der Beschwerdeführerin fort. Sie könnte weiterhin als rechtmäßig verurteilte Straftäterin qualifiziert und stigmatisiert werden. Es bestehe ein Unterschied darin, ob strafgerichtliche Urteile aus politischen Gründen durch den Gesetzgeber oder aus verfassungsrechtlichen Gründen durch das Bundesverfassungsgericht aufgehoben würden. Nur im letzteren Fall stünde fest, dass die Beschwerdeführerin zu Unrecht verurteilt worden sei. Allein diese Feststellung ließe die Beschwerde entfallen.

Schließlich bestehe die Beschwerde auch deshalb fort, weil Art. 316n EGStGB die verhängte und durch die Beschwerdeführerin entrichtete Geldstrafe unberührt lasse. Die Rückzahlung der Geldstrafe oder eine Entschädigung für die Verurteilung seien gesetzlich nicht vorgesehen.

III.

1. Das Bundesministerium der Justiz hat für die Bundesregierung Stellung zu den Auswirkungen des Erlasses des Aufhebungsgesetzes auf das vorliegende Verfassungsbeschwerdeverfahren genommen. Es ist der Ansicht, dass die Verfassungsbeschwerde durch die gesetzgeberischen Maßnahmen unzulässig geworden sei. Sowohl der mittelbar angegriffene § 219a StGB als auch die hierauf beruhenden Urteile seien aufgehoben worden. Dadurch habe sich das Rechtsschutzanliegen der Beschwerdeführerin erledigt. Sie habe auch nicht hinreichend substantiiert geltend gemacht, dass das Rechtsschutzbedürfnis trotz Erledigung fortbestehe. Einer Entscheidung über die mit der Verfassungsbeschwerde verbundenen verfassungsrechtlichen Fragen käme keine Bedeutung für Dritte zu, weil die Strafnorm und die hierauf ergangenen Urteile aufgehoben worden seien. Soweit es allein die Beschwerdeführerin betreffe, begründe die bloße Möglichkeit einer künftigen abstrakten Normenkontrolle von Art. 316n EGStGB und das mögliche Wiederaufleben der angegriffenen Gerichtsentscheidungen keine hinreichende und gegenwärtige Beschwer. Andernfalls wäre aus der bloßen Möglichkeit, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Regelung erlassen könnte, eine Beschwer abzuleiten. Eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde liefe auf ein unzulässiges Gutachtenverfahren hinaus. Es könne offenbleiben, ob im Fall eines erfolgreichen Normenkontrollverfahrens die gegen die Beschwerdeführerin ergangenen Urteile tatsächlich wiederaufleben würden. Denn es käme auch in Betracht, dass das Bundesverfassungsgericht sich auf die Feststellung der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz beschränke. Ebenso verhalte sich die Beschwerdeführerin nicht dazu, warum bei Wiederaufleben eines Strafurteils nicht die Frist des § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG erneut zu laufen beginnen sollte. Mit der Aufhebung des § 219a StGB und der damit einhergehenden Amnestie sei die Beschwerdeführerin darüber hinaus umfassend rehabilitiert worden. Dass die Entlastung lediglich politisch motiviert gewesen sein soll, überzeuge nicht, weil auch die Belastung durch Strafnormen regelmäßig das Ergebnis einer politischen Entscheidung sei. Soweit die Beschwerdeführerin vortrage, sie sei weiterhin beschwert, weil das Aufhebungsgesetz keine Rückzahlung der bereits entrichteten Geldstrafe vorsehe, habe sie nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, inwieweit sie versucht habe, unter Berufung auf § 13 der Einforderungs- und Beitreibungsanordnung (EBAO) eine Rückzahlung der entrichteten Geldstrafe zu erreichen.

2. Der Generalbundesanwalt vertritt ebenfalls die Auffassung, dass die Beschwerdebefugnis mit Inkrafttreten des Art. 316n EGStGB entfallen sei.

Die unmittelbar angegriffenen Gerichtsentscheidungen seien aufgehoben, das Strafverfahren endgültig eingestellt worden. Es liege auch kein Grund vor, der trotz Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzzieles zur Annahme eines fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnisses führe. Eine Wiederholungsgefahr komme nicht in Betracht, weil die Strafnorm des § 219a StGB aufgehoben worden sei und künftige Verurteilungen nicht zu besorgen seien. Bei dem Grundrechtseingriff handele es sich auch nicht um einen Hoheitsakt, dessen Belastung sich üblicherweise auf eine so kurze Zeitspanne beschränke, dass innerhalb dieses Zeitraums eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu erlangen sei. Weiterhin unterbleibe nicht die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung. Die Grundsätze für die Beurteilung der mit der Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Fragestellung seien bereits durch die Senatsentscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch – die Urteile des Ersten Senats vom 25. Februar 1975 (BVerfGE 39, 1) und des Zweiten Senats vom 28. Mai 1993 (BVerfGE 88, 203) – geklärt. Schließlich liege kein Fall einer fortdauernden Beeinträchtigung vor. Das folge nicht aus der von der Beschwerdeführerin entrichteten Geldstrafe. Die Rechtsfolgen der durch Gesetz erfolgten Urteilsaufhebung und Verfahrenseinstellung seien dieselben, die im Fall der Aufhebung einer rechtskräftigen Verurteilung im Wiederaufnahmeverfahren und eines anschließenden Freispruchs einträten. In beiden Fällen seien die Rechtsfolgen der aufgehobenen Entscheidung möglichst rückgängig zu machen. Eine bereits vollstreckte Geldstrafe sei daher zurückzuzahlen. Das ergebe sich bereits aus dem allgemeinen Rechtsgedanken der ungefertigten Bereicherung, sei aber auch ausdrücklich in § 13 Abs. 1 und 2 EBAO geregelt. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach der Aufhebung ihrer Verurteilung durch den Gesetzgeber eine geringere Rehabilitierungswirkung als der Aufhebung durch das Bundesverfassungsgericht zukomme, könne nicht nachvollzogen werden. In beiden Fällen trete die rehabilitierende Wirkung durch die Entscheidung eines Verfassungsorgans ein. Es sei nicht erkennbar, inwieweit von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine stärkere Rehabilitierungswirkung ausgehen könne. Ob der vom Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 316n EGStGB vor genommene Eingriff in die Gewaltenteilung einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten würde, sei im vorliegenden Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht zu prüfen. Die Beschwerdeführerin werde von Art. 316n EGStGB nicht beschwert. Die von ihr angestellten hypothetischen Erwagungen zu einer möglichen Aufhebung von Art. 316n EGStGB in einem abstrakten Normenkontrollverfahren könnten weder eine inzidente Über-

prüfung der Norm rechtfertigen noch seien sie geeignet, eine gegenwärtige Beschwer zu begründen.

3. Die Beschwerdeführerin hat auf die Stellungnahmen des Bundesministeriums der Justiz und des Generalbundesanwalts erwidert und dabei ihr Vorbringen wiederholt und vertieft. Ergänzend hat sie vorgetragen, am 23. Februar 2023 bei der Staatsanwaltschaft Gießen einen Antrag auf Erstattung der entrichteten Geldstrafe gestellt zu haben.

4. Die Akten des Ausgangsverfahrens 406 Js 15031/15 haben der Kammer vorgelegen.

IV.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, da Annahmegründe nach § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte der Beschwerdeführerin angezeigt. Denn die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig. Das Rechtsschutzziel der Beschwerdeführerin hat sich erledigt (1.). Sie hat nicht hinreichend substantiiert dazu vorgetragen, dass sie trotz der Erledigung über ein fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis verfügt (2.).

1. a) Soweit sich die Beschwerdeführerin weiterhin gegen das Urteil des Landgerichts Gießen vom 12. Dezember 2019, die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. Juni 2019 und vom 22. Dezember 2020 sowie mittelbar gegen § 219a StGB wendet, hat sich ihr Rechtsschutzziel erledigt. Die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde als Voraussetzung für eine Entscheidung zur Sache muss noch im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsbeschwerde gegeben sein (vgl. BVerfGE 21, 139 <143>; 30, 54 <58>; 33, 247 <253>; 56, 99 <106>; 106, 210 <214>). Daran fehlt es hier. Die rückwirkende Aufhebung der unmittelbar angegriffenen Gerichtsentscheidungen durch Art. 316n Abs. 1 Nr. 1 EGStGB und des mittelbar angegriffenen § 219a StGB durch Art. 1 Nr. 3 des Aufhebungsgesetzes hat dazu geführt, dass sich das mit der Verfassungsbeschwerde verfolgte Begehren erledigt hat. Die angegriffenen Hoheitsakte entfalten gegenüber der Beschwerdeführerin keine belastenden Wirkungen mehr. Der verfassunggerichtliche Rechtsschutz ist damit nicht mehr notwendig, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung abzuwehren oder zu beseitigen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 3. November 2015 – 2 BvR 2019/09 –, Rn. 21).

b) Der Eintritt einer erledigenden Situation wird nicht – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht – dadurch in Frage gestellt, dass Art.

316n EGStGB im Rahmen einer möglicherweise in der Zukunft stattfindenden Normenkontrollverfahrens für verfassungswidrig erklärt werden könnte und in der Folge die aufgehobenen Urteile wieder aufleben würden.

aa) Die Verfassungsbeschwerde ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf, der dem Einzelnen zur Verteidigung seiner Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte eingeräumt ist. Darüber hinaus hat sie die Funktion, das objektive Verfassungsrecht zu wahren und seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen (vgl. BVerfGE 33, 247 <258 f.>; 98, 218 <242 f.>; 124, 300 <318>; 126, 1 <17>). Für den Zweck der Grundrechtsverteidigung der Beschwerdeführerin ist eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Art. 316n EGStGB nicht erforderlich. Die genannte Regelung ist weder Gegenstand dieses Verfassungsbeschwerdeverfahrens noch ist die Beschwerdeführerin durch dieses Gesetz beschwert. Die Regelung wirkt sich vielmehr ausschließlich begünstigend auf ihre Grundrechtsposition aus, indem sie die gegen sie ergangenen Gerichtsentscheidungen und die zugrundeliegende Strafnorm des § 219a StGB aufgehoben hat. Insofern kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Klärung der Verfassungsmäßigkeit von Art. 316n EGStGB einen Beitrag dazu leisten könnte, das objektive Verfassungsrecht zu wahren und fortzubilden. Denn die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde ist dem vorrangigen Zweck des Grundrechtsschutzes untergeordnet (vgl. Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 Rn. 9 <Jan. 2022>; Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 93 Rn. 406). Aus der in erster Linie zu betrachtenden Perspektive des Individualrechtsschutzes ist das Anliegen der Beschwerdeführerin vollständig erreicht. Einer weiteren Klärung verfassungsrechtlich bedeutsamer Fragen bedarf es insoweit nicht.

bb) Im Übrigen kann ein mögliches Normenkontrollverfahren nicht durch eine Inzidentprüfung – hier des Art. 316n EGStGB – innerhalb eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens ersetzt werden. Ansonsten würden die notwendige Abgrenzung und Balance zwischen den einzelnen Verfahrensarten unterlaufen werden (vgl. BVerfGE 98, 265 <318 f.>). Prinzipiale Normenkontrollverfahren sind abschließend in den Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG vorgesehen und an bestimmte Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft. So sind im ersten Fall nur die Bundesregierung, die Landesregierungen oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages, im letzteren Fall nur die mit der Anwendung und Auslegung der streitigen Norm befassten Gerichte antragsbefugt. Wollte man zulassen, dass im Verfassungsbeschwerdeverfahren Normen zur verfassungsgerichtlichen Prüfung gestellt werden könnten, von denen wie vorliegend für die Be-

schwerdeführerin keine gegenwärtige Beschwer ausgeht und die sie selbst mit der Verfassungsbeschwerde mangels eigener rechtlicher Betroffenheit nicht angreifen könnte, wäre dies mit der aufgezeigten gesetzlichen Systematik nicht vereinbar.

cc) Insofern kann dahinstehen, ob das im Rahmen einer Prüfung von Art. 316n EGStGB angerufene Bundesverfassungsgericht im Fall eines erfolgreichen Normenkontrollverfahrens die Nichtigkeit der angegriffenen Norm aussprechen und damit – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht – ein Wiederaufleben der aufgehobenen Strafurteile einschließlich ihrer eigenen Verurteilung bewirken könnte. Es spricht sehr viel dafür, dass eine solche Rechtsfolge im Hinblick auf rechtsstaatliche Grundsätze, insbesondere den Vertrauensschutz der von der Aufhebung der strafgerichtlichen Verurteilungen Begünstigten, ausgeschlossen wäre. Für den Fall der Verfassungswidrigkeit des Art. 316n EGStGB käme daher wohl allein eine Unvereinbarerklärung der Norm in Betracht, die die Aufhebung der betroffenen strafgerichtlichen Urteile unberührt ließe.

2. Bei Erledigung des Rechtsschutzzieles einer Verfassungsbeschwerde besteht das Rechtsschutzbedürfnis nur in eng begrenzten Ausnahmefällen fort. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

a) Ein fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis kann nicht unter dem Gesichtspunkt einer Wiederholungsgefahr angenommen werden. Das setzt eine hinreichend konkretisierte Möglichkeit voraus, dass die Beschwerdeführerin erneut ähnlichen Hoheitsakten ausgesetzt wird, die sie bereits angegriffen hat (vgl. BVerfGE 103, 44 <58 f.>; 104, 220 <223>; 116, 69 <79>; BVerfGK 6, 260 <263>). Eine solche Möglichkeit ist hier ausgeschlossen. Der mittelbar angegriffene § 219a StGB wurde ersatzlos aufgehoben. Künftige Verurteilungen der Beschwerdeführerin wegen Werbens für Schwangerschaftsabbrüche kommen daher nicht in Betracht.

b) Ein fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis kann weiterhin nicht damit begründet werden, dass sich die durch den angegriffenen Hoheitsakt einhergehende Belastung auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher die Beschwerdeführerin nach dem regelmäßigen Geschäftsgang eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kaum erlangen konnte und ihr Grundrechtsschutz anderenfalls in unzumutbarer Weise verkürzt würde (vgl. BVerfGE 9, 89 <93 f.>; 107, 299 <311>; 153, 1 <32 Rn. 75> m. w. N.). Um eine solche Konstellation geht es vorliegend nicht.

c) Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht auch nicht deshalb fort, weil ansonsten die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung unterbliebe und der gerügte Grundrechtseingriff besonders be-

lastend erscheint (vgl. BVerfGE 81, 138 <140>; 91, 125 <133>; 97, 298 <308>; 119, 309 <317>). Die Frage, ob die angegriffenen Hoheitsakte in besonders belastender Weise in die Grundrechte der Beschwerdeführerin eingegriffen haben, muss dabei nicht geklärt werden. Denn jedenfalls besteht für das nicht mehr geltende Recht kein über den Einzelfall hinausgehendes Interesse, seine Verfassungsmäßigkeit auch noch nach seinem Außerkrafttreten zu klären (vgl. BVerfGE 91, 186 <200>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 1. März 2010 – 1 BvR 2380/09 –, Rn. 6; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 4. November 2010 – 1 BvR 661/06 –, Rn. 4; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21. August 2018 – 1 BvR 2674/17 –, Rn. 4).

d) Ein schutzwürdiges Rechtsschutzinteresse besteht schließlich nicht unter dem Gesichtspunkt einer fortdauernden Beeinträchtigung (vgl. BVerfGE 33, 247 <257 f.>; 69, 161 <168>; 81, 138 <140>).

aa) Die Beschwerdeführerin macht insoweit ein Rehabilitationsinteresse geltend (vgl. zu dieser Fallgruppe BVerfGE 148, 267 <278 f. Rn. 28>; 148, 296 <341 f. Rn. 108>). Sie trägt hierzu vor, dass sie trotz Aufhebung der strafgerichtlichen Urteile weiterhin als verurteilte Straftäterin bezeichnet und dadurch stigmatisiert werden könnte. Nur dann, wenn das Bundesverfassungsgericht die Strafnorm des § 219a StGB für verfassungswidrig erklären würde, stünde fest, dass sie zu Unrecht verurteilt worden sei. Dies sei hingegen nicht der Fall, wenn der Gesetzgeber die Strafnorm und die strafgerichtlichen Entscheidungen lediglich aus politischen Gründen aufgehoben habe. Diese Argumentation geht fehl.

Der Gesetzgeber hat durch den Erlass von Art. 316n Abs. 1 Nr. 1 EGStGB die gegen die Beschwerdeführerin ergangenen strafgerichtlichen Entscheidungen aufgehoben. Für den Eintritt dieser Rechtsfolge spielt es keine Rolle, ob das Aufhebungsgesetz verfassungsmäßig ist. Mit der Aufhebung der strafgerichtlichen Verurteilung der Beschwerdeführerin und der zugrundeliegenden Strafnorm des § 219a StGB wurde die Beschwerdeführerin umfassend rehabilitiert. Dies entspricht auch der erklärten Absicht des Gesetzgebers. Wie der Begründung zum Gesetzentwurf zu entnehmen ist (BT-Drucks. 20/1635, S. 11 f.), war sich der Gesetzgeber bei Erlass des Art. 316n EGStGB bewusst, dass die nachträgliche Aufhebung von rechtskräftigen Gerichtsurteilen durch den Gesetzgeber eine Maßnahme darstellt, die in einem Rechtsstaat besonderer Rechtfertigung bedarf. Diese Rechtfertigung hat er vorliegend ausdrücklich aus einem seiner Ansicht nach bestehenden Rehabilitierungsauftrag für die nach § 219a StGB Verurteilten abgeleitet. Insofern darf sich die Beschwerdeführerin darauf berufen, keine verurteilte

Straftäterin mehr zu sein. Welche zusätzliche Rehabilitationswirkung von einer verfassungsgerichtlichen Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 219a StGB ausgehen sollte, erschließt sich daher nicht.

bb) Der Umstand, dass die entrichtete Geldstrafe der Beschwerdeführerin noch nicht erstattet wurde, führt ebenfalls nicht zu einer fortdauernden Belastung. Der Wortlaut des § 13 Abs. 1 EBAO sieht vor, dass die Vollstreckungsbehörde die Zurückzahlung zu Unrecht vereinnahmter oder aufgrund besonderer Ermächtigung zurückzuzahlender Geldbeträge anordnet. Die durch den Gesetzgeber angeordnete Aufhebung des Urteils des Landgerichts Gießen vom 12. Dezember 2019 nebst der dort verhängten Geldstrafe dürfte jedenfalls unter den Tatbestand eines zu Unrecht vereinnahmten Geldbetrags fallen. Ähnlich wie nach einem erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren gemäß den §§ 359 ff. StPO ist die Rechtsgrundlage für die erbrachte Leistung der Beschwerdeführerin nachträglich entfallen (vgl. Berendt, in: Dörndorfer/Wendtland/Gerlach/Diehn, BeckOK Kostenrecht, § 13 EBAO Rn. 2 <April 2023>; Dörndorfer, in: Binz/Dörndorfer/Zimmermann, GKG, FamGKG, JVEG, 5. Aufl. 2021, § 13 EBAO Rn. 1). Der Umstand, dass eine Erstattung nach § 13 Abs. 1 EBAO grundsätzlich von Amts wegen zu erfolgen hat, hier nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin bislang noch nicht geschehen ist, ändert nichts daran, dass es der Beschwerdeführerin offen steht und ihr zumutbar ist, die von ihr bereits beantragte Rückforderung der Geldstrafe weiter zu betreiben und gegen ablehnende Entscheidungen den hierfür eröffneten Rechtsweg zu beschreiten.

Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Frauke Brosius-Gersdorf, Prof. Dr., LLM, Professorin für Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht an der Universität Potsdam, Mitglied der Kommission der Bundesregierung „Reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“, stellvertretendes nicht berufsrichterliches Mitglied des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen.

Kristina Hänel, Fachärztin für Allgemeinmedizin, mehrfache Preisträgerin, u. a. Anne-Klein-Frauenpreis (2019) und Katharina-Zell-Preis (2019).

Jessica Hamed, Rechtsanwältin, Publizistin, Lehrbeauftragte an der Hochschule Mainz und beim Bundeskriminalamt, Mitglied im Zentrum für interdisziplinäre Forensik an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, stellvertretende ifw-Direktorin.

Karlheinz Merkel, Dr. jur. (verst.), Rechtsanwalt, juristischer Vertreter und Berater von Kristina Hänel beim Prozess nach § 219a StGB von Anfang 2018 bis zu Karlheinz Merkels unerwartetem Tod im Mai 2020.

Reinhard Merkel, Prof. Dr., Professor em. für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg, ehemaliges Mitglied im Deutschen Ethikrat, Mitglied der Nationalen Akademie der Wissenschaften „Leopoldina“, Mitglied im Netzwerk Wissenschaftsfreiheit, ifw-Beirat.

Jacqueline Neumann, Dr. jur., Verwaltungsjuristin, Kuratorin der Giordano-Bruno-Stiftung, ifw-Beirätin.

Ali B. Norouzi, Prof. Dr., Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

Jörg Scheinfeld, Prof. Dr., Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, ifw-Direktor.

Michael Schmidt-Salomon, Dr. phil., Philosoph, Mitbegründer und Vorsitzender der Giordano-Bruno-Stiftung, Autor zahlreicher Bücher, zuletzt: „Die Evolution des Denkens“ (Piper 2024), ifw-Direktorium.

