

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 Schwangerenhilfenergänzungsgesetz), die auf S. 5 des Urteils offenbar in Bezug genommen wird. Es verkennet 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 gerechtfertigt. Der Tatbestand ist komplex und erfasst eine Reihe unterschiedlicher 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 reißerischen „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 rechtfertigen 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 Gegenüberstellung von behaupteten Grundrechten kann eine Prüfung der Verfassungsgemäßheit 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 gesetzgebende 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 Schwangerschaftsabbrüche 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 „Werbeverbot“ (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 erklärten 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) erklärten 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 unseriöse 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: Hömig, 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 rechtmäßig, 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 wohlbegründete 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 1.1. 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 *Strafandrohung* zur Verhinderung sachlich korrekter Hinweise auf rechtmäßige Hilfe in einer unzumutbaren Notlage verfassungsgemäß sein kann. Die Antwort 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 folgt 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“ beiträgt.

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. Schwangerenentlastungsgesetz, 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 Schutzgutes 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, I. 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 führt 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 gefallen 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 tötete. 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 irriige 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 hilfeschuchende 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 Begehren gegebenenfalls unter moralischer Missbilligung abgewiesen zu werden, noch einmal.

Das Verweisen der hilfeschuchenden 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 eingeeht und mit Sanktionen abgesichert. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass nur solche werbebeschränkenden 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 „babycaust“ (Betreiber der zweite Aktivist: K. G. Annen) weist mehr als 170 namentlich aufgeführte Ärztinnen/Ärzte aus, die von Hr. Annen oder Hr. 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 Anzeigererstatte – 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 Bagatelldarakter einzustellen. Auch dies haben die Anzeigererstatte 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 selbsterannten Hütern 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 milderes 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.

