

Stellungnahme
zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für
Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des
Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), zur Änderung
des Heilmittelwerbegesetzes und zur Änderung des Einführungsgesetzes zum
Strafgesetzbuch (BT-Drs. 20/1635 und BR-Drucksache 161/22)

und

Antrag
der Fraktion der CDU/CSU
Interessen der Frauen stärken, Schutz des ungeborenen Kindes beibehalten
(BT-Drs. 20/1017)

und

Antrag
der Fraktion DIE LINKE auf BT-Drs. 20/1736 - § 219a StGB aufheben -
Selbstbestimmung, Entscheidungsfreiheit und ausreichende Versorgung
sicherstellen

Prof. Dr. Elisa Marie Hoven

I. Zur Streichung von § 219a StGB

1) Grundlegende Kritik an § 219a StGB

§ 219a StGB verbietet u.a. das Anbieten und Ankündigen von Diensten zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs. Die Strafnorm unterscheidet hierbei nicht zwischen der nach § 218 StGB strafbaren Abtreibung, dem durch medizinische oder kriminologische Indikation gerechtfertigten (§ 218a Abs. 2 und 3 StGB) Schwangerschaftsabbruch und dem tatbestandslosen Abbruch nach erfolgter Beratung innerhalb von 12 Wochen nach Empfängnis (§ 218a Abs. 1 StGB). Damit werden nach geltendem Recht auch Informationen über Handlungen inkriminiert, die selbst kein tatbestandliches Unrecht darstellen.¹

¹ Statt aller: *Weigend*, FS Kindhäuser, S. 851; *Merkel*, ZfL 2018, 114 (115); *Mitsch* in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 219a Rn. 1; *ders.*, KriPoZ 2019, 214, *Frommel*, juris – die Monatszeitschrift 2019, 165 (168); *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40; *Lorenz/Turhan*, JR 2020, 465 (473).

Der Hinweis auf ein erlaubtes Verhalten kann jedoch für sich genommen kein strafbares Unrecht sein. Allenfalls die Art der Darstellung, etwa eine „grob anstößige“, den Lebensschutz relativierende Werbung für den Schwangerschaftsabbruch kann eine Verbotsnorm legitimieren. Eine sachliche Information über die Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs erfüllt diese Voraussetzungen indes nicht. Eine generelle Tabuisierung der Diskussion über Schwangerschaftsabbrüche ist kein legitimes Regelungsziel.

§ 219a StGB geht über einen legitimen Kern eines Verbots anstößiger Werbung hinaus. Der Tatbestand ist auch dann verwirklicht, wenn Erklärungen eines „Vermögensvorteils wegen“ abgegeben werden. Da jede ärztliche Tätigkeit auch auf Gewinnerzielung gerichtet ist (und sein muss), machen sich ÄrztInnen auch bei sachlicher Information strafbar.

2) Abschaffung von § 219a StGB trotz Reform?

Der Gesetzgeber hat § 219a StGB erst kürzlich reformiert. Die Einführung von Abs. 4 konnte allerdings die grundlegenden Bedenken gegen das strafrechtliche Verbot nicht beseitigen. Die Ausnahmeregelung in Abs. 4 erlaubt es ÄrztInnen, Krankenhäusern und Einrichtungen, straflos auf die eigene Bereitschaft zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen (Nr. 1) sowie auf Informationen etwa einer Ärztekammer (Nr. 2) hinzuweisen. Die Veröffentlichung weitergehender Informationen über Vorgehen, Risiken, Methoden oder Kosten bleibt also strafbar. Dass die Reform von § 219a StGB nicht geleistet hat, was sie leisten sollte, zeigt die erneute Verurteilung der Ärztin Kristina Hänel durch das Landgericht Gießen (Urteil vom 12. Dezember 2019 – 4 Ns 406 Js 15031/15).

Damit werden nach derzeit geltendem Recht weiterhin Handlungen unter Strafe gestellt, die keinen Unrechtsgehalt aufweisen. Inhalte, die auf den Homepages von Ärztekammern oder Beratungsstellen zulässig und erwünscht sind, können aber nicht dadurch Gegenstand eines strafrechtlichen Vorwurfs werden, dass sie im Namen von ÄrztInnen verbreitet werden. Die Bestrafung von neutralen Informationen über die Art und Weise von Schwangerschaftsabbrüchen ist verfassungsrechtlich bedenklich. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit ein solcher Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit von ÄrztInnen aus Art. 12 GG gerechtfertigt werden kann. Auch wenn der Gesetzgeber einen Ermessensspielraum bei der Formulierung und Umsetzung legislativer Ziele hat, darf er in Grundrechtspositionen nicht mit unverhältnismäßigen Mitteln eingreifen. Dies tut § 219a StGB jedoch auch in der Neufassung:

Die fortgeltende Bestrafung der sachlichen Information über nicht verbotene berufliche Handlungen ist für den Schutz des ungeborenen Lebens weder geeignet noch erforderlich.

Das geltende Recht führt zudem zu einer Reihe von Wertungswidersprüchen und zu erheblicher Rechtsunsicherheit. So ist nicht eindeutig zu beantworten, ob sich etwa auch eine Ärztin strafbar macht, die Ausführungen der Ärztekammer zum Schwangerschaftsabbruch wörtlich auf ihre Homepage kopiert.

3) § 219a StGB als tragendes Element des Lebensschutzkonzeptes der §§ 218a ff. StGB?

Gegen eine Abschaffung des Werbeverbots wird vorgebracht, dass § 219a StGB ein tragendes Element des gesetzlichen Lebensschutzkonzeptes sei; eine Streichung oder grundlegende Reform von § 219a StGB würde den politischen Kompromiss der §§ 218 ff. StGB in Frage stellen.²

Die Annahme einer solchen „verfassungsrechtlichen Gesamtstatik“ ist jedoch nicht überzeugend. Zum einen liegt es näher, § 219a StGB nicht als notwendigen Baustein des Beratungsmodells, sondern als eine flankierende Vorschrift anzusehen. Die Beratungslösung ist die Antwort auf die zentrale ethische und rechtspolitische Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Schwangerschaftsabbruch straffrei möglich sein soll. Dieser grundlegende Konsens wird durch § 219a StGB nicht berührt; die Norm befasst sich – anders als §§ 218-218c StGB – nicht mit den Modalitäten des Schwangerschaftsabbruchs, sondern regelt Informations- und Werbemaßnahmen im öffentlichen Raum. Auch die ersatzlose Streichung von § 219a StGB würde die verfassungsrechtlich sensible Abgrenzung strafbarer und strafloser Schwangerschaftsabbrüche nicht tangieren.³ Zum anderen ist die Annahme eines gewissermaßen unantastbaren Regelungskonzeptes dem (Straf-)Recht fremd. Eine Norm darf dem politischen Diskurs nicht unter Hinweis auf eine einmal getroffene politische Vereinbarung entzogen werden. Das Recht dient nicht dem Bewahren vergangener Lösungen, sondern muss sich stets fortentwickeln können, um einen aktuellen gesellschaftlichen Konsens über ethische und soziale Fragen abzubilden.

Das grundsätzliche Beharren der Fraktion der CDU/CSU auf der Strafnorm des § 219a StGB in ihrer geltenden Fassung wird vor allem damit begründet, dass die Rolle der Beratung der

² Kubiciel, ZRP 2018, 13, krit. Weigend, FS Kindhäuser, S. 851.

³ Merkel, ZfL 2018, 114 (117 f.); Mitsch in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 219a Rn. 1; Rahe, JR 2018, 232 (234); Falterbaum, medstra 2021, 224 (227); Rödemer, Moral im deutschen Strafrecht – Ein Appell an das Ultima-Ratio-Prinzip, 2021, S. 194 f.

Schwangeren nach § 219 StGB nicht durch eine vorab zugängliche „werbende“ Information durch Ärztinnen und Ärzte unterlaufen werden soll. Dieses Konzept entspricht jedoch nicht mehr der heutigen Lebenswirklichkeit. Eine Frau, die den Abbruch der Schwangerschaft erwägt, wird in aller Regel im Internet nach Informationen über ihre Optionen suchen, und zwar bevor sie einen Termin für eine Schwangerschaftsabbruchsberatung erhält; sie wird dort auf die verschiedensten – positiven wie negativen – Positionen zum Schwangerschaftsabbruch stoßen. Die Vorstellung, dass sie vollkommen ahnungslos zu einer Beratung erscheint und erst dort über alle wesentlichen Punkte aufgeklärt werden kann, ist daher realitätsfremd. Es kann dabei für ein sinnvolles Beratungsgespräch durchaus nützlich sein, wenn sich die Schwangere zuvor schon auf den Internetseiten von Ärzten oder Ärztinnen Informationen z.B. über die vorhandenen Abbruchmethoden besorgt hat. Gerade auf einer solchen Basis kann selbstverständlich in der Beratungsstelle ein ergebnisoffenes Gespräch geführt werden, wie es § 219 StGB verlangt.

4) Alternative: Beschränkung auf anpreisende Werbung?

Auch der Antrag der Fraktion der CDU/CSU erkennt das Interesse schwangerer Frauen an, über die Methoden, die bei einem Schwangerschaftsabbruch angewandt werden, vorab informiert zu werden. Deshalb sollen die Ärztinnen und Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche anbieten, nunmehr auch „auf ihrer Internetseite wertungsfreie Angaben zu den von ihnen angewendeten Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruches machen“ dürfen. Nach einer solchen Änderung bliebe allerdings von dem derzeitigen § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB de facto nur noch ein Verbot des „Anpreisens“ der Dienste zum Schwangerschaftsabbruch „in anstößiger Weise“ übrig.

Eine Beschränkung der Strafbarkeit auf grob anstößige Werbung wäre möglich.⁴ Das bedeutet allerdings nicht, dass sie auch erforderlich ist. Dem Gesetzgeber steht hier ein erheblicher Spielraum zu, in welcher Weise er bestimmte Formen der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche untersagen möchte. Dies gilt sowohl für die Beschreibung des verbotenen Verhaltens als auch für die Einordnung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit. Die im Entwurf vorgesehene Anwendung des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) auf Schwangerschaftsabbrüche erfasst wesentliche Formen missbräuchlicher Werbung. Zudem

⁴ So auch der Vorschlag des Kriminalpolitischen Kreises: Stellungnahme zum Straftatbestand der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB), Dezember 2017, abrufbar unter https://www.kriminalpolitischerkreis.de/files/ugd/b95945_20d3dccb10d74aefb5ea39e966211b30.pdf (11.05.2020).

fügt sich ein Werbeverbot überzeugender in den Sachzusammenhang des Rechts der ärztlichen Werbung als in die Vorschriften des StGB über den Schutz menschlichen Lebens ein.

Es könnte erwogen werden, im HWG eine eigene, allgemeinere Vorschrift aufzunehmen, die eine Werbung für Schwangerschaftsabbrüche in „anstößiger Weise“ verbietet. Damit würde ein berechtigter Gedanke des bisher geltenden § 219a StGB im passenden systematischen Zusammenhang aufgenommen. Allerdings bestehen keine begründeten Anhaltspunkte dafür, dass mit der Streichung von § 219a StGB tatsächlich das Auftreten sanktionswürdiger Werbeformen zu befürchten ist, die weder von § 11 HWG noch von sonstigen Regelungen (etwa § 3 UWG) untersagt werden. Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, jede theoretisch denkbare Entwicklung zu antizipieren.⁵

II. Rückwirkung der Regelung (Art. 316 EStGB)

Mit Art. 316 EStGB werden Strafurteile aufgehoben, die in der Vergangenheit nach § 219a StGB ergangen sind. In der Geschichte der Bundesrepublik kam es in drei Fällen zur legislativen Aufhebung rechtskräftiger Urteile in Strafsachen;⁶ sie sind allerdings strukturell anders gelagert.

Eine rückwirkende Aufhebung von Strafurteilen erscheint nicht sinnvoll, wenn die Abschaffung der Strafnorm Ausdruck einer veränderten gesellschaftlichen Haltung zu dem in Rede stehenden Verhalten ist. Die Vorstellung darüber, welche Handlungen strafwürdig sind und welche nicht, können sich wandeln; der Gesetzgeber sollte einen früheren Konsens nicht rückwirkend aufgrund neuer Wertentscheidungen beseitigen. Anders verhält es sich, wenn der zentrale Grund für die Abschaffung der Strafnorm nicht primär in einer Neubewertung des beschriebenen Verhaltens liegt, sondern auf davon unabhängigen, etwa systematischen Gründen beruht. § 219a StGB verlor seine Legitimation mit der Entscheidung für die

⁵ *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2014, S. 396 f.

⁶ Durch das „Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege vom 25. August 1998 (BGBl. I S. 2501)“ wurden verurteilende strafgerichtliche Entscheidungen, die unter Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit nach dem 30. Januar 1933 zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes aus politischen, militärischen, rassischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen ergangen sind, aufgehoben. Das „Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet vom 17. Dezember 1999 (Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz – StrRehaG, BGBl. I S. 2664)“ betrifft DDR-Gerichtsentscheidungen, die im Beitrittsgebiet ergangen sind und mit wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen Rechtsordnung unvereinbar sind. Schließlich wurden durch das „Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen vom 17. Juli 2017 (StrRehaHomG, BGBl. I S. 2443)“ Verurteilungen aufgrund § 175 StGB a.F. aufgehoben.

strafrechtliche Zulässigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen. Dass die Strafbarkeit sachlicher Information über erlaubtes Verhalten widersinnig ist, ist keine neue Einsicht; es bedurfte lediglich eines öffentlichkeitswirksamen Falles, um den Blick auf die Defizite der Norm zu lenken.

Dem Gesetzgeber steht es hier frei, erlassene Strafurteile rückwirkend aufzuheben. Da es sich bei der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche um ein „opferloses“ Delikt handelt, sind auch keine Belange Dritter zu berücksichtigen, so dass insbesondere keine Verletzung des Prinzips der Rechtssicherheit zu besorgen ist.

Der Gesetzgeber sollte sich allerdings aus Gründen der Transparenz dazu verhalten, ob aus der Aufhebung der Strafurteile Ansprüche der Betroffenen gegen den Staat resultieren.

III. Weitere Aspekte im Antrag der Fraktion der CDU/CSU sowie im Antrag der Fraktion der LINKEN

Die Anträge der Fraktionen von CDU/CSU sowie der LINKEN enthalten mehrere Vorschläge und Anregungen, denen ohne Weiteres zuzustimmen ist. Dies gilt insbesondere für die Anregungen,

- empfängnisverhütende Mittel für Frauen unter 25 Jahren kostenfrei zugänglich zu machen,
- im Benehmen mit den Ländern dafür zu sorgen, dass in jeder Region Deutschlands genügend Stellen für die legale Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen vorhanden sind,
- die Beratungsstellen zu verpflichten, Listen mit Adressen von Praxen, die in dem jeweiligen Bundesland zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen bereit sind, einschließlich der dort verwendeten Methoden zu führen und den Ratsuchenden zur Verfügung zu stellen, und
- den wirksamen Schutz vor Belästigung von Schwangeren und medizinischem oder beratendem Personal sicherzustellen.

Diese Maßnahmen würden zum einen dazu beitragen, dass die Zahl ungewollter Schwangerschaften so gering wie möglich gehalten werden kann und zum anderen den Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen praktisch erleichtern.

Die von der Fraktion der LINKEN formulierte Forderung einer „vollständige Entkriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen auf Wunsch der schwangeren Person durch Streichung des § 218 StGB“ dürfte – jedenfalls in dieser weitreichenden Form – verfassungsrechtlich nicht möglich sein. Gleiches gilt für die vollständige Abschaffung einer Beratungspflicht. Das Lebensrecht des Ungeborenen, so betont es das Bundesverfassungsgericht, „darf nicht, auch nicht für begrenzte Zeit, der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung der Mutter überantwortet werden.“⁷ Das ungeborene Leben ist selbst Träger von Grundrechten. Vor diesem Hintergrund stellt sich eine Pflicht zur Beratung als Voraussetzung für einen Abbruch der Schwangerschaft als wenig invasiver und im Lichte der gebotenen Güterabwägung angemessene Eingriff in die Autonomie der schwangeren Person dar.

⁷ BVerfGE 88, 203.