

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales
Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht

AUGSBURGER PAPIERE ZUR KRIMINALPOLITIK –

AUGSBURG PAPERS ON CRIMINAL LAW POLICY

Michael Kubiciel (Hrsg.)

Strafbare Werbung für Schwangerschaftsabbrüche – verfassungswidrig und reformbedürftig?

Michael Kubiciel

Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 4/2017

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht,
Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht

Prof. Dr. Michael Kubiciel

Universität Augsburg

Universitätsstr. 24

86159 Augsburg

michael.kubiciel@jura.uni-augsburg.de

Dieses Dokument steht unter dem Schutz des deutschen Urheberrechts. Anfragen zur Nutzung
richten Sie bitte an die o.g. Adressen.

Strafbare Werbung für Schwangerschaftsabbrüche – verfassungswidrig und reformbedürftig?

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

I. Hintergrund

Mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren wird bestraft, wer öffentlich durch Verbreiten von Schriften seines Vermögensvorteils wegen eigene Dienste zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs anbietet oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt (§ 219 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Eine Gießener Ärztin hatte auf der Homepage ihrer Praxis darauf hingewiesen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche vornehme, und mittels einer automatisiert versandten E-Mail über die Voraussetzungen und Umstände eines Abbruchs informiert.

Das Amtsgericht Gießen hat diese Ärztin nach § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB zur Zahlung einer – vergleichsweise moderaten – Geldstrafe von 40 Tagessätzen verurteilt. Die von der Verteidigung geforderte Aussetzung des Verfahrens zur Klärung der Verfassungsmäßigkeit des § 219a StGB lehnte das Gericht ab: Die von Art. 100 Abs. 1 GG vorausgesetzten Zweifel an der Grundrechtskonformität des Tatbestandes bestünden nicht. Die Verteidigung hat Rechtsmittel angekündigt. Medien sprechen von einem Skandalurteil, Beobachter attestieren dem Gesetz, es sei verfassungswidrig, und fordern eine Änderung des Strafgesetzbuchs: Das Gesetz gehöre „auf den Müllhaufen der Geschichte“, wird eine Vertreterin der Linkspartei zitiert.¹ Manche fordern darüber hinaus eine stärkere Liberalisierung des Rechts auf Schwangerschaftsabbruch: Letzterer solle eine „normale Sache“ sein.²

Was ist von der Aufregung zu halten? Sollte der Gesetzgeber auf die Medienberichte und rechtspolitische Kritik schnell reagieren? Meines Erachtens: nein. Denn wer die Gesamtkonzeption der §§ 218 ff. StGB betrachtet, sollte zu dem Ergebnis gelangen, dass Aktionismus mehr schaden als nützen wird.

* Eine frühere Fassung ist publiziert worden in Heft 1/2018 der ZRP. Die vorliegende aktualisierte Version wertet neuere Erkenntnisse zur Gesetzgebungsgeschichte sowie zwischenzeitlich erschienene Literatur aus und setzt sich mit der Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises auseinander, dem der Verf. angehört, ohne aber den Inhalt der Stellungnahme zu teilen.

¹ Zitiert nach FAZ Einspruch v. 27.11.2017. Abrufbar unter: <http://einspruch.faz.net/recht-des-tages/2017-11-27/weiter-streit-um-abtreibung/19163.html>.

² Horn, Spiegel Online vom 24.11.2017. Abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/abtreibung-urteil-gegen-eine-aerztin-kommentar-warum-das-ein-skandal-ist-a-1180243.html>.

II. Verfassungskonformität des § 219a StGB

1. *Kein nationalsozialistisches Gedankengut, sondern liberaler Hintergrund in der Weimarer Republik*

Zunächst sei klargestellt, dass der von manchen Medien mitgeteilte Hinweis, der Tatbestand stamme aus der „Nazizeit“,³ unrichtig ist. Die Vorschrift trat zwar 1933 in Kraft, wurde aber noch während der kriminalrechtspolitisch liberalen Zeit der Weimarer Republik konzipiert, um einer sich ausbreitenden Werbung für Schwangerschaftsabbrüche entgegenzutreten. Sämtliche Entwürfe für ein Allgemeines Deutsches Strafgesetzbuch (E-1919, E-1922, E-1925) haben nämlich das öffentliche Ankündigen von Verfahren für Schwangerschaftsabbruch kriminalisiert. Der Entwurf von 1927 hat dann erstmalig explizit das "öffentliche Erbieten" zu einem Schwangerschaftsabbruch pönalisiert. Die Begründung: Der Gedanke zum Abbruch einer Schwangerschaft werde nicht selten „von außen hervorgebracht“ und zwar durch „Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften“⁴. Daneben trat das Ziel, Schwangere in einer Notsituation vor finanzieller Ausbeutung durch jene zu schützen, die mit der Unterstützung bei Schwangerschaftsabbrüchen warben.⁵ Diese Ziele sind auch heute noch anschlussfähig, selbst wenn § 219a StGB – wie wir unter 3. sehen werden – im Gesamtgefüge des geltenden Rechts noch eine weitere, wichtigere Aufgabe zukommt. Jedenfalls wird deutlich, dass der Straftatbestand kein nationalsozialistisches Gedankengut enthält, sondern eher den Geist der – liberalen, maßgeblich von Gustav Radbruch – geprägten Kriminalpolitik Weimars atmet.⁶

2. *Demokratische Legitimation*

Ohnehin berührt der Zeitraum der Verabschiedung bzw. die formelle Urheberschaft des Gesetzes die Verfassungsmäßigkeit des Straftatbestandes nicht: Ein Großteil der Vorschriften des Strafgesetzbuches blickt auf eine längere Geschichte zurück und Einwirkungen des nationalsozialistischen Gesetzgebers auf das bis heute geltende Recht sind keine Seltenheit. Entscheidend ist vielmehr, dass sich der demokratisch legitimierte und verfassungsrechtlich gebundene Gesetzgeber mit dem vorkonstitutionellen Tatbestand befasst und ihn mit einer rationalen Begründung versehen hat. Dies ist mehrfach geschehen: Im Jahr 1974 stellte der Bundestag fest, § 219a StGB solle verhindern, „daß der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales

³ Horn (Fn. 2).

⁴ Gesetzesbegründung zitiert nach Schubert u.a., Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Bd. 1, 1995, S. 609.

⁵ Hillenkamp, Hessisches Ärzteblatt, 2/2018, 92.

⁶ Dieser wichtige Gesichtspunkt fehlt in der Ausarbeitung durch den *Wissenschaftlichen Dienst des Bundestages* (WD 7-3000 -159/17), die allerdings auf einen ebenfalls unverdächtigen Vorschlag von 1913 hinweist.

dargestellt und kommerzialisiert wird“.⁷ Während der Beratungen des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 18.5.1976⁸ hielt man am Werbeverbot fest und bettete den Tatbestand schließlich in die nun geltende Gesamtkonzeption ein.⁹

Schon die intensive Befassung des Gesetzgebers mit der Materie zeigt, dass der Gesetzgeber die vom BVerfG aufgestellten prozeduralen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechtspositionen erfüllt hat; dieses wiederum begründet eine Vermutung dafür, dass sich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber innerhalb des ihm zustehenden verfassungspolitischen Einschätzungsspielraums bewegt hat.¹⁰

3. Materielle Legitimation

Nach § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist der Straftatbestand des Schwangerschaftsabbruchs nicht „verwirklicht“, wenn seit der Empfängnis nicht mehr als 12 Wochen vergangen sind, der Abbruch von einem Arzt vorgenommen wird und die Schwangere nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen. Das geltende Recht verweigert der Schwangeren also *nicht* die Möglichkeit, sich über Abbrüche zu informieren,¹¹ sondern gewährleistet diese Möglichkeit, wenn auch in einer rechtlich regulierten Weise: die Beratung nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz. Diese Beratung ist für das Gesetz gewordene Konzept von grundlegender Bedeutung, da sie – zumindest in schwacher, prozeduraler Form – dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des menschlichen Lebens dienen soll.¹² Pointiert formuliert, ist die Pflicht zu einer Beratung, die „dem Schutz des ungeborenen Lebens“ dient (§ 219 Abs. 1 S. 1 StGB), also eine verfassungsrechtliche und politische Bedingung der geltenden – liberalen – Fristenlösung. Diesem Modell zufolge soll die Schwangere zwar in ihrer Entscheidung nicht direkt gelenkt werden, wohl aber sollen ihr Alternativen zu einem Abbruch gezeigt werden, bevor über die Modalitäten eines Abbruchs gesprochen wird. Einer solchen zwar nicht inhaltlich leitenden, wohl aber prozedural strukturierten Beratungspflicht würde es rechtlich und faktisch widersprechen, wenn gleichzeitig eine (nicht-regulierte) Werbung für die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen erlaubt wäre.¹³

⁷ BT-Drs. 7/1981, S. 17.

⁸ Siehe nur BGBl. I 1976, S. 1213 ff.

⁹ Siehe zu dieser Entwicklungsgeschichte einen der „Geburtshelfer“ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 218 ff. Rn. 1-8, mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ Näher dazu am vergleichbaren Beispiel des § 217 StGB *Augsberg/Szcerbak*, in: Bormann (Hrsg.), Lebensbeendende Handlungen, 2017, S. 731, 742 f.

¹¹ So aber *Lembke*, Zeit Online v. 24.11.2017, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2017-11/giessener-aerztin-kristina-haenel-abtreibung-prozess-schwangerschaftsabbruch-anklage>.

¹² Eser (Fn. 9), Vor §§ 218 Rn. 7.

¹³ Wie hier *Gärditz*, ZfL 2018, im Erscheinen.

§ 219a StGB leistet folglich einen wichtigen Beitrag dazu, dass die Beratung zunächst in den dafür vom Gesetzgeber vorgesehenen Bahnen und durch dafür dazu zugelassenen Institutionen erfolgen. Damit ist § 219a StGB Teil des Schutzkonzeptes, dessen Existenz für das BVerfG ausschlaggebend dafür gewesen ist, die Fristenlösung für verfassungskonform zu erklären, obwohl ein nicht indizierter Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten drei Schwangerschaftsmonate nach gefestigter Rspr. eine rechtswidrige Verletzung von Grundrechten des ungeborenen Lebens darstellt. Darüber hinaus setzt § 219a StGB die Vorgabe des BVerfG um, der zufolge der Gesetzgeber dem Eindruck entgegnetreten müsse, bei einem Schwangerschaftsabbruch handle es sich um einen „alltäglichen, also der Normalität entsprechenden Vorgang.“¹⁴ § 219a StGB flankiert mithin nicht nur das Beratungsmodell, sondern hat auch den vom BVerfG verlangten symbolisch-kommunikativen Zweck, die „normative Abnormalität“ eines nicht indizierten Abbruchs innerhalb des Strafgesetzbuches deutlich zu machen.

Indem der Tatbestand die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche verbietet, leistet also er

- einen direkten Beitrag zum Lebensschutz (weil Werbung den Entschluss zu einem Abbruch festigen oder gar hervorbringen kann),
- schützt die Frauen vor einer Kommerzialisierung einer Notsituation,
- flankiert die dem Lebensschutz dienende Beratung nach §§ 218a Abs. 1, 219 StGB und
- bringt (wie vom BVerfG verlangt) im StGB zum Ausdruck, dass ein Schwangerschaftsabbruch keinesfalls ein normaler Vorgang, sondern ein nicht-indizierter Abbruch sogar eine rechtswidrige Tat darstellt.

Der Straftatbestand leistet also wesentlich mehr als einen diffusen „Klimaschutz“¹⁵.

3. Nicht durchschlagende Einwände

a) Unzulässige Vorfeldkriminalisierung?

Nicht selten wird gegen den Straftatbestand des § 219a StGB eingewandt, er kriminalisiere auch die Werbung für nicht-tatbestandsmäßige (also strafrechtlich nicht verbotene) Schwangerschaftsabbrüche. Das Verbot der Werbung, heißt es, stelle daher – auch – die Kriminalisierung der Vorbereitung einer straflosen Haupttat dar und sei sachwidrig.¹⁶ Die sich daraus speisenden Zweifel

¹⁴ BVerfGE 88, 203, 319. Dazu auch *Hillenkamp*, Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92, 93.

¹⁵ Dazu zu Recht kritisch *Merkel*, in: Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 2.

¹⁶ *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40. Von einer „absurden“ Regelung spricht *Lembke* (Fn. 11).

an der Verfassungskonformität der Vorschrift ließen sich – vermutlich – nicht ausräumen.¹⁷ Daraus zieht die Stellungnahme des „Kriminalpolitischen Kreises“ die Konsequenz, dass das Verbot der Werbung nur für solche Fälle gelten solle, „bei denen mangels Beratung oder wegen Nichteinhaltung der Zwölf-Wochen-Frist der Tatbestand des § 218 StGB verwirklicht wird und kein Rechtfertigungsgrund (insbesondere nach § 218a Abs. 2 oder 3 StGB) eingreift.“

Das ist zum einen lebensfremd, da es keine ÄrztInnen geben dürfte, die explizit mit dem Angebot *strafbarer* Abbrüche werben werden. Zum anderen verfängt auch der Einwand der unzulässigen Vorfeldkriminalisierung nicht: Erstens – und das ist der wichtigste Grund – kriminalisiert § 219a StGB nicht primär die Vorbereitung zur Durchführung eines (strafbaren oder straflosen) Schwangerschaftsabbruchs, sondern einen Verstoß gegen ein Werbeverbot, dem innerhalb der Gesamtstatik der §§ 218 ff. StGB eine wichtige Bedeutung zukommt (s. oben II. 2.).¹⁸ Zum anderen gibt es innerhalb und außerhalb des StGB zahlreiche Tatbestände, die sich – auch – als Verbot der Vorbereitung einer straflosen Haupttat lesen lassen: das partielle Verbot von Werbung für Zigaretten und Alkohol oder auch der § 217 StGB. Während über die letztgenannte, recht neue Vorschrift bald das BVerfG entscheiden wird (auch hier stellt sich die Frage nach dem eigenen, vortatunabhängigen Zweck der Vorschrift),¹⁹ sind die Werbeverbote außerhalb des Strafrechts seit langem anerkanntes Recht. Diese befinden sich jedoch außerhalb des Strafrechts und werfen damit die Frage auf, ob auch der § 219a StGB in einen OWi-Tatbestand umgewandelt werden sollte.²⁰

b) Fordern das BVerfG oder die Grundrechte von Schwangeren und ÄrztInnen eine Liberalisierung?

Nicht selten wird behauptet, das BVerfG selbst habe eine Liberalisierung gefordert, indem es festgestellt habe, dass es einem Arzt möglich sein müsse, Patientinnen über seine Dienste „ohne negative Folgen“ zu informieren, wenn die Rechtsordnung selbst Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen eröffne.²¹ Dabei wird jedoch verkannt, dass es in dem Fall nicht um die Abwehr von *staatlichen* Folgen für die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche ging. Vielmehr suchte der Arzt nach zivilrechtlichem Schutz gegen einen „Lebensschützer“, der wiederholt und beharrlich vor den Praxisräumlichkeiten demonstrierte und irreführende Flugblätter verteilte. Es

¹⁷ So *Hilgendorf* (Fn. 16), § 5 Rn. 40.

¹⁸ Ähnlich im Ausgangspunkt *Merkel* (Fn. 15), § 219a Rn. 2.

¹⁹ *Kubiciel*, ZIS 2016, 396 ff.

²⁰ So *Merkel* (Fn. 15), § 219a Rn. 3a.

²¹ BVerfG ZfL 2006, 135, 138.

ging also nicht um Folgen einer Werbung für die Durchführung von Abbrüchen und erst recht nicht um staatliche Folgen, d.h. ein Ermittlungsverfahren. Verallgemeinerungsfähig und auf § 219a StGB übertragbar ist die knappe Feststellung des BVerfG also nicht.

Auch die Grundrechte der Ärzte und Schwangeren verlangen nicht nach einer Streichung des § 219a StGB. Das Verbot greift zwar in die von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsausübungsfreiheit von Ärztinnen und Ärzten ein, jedoch lässt sich dieser Eingriff mit den o.g. Erwägungen unschwer rechtfertigen. Auch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG der Schwangeren wird betroffen – allerdings in einem normativ und tatsächlich eingeschränkten Ausmaß. Die Möglichkeit, sich durch Werbung oder im Internet über Abbrüche informieren zu lassen, ist zwar Teil der Handlungsfreiheit, jedoch ist zu berücksichtigen, dass sich die Schwangere über eine Leistung informieren will, die (im Fall des Abbruchs innerhalb der ersten 12 Wochen) nach der Rspr. des BVerfG und der geltenden Rechtslage rechtswidrig ist. Ein solches Informationsbedürfnis ist daher in normativer Hinsicht nur eingeschränkt schutzwürdig. Zudem schränkt § 219a StGB die Informationsmöglichkeiten in tatsächlicher Hinsicht nur in äußerst begrenzten Umfang ein: Eine Schwangere kann sich nicht nur bei Beratungsstellen, sondern auch bei jedem Arzt über Voraussetzungen und Modalitäten von Abbrüchen informieren. Auch Informationen darüber, welche Praxen solche Abbrüche vornehmen, können trotz des Werbeverbotes beschafft werden. Weiß die Schwangere, welche Praxen Abbrüche durchführen, kann sie sich über diese Praxen im Internet oder vor Ort informieren. Das Verbot der öffentlichen Werbung für Schwangerschaftsabbrüche ist mithin kein weitreichender Eingriff in Informationsinteressen und kann im Übrigen auch verfassungsrechtlich ohne weiteres gerechtfertigt werden.

c) § 219a StGB unionsrechtswidrig?

Auch das Unionsrecht fordert – anders als der Kriminapolitische Kreis nahelegt – keine Streichung des § 219a StGB.²² Zwar kann ein Werbeverbot in die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV eingreifen, jedoch lässt das Unionrecht eine Einschränkung dieser Grundfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Gesundheit – kurz: des *ordre public* – zu.²³ Berücksichtigt man, wie stark der EuGH selbst im Bereich der Glücksspielregulierung Rücksicht auf nationale Schutzkonzepte nimmt, lässt sich mit Sicherheit prognostizieren, dass der EuGH ein nationales Schwangerschaftsrecht nicht mit dem Hebel des Art. 56 AEUV außer Kraft setzen wird.

²² Wie hier *Satzger*, ZfL 2018 im Erscheinen.

²³ Dazu nur *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 62 AEUV Rn. 3.

III. Rechtspolitischer Handlungsbedarf: Überführung in einen Ordnungswidrigkeitentatbestand?

Aus dem vorstehend Ausgeführten folgt, dass § 219a StGB verfassungskonform und mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Ein (verfassungs- oder unions-)rechtlicher Handlungsbedarf, § 219a StGB zu ändern, besteht daher nicht. Angesichts der kontinuierlichen Reflexion des § 219a StGB durch den demokratischen Gesetzgeber und der Bedeutung der Vorschrift für die Gesamtregelung des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs lässt sich sogar sagen, dass es dem Gesetzgeber nicht freisteht, die den Lebensschutz gewährleistende Beratungspflicht des § 219 StGB durch eine *gänzliche* Abschaffung des § 219a StGB zu desavouieren: Dies brächte die auch verfassungsrechtlich relevante Gesamtstatik der Regelungen ins Wanken. Eine Überführung in einen OWI-Tatbestand wäre aus hiesiger Sicht hingegen leichter verfassungsrechtlich möglich, aber rechtspolitisch unklug. An den §§ 218 ff. StGB durch eine Streichung des § 219a StGB Veränderungen vorzunehmen hieße nämlich, das legislativ-verfassungspolitische Gesamtpaket aufzuschnüren. Dies zeigen schon jetzt vereinzelte Forderungen nach einer weiteren Liberalisierung des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs. Wer sich des harten, langen Ringens um die nun geltende Lösung erinnert, kann dies nicht wollen, zumal keineswegs ausgemacht ist, dass am Ende einer neuen politischen Debatte nicht eine Verschärfung anstatt einer Liberalisierung des Rechts stünde.

Es besteht schließlich auch kein Anlass dazu, eine solche Debatte zu führen: Die Fallzahlen sind insgesamt sehr niedrig, was zeigt, dass die Ärzteschaft insgesamt kein Problem mit dem Werbeverbot hat. Zudem befindet sich das erstinstanzliche Urteil im Rechtsmittelverfahren, in dem über eine einschränkende Auslegung des objektiven Tatbestandes und den Nachweis der von § 219a StGB geforderten Absicht zur Erzielung eines Vermögensvorteils²⁴ gestritten werden dürfte. Erst wenn sich am Ende des Rechtsmittelverfahrens zeigen sollte, dass § 219a StGB einen in keiner Weise zu rechtfertigenden Kriminalisierungsüberschuss enthält, könnte über Randkorrekturen des Tatbestands nachgedacht werden. Mehr als Randkorrekturen sind aber kaum möglich, hatte das *BVerfG* in seiner letzten „großen“ Entscheidung doch hervorgehoben, dass die Wirksamkeit des geltenden Konzepts des Lebensschutzes entscheidend davon abhängt, „dass alle einzelnen Elemente und die notwendigen Rahmenbedingungen aufeinander abgestimmt sind“.²⁵ Dem ist nichts hinzuzufügen.

²⁴ *Momsen/Momsen-Planz*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2016, § 219a Rn. 12.

²⁵ BVerfG NJW 1999, 841, 849.