



E-Mail: reinhard.merkel@jura.uni-hamburg.de
Sekretariat: Barbara Fisz
Tel. 0049-40-428 38 4593

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“

I.

Der in § 219a StGB neu einzufügende Absatz 4 in der Fassung des vorliegenden Regierungsentwurfs enthält eine unselbständige und lediglich negative Regelung: Er beschränkt die personale Reichweite der Strafdrohung in Absatz 1, indem er „Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen“ im Hinblick auf die tatbestandlichen Handlungsmerkmale „anbieten“, „ankündigen“ und „Erklärungen solchen Inhalts bekannt geben“ von der Strafdrohung ausnimmt.¹ Hält man (wie der Verfasser dieser Zeilen) die schiere Begrenzung der Strafbarkeit nach Absatz 1 für ohne weiteres zulässig, dann hängt die normative Beurteilung des vorgelegten Entwurfs allein von der Frage ab, ob er die Mängel des weiterhin geltenden Absatzes 1 hinreichend beseitigt oder aber fortbestehen lässt. Auf diese Frage konzentrieren sich die folgenden Überlegungen.

Festzuhalten ist zunächst, dass § 219a Abs. 1 in erster Linie nicht deshalb reformbedürftig ist, weil er die Informationsmöglichkeiten schwangerer Frauen ungebührlich beschränkt (wiewohl er auch das tut), sondern weil er Strafdrohungen normiert, die jenseits des verfassungsrechtlich Zulässigen liegen. Soweit der vorgesehene neue Absatz 4 solche Strafdrohungen fortbestehen lässt bzw. ließe, bliebe er im Wortsinne ungenügend. Dass er andere Strafdrohungen zurücknähme, vermöchte an diesem Mangel nichts zu ändern.

Zu den damit angesprochenen prinzipiellen Fehlern des § 219a Abs. 1 habe ich mich in einer Stellungnahme zur Sitzung des Rechtsausschusses vom 27. Juni 2018 geäußert. Soweit meine damaligen Argumente für die Beurteilung des gegenwärtigen Entwurfs im oben skizzierten Sinn bedeutsam bleiben, erlaube ich mir, sie hier knapp (und in Teilen wörtlich) zu rekapitulieren.

¹ Die Variante des „Anpreisens“ von Abbruchmitteln oder bleibt als typischerweise „grob anstößige“ Form des Werbens weiterhin im Regelfall verboten.

II.

Korrekte, im sachlichen Ton gehaltene Hinweise von Ärzten oder Ärztinnen, man offeriere schwangeren Frauen die Möglichkeit eines Abbruchs im Rahmen des geltenden Rechts („anbieten“ bzw. „ankündigen“ i.S.d. § 219a Abs. 1), sind auch dann, wenn sie „öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften“ sowie eines „Vermögensvorteils [nämlich der gesetzlichen Gebühr] wegen“ erfolgen, kein legitimer Gegenstand einer Strafdrohung.

1. Das gilt unter den Maßgaben des Schutzguts „Leben des Ungeborenen“ zunächst offensichtlich für rechtmäßige Abbrüche. Denn wenn dieses Schutzgut bei einem Schwangerschaftsabbruch, der dem sachlichen Hinweis i.S.d. § 219a möglicherweise nachfolgt, von Gesetzes wegen hinter die geschützten Belange der Schwangeren zurücktritt, dann kann die bloße „Förderung“ eines solchen rechtmäßigen Tuns weit in dessen Vorfeld nicht ihrerseits das Unrecht einer Gefährdung jenes Rechtsguts sein. Mit Strafe bedroht werden darf sie dann erst recht nicht.

Zudem: Sachliche Grundlage der Rechtfertigung eines Abbruchs nach den Absätzen 2 und 3 des § 218a (Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren; Sexualstraftat als Grund der Schwangerschaft), ist die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung der Schwangerschaft in einer Notstandslage für die Schwangere.² Es ist aber ersichtlich so unangemessen wie unverhältnismäßig, sachliche Hinweise auf den rechtmäßigen Ausweg aus einer vom Gesetz als unzumutbar anerkannten Notlage mit Strafe zu bedrohen. Die Möglichkeit der Schwangeren, sich ggf. auch anderweitig zu informieren, ist dafür ohne Belang. Es geht nicht um die Frage, ob Schwangere einschlägige Informationen erhalten können, sondern darum, ob eine *Strafdrohung* zur Verhinderung korrekter Hinweise auf rechtmäßige Hilfe in einer unzumutbaren Notstandslage verfassungsgemäß sein kann. Die Antwort lautet: nein.

2. Das unter 1. Dargelegte gilt ohne Einschränkung auch für die sachliche Information („ankündigen“) bzw. das sachliche Angebot („anbieten“) eines *tatbestandslosen* Schwangerschaftsabbruchs nach § 218a Abs.1. Das hat auch das BVerfG betont: „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.“³ Der prinzipielle und allgemeine Charakter dieses Hinweises auch jenseits des damaligen Verfahrens (zu einem zivilgerichtlichen Unterlassungsurteil) ist offensichtlich.

Vor dem Hintergrund dieses vom BVerfG mit Nachdruck hervorgehobenen Prinzips („muss ... erlaubt sein“), ist es nicht zweifelhaft, dass § 219a Abs. 1 in demjenigen Teil seines Tatbestands, der auch den sachlichen Hinweis eines Arztes erfasst, „dass Patientinnen seine Dienste [nach § 218a Abs. 1] in Anspruch nehmen können“, vor dem Grundgesetz keinen Bestand haben kann.

3. Daran ändert sich auch im Hinblick auf die zweite Schutzaufgabe des § 219a nichts, deren Sinn es ist, eine moralische Verwahrlosung des „Klimas“ der öffentlichen Kommunikation über Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern. Das ist ein fraglos legitimes Anliegen, und ebenso legitim ist daher das

² Vgl. Wortlaut des § 218a Abs. 2: wenn „die Gefahr „nicht auf andere, für sie [die Schwangere] zumutbare Weise abgewendet werden kann“; im übrigen h.M.

³ BVerfG, Beschl. vom 24.05.2006, 1 BVR 1060/02 und 1139/03, S. 9 Rn. 36 = ZfL 4/2006, 135, 138.

entsprechende rechtliche Verbot.⁴ Es betrifft freilich so gut wie ausschließlich den tatbestandlichen Handlungsmodus des „Anpreisens“ von Abbruchsmitteln oder -verfahren in „grob anstößiger Weise“. Die korrekte und sachliche Information über rechtmäßiges oder tatbestandsloses Handeln trägt selbstverständlich nichts zu einer solchen Verwehrung bei. Vielmehr hat sie den genau gegenteiligen Effekt einer moralischen Versachlichung des einschlägigen öffentlichen Diskurses. Der oben zitierte Satz des BVerfG beglaubigt die Offensichtlichkeit dieses Befundes ohne weiteres. Schwerlich könnte das Gericht davon sprechen, Ärzten *müsse* die sachliche Information über gesetzestreuere Berufshandeln erlaubt sein, wollte es zugleich akzeptieren, dass ihnen eben diese Information bei Strafe verboten werden darf, sobald man nur den Blick vom (gewichtigeren!) Schutzgut „ungeborenes Leben“ zu dem (weniger gewichtigen) des „moralischen Klimas“ wende.

III.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen mutet es befremdlich an, dass in der rechtspolitischen Diskussion das Problem des § 219a StGB offenbar allein unter dem Gesichtspunkt wahrgenommen und erörtert wird, ob sich Frauen hinreichend informieren können – und nicht unter dem offensichtlich vorrangigen, was der Staat legitimerweise mit Strafe bedrohen darf. Der vorliegende Entwurf leistet dieser irreführenden Sichtweise schon mit seiner Überschrift Vorschub. Sie legt die unrichtige Auffassung nahe, es gehe nicht primär um die rechtsstaatlich gebotene Bereinigung einer (jedenfalls möglicherweise) illegitimen Strafdrohung, sondern ausschließlich um die Erleichterung der öffentlichen Verfügbarkeit bestimmter Informationen.

1. Dieser Verschiebung des Problems ins straf- wie verfassungsrechtlich nachgerade Belanglose ist nachdrücklich zu widersprechen. Sie fördert die Fehlvorstellung (und unterliegt ihr ersichtlich selbst), jenseits einer gedachten Linie hinreichender Information für Schwangere dürfe alles in § 219a erfasste Handeln auch künftig ohne weiteres mit Strafe bedroht werden. Das führt zu groben rechtsstaatlichen Ungeheimheiten des Tatbestands, die bei genauerem Hinsehen auf der Hand liegen. Um das an dem vorgelegten Entwurf zu demonstrieren: Sagt die Ärztin auf ihrer Website: „Ich führe gesetzestgemäße Schwangerschaftsabbrüche durch. In welchen Formen, das können Sie unter dem folgenden Link [z.B. der Bundesärztekammer] sehen“, dann wäre das künftig nicht nur vollkommen rechtmäßig, sondern – da es einem ausdrücklich propagierten Gesetzeszweck dient – naturgemäß lobenswert. Sagt sie dagegen: „Ich führe gesetzestgemäße Schwangerschaftsabbrüche durch. In welchen Formen, das können Sie unter dem folgenden Link sehen. Dort werden Sie auch die von mir bevorzugte Methode X finden“, dann soll sie weiterhin strafbar sein, also kriminelles Unrecht begangen haben.

Das ist vor dem Hintergrund des verfassungsgebundenen Ultima-ratio-Prinzip staatlichen Strafens nicht akzeptabel. Das Aussprechen (bzw. -schreiben) einer Information, auf die rechtmäßig, ja im Sinne eines Gesetzeszwecks geradezu loblich, verwiesen werden darf, fügt diesem Verweis nichts hinzu, was unter irgendeinem denkbaren Gesichtspunkt auch nur entfernt als kriminelles Unrecht in Frage käme. Wer vor lesekundigen Adressaten rechtmäßig auf etwas deuten darf, auf dem „X“ steht, darf selbstverständlich

⁴ Als Strategie zur Verhinderung grober öffentlicher Ärgernisse wäre es allerdings weitaus angemessener im OWi-Recht aufgehoben als in einem Tatbestand des StGB (dazu meine oben erwähnte Stellungnahme für die Sitzung vom 27. Juni 2018 im Rechtsausschuss).

auch dazu sagen, dass dort „X“ steht. Dieses Aussprechen „X“ als kriminell zu markieren, während das Hinweisen auf X als rechtmäßig, ja als förderlich für einen Gesetzeszweck behandelt wird, ist verfassungsrechtlich nicht legitimierbar.

2. Daran ändert sich nichts durch den Umstand, dass alle Handlungsmerkmale eines Straftatbestands begriffliche Grenzen haben, *jenseits* deren Fälle als strafbar erfasst werden, die den unmittelbar *diesseits* der Grenze liegenden (also noch straflosen) äußerlich wie normativ ganz ähnlich sein mögen. Denn bei solchen gerade noch straflosen Verhaltensweisen nahe an der Grenze zum eindeutig verbotenen Tun geht es regelmäßig um Handlungen, die als kriminalitätsnah schon ihrerseits unerwünscht, nicht selten auch zivil- oder verwaltungsrechtlich unerlaubt sind, deren Bestrafung aber ein rechtsstaatlich striktes Ultima-ratio-Prinzip (gerade) noch nicht gestattet.

Solche Fälle haben mit den in § 219a Abs. 1 erfassten, die der vorliegende Entwurf nun aus der Strafdrohung ausnehmen soll, nichts zu tun. Diese Herausnahme aus dem Tatbestand ist nicht etwa das Ergebnis einer großzügigen Nachsichtigkeit des Gesetzgebers gegenüber einem sozial an sich unerwünschten, missbilligenswerten und kriminalitätsnahen Verhalten. Sie entspricht vielmehr, wie oben unter Verweis auf die Rspr. des BVerfG noch einmal dargelegt, einem verfassungsrechtlichen Gebot. Sie entspricht aber darüber hinaus, und der bereits im Titel des Entwurfs benannte ausdrückliche Gesetzeszweck stellt das klar, vollständig dem Sinn der Regelung des neuen Absatzes 4. Ein solches den Zweck eines Gesetzes förderndes Verhalten ist alles andere als kriminalitätsnah; es ist nachgerade das Gegenteil. Dass aber dann ein Verhalten, das jenem gesetzesförmigen nicht das Mindeste an fassbarem Unrecht hinzufügt, weiterhin als kriminell behandelt werden soll, ist und bleibt unvereinbar mit rechtsstaatlichen Grundprinzipien.

IV. Empfehlung

Die rechtsstaatlich gebotene Bereinigung des § 219a Abs. 1 könnte unschwer durch das einfache Streichen des Merkmals „seines Vermögensvorteils wegen“ erfolgen. Übrig und strafbedroht blieben dann allein „grob anstößige Weisen“ der öffentlichen Kommunikation über Schwangerschaftsabbrüche. Sie sind in jeder Form verbotswürdig, selbst wenn sie rechtmäßige oder tatbestandslose Abbrüche zum Gegenstand haben.⁵ Auch der Modus des „Anpreisens“ fällt, richtig verstanden, eo ipso unter dieses Merkmal des grob Anstößigen. Das Gleiche gilt für jedes Anbieten oder Ankündigen strafbarer Abbrüche, selbst wenn es in der äußeren Form „sachlich“ erscheinen sollte. Dagegen sind alle sachlichen, unanstößigen und rechtlich zutreffenden Hinweise, die Absatz 1 derzeit ebenfalls erfasst, keine legitime Verbotsmaterie. Da sie der vorliegende Entwurf im dargelegten Maß strafbedroht lassen will, kann der damit nur unzulänglich korrigierte § 219a Abs. 1 vor der Verfassung weiterhin keinen Bestand haben.

Hamburg, den 15.02.2019



Prof. Dr. Reinhard Merkel

⁵ Dass dieses Verbot besser in einem Tatbestand des OWi-Rechts als im Strafrecht aufgehoben wäre, steht auf einem anderen Blatt; s. dazu oben den Hinweis in Anm. 4.