

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Niklas Pohle

Die Regelung ärztlicher Werbeverbote unter Berücksichtigung der Diskussion um die Aufhebung des § 219a StGB (Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft)

Prüfer: Prof. Dr. Christian Jäger

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät – Fachbereich Rechtswissenschaft

Abgabedatum: 28. April 2022, geändert zum 14. März 2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung	3
II. Vom Werbeverbot zum Werberecht für Ärzte	4
1. <i>Entwicklung der Rechtsprechung</i>	5
2. <i>Reaktion der Ärzteschaft</i>	5
3. <i>Beitrag des Gesetzgebers</i>	6
4. <i>Wandel ärztlicher Tätigkeit als maßgeblicher Antrieb der Liberalisierung</i>	6
III. Aktuelle Beschränkungen des Werberechts.....	7
1. <i>Verfassungsrechtliche Legitimation</i>	7
2. <i>Das berufsrechtliche Verbot berufswidriger Werbung</i>	7
a) <i>Bestimmung des berufsspezifischen Gemeinwohlzwecks</i>	8
b) <i>Verfassungskonforme Auslegung</i>	8
aa) <i>Anpreisende Werbung</i>	9
bb) <i>Vergleichende Werbung</i>	9
cc) <i>Irreführende Werbung</i>	9
c) <i>Zusammenfassung</i>	10
3. <i>Werbebeschränkungen des HWG</i>	10
a) <i>Anwendung auf ärztliche Werbetätigkeit</i>	10
b) <i>Die maßgeblichen Vorschriften</i>	11
c) <i>Verhältnis zu Berufsrecht und UWG</i>	11
4. <i>Werbebeschränkungen des UWG</i>	11
5. <i>Zusammenfassung: Weitere Liberalisierung?</i>	12
IV. Diskussion um die Aufhebung des § 219a StGB	12
1. <i>§ 219a StGB a.F. – ein Rechtsstaatsprodukt?</i>	13
a) <i>Entstehungsgeschichte</i>	13
b) <i>Ergebnis</i>	14
2. <i>Vereinbarkeit der Aufhebung mit der Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens</i>	14
a) <i>Normzweck und geschütztes Rechtsgut</i>	14
b) <i>§ 219a StGB a.F. im Konzept zum Schutz des ungeborenen Lebens</i>	15
c) <i>Zusammenfassung: Richtiges Ergebnis mit falscher Begründung?</i>	16
3. <i>Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft de lege lata</i>	17
a) <i>Maßgebliche Vorschriften</i>	17
b) <i>Kritik: Unangepasste Schutzzwecke</i>	18
c) <i>Kritik: Ungeeignetheit des Berufsrechts</i>	19
d) <i>Kritik: Unabgestimmtheit des HWG</i>	19
e) <i>Ergebnis</i>	20
4. <i>Beseitigung eines Informationsdefizits Schwangerer und einer Rechtsunsicherheit für Ärzte</i>	21
a) <i>Informationsdefizit Schwangerer</i>	21
b) <i>Rechtsunsicherheit für Ärzte</i>	22
c) <i>Ergebnis</i>	23
5. <i>Alternative</i>	23

V. Ausblick	24
1. <i>Die Aufhebung des § 219a StGB als Bremse des Liberalisierungsprozesses?</i>	24
2. <i>Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung, § 217a StGB-E</i>	24
VI. Zusammenfassung der Ergebnisse	24

I. Einführung*

„In einer von Märkten geprägten Zivilisation, die widerhallt von Reklamesprüchen aller Art, einer Gesellschaft, in der kaum noch verhülltes, raffiniertes oder gar dreistes Eigenlob die Dezenz des Umgangs zurückgedrängt hat, in der sogar öffentlich-rechtliche Körperschaften über Werbekampagnen professioneller Agenturen die Blicke auf sich zu lenken suchen, [...] sollen allein die Heilberufe sich mit öffentlichen Kundgaben zurückhalten?“¹

Mit diesen Worten veranschaulichte *Laufs* den Grundgedanken des seit Jahrzehnten voranschreitenden Liberalisierungsprozesses im ärztlichen Werberecht. Von den Anforderungen der Kommunikationsgesellschaft² über den Wandel des ärztlichen Leitbildes vom Generalisten zum Spezialisten³ bis hin zu einem sich verschärfenden Wettbewerb um Patienten⁴ lassen sich unterschiedliche Gründe feststellen, die für die Entwicklung von einem nahezu absoluten Werbeverbot als „eines der Kernstücke der ärztlichen Berufsordnung“⁵ zu einem generellen, von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Werberecht mit wenigen Beschränkungen verantwortlich sind.⁶ Bahnbrechende Änderungen um die Jahrtausendwende⁷ ließen vermuten, es sei nur noch eine Frage der Zeit, bis es zu einem einheitlichen Werberecht aller freien Berufe kommt⁸ und dieses vollständig an die für Gewerbetreibende geltenden Regelungen angeglichen wird.⁹ Jedoch lässt der vollständige Verlass auf das allgemeine Werberecht noch bis heute auf sich warten, wie das von den Landesärztekammern in ihren Berufsordnungen umgesetzte Verbot berufswidriger Werbung des § 27 Abs. 3 S. 1 der (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä) zeigt.

Am 24.11.2017 erhielt die Regelungsmaterie der ärztlichen Werbeverbote allerdings einen neuen Impuls, als vor dem *AG Gießen* die Verurteilung einer Allgemeinmedizinerin wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft gem. § 219a StGB a.F. erging.¹⁰ Diese war nicht nur der Beginn einer ganzen Reihe von aufsehenerregenden Entscheidungen in einem medienwirksamen Verfahren¹¹, sondern entfachte eine Diskussion von gesamtgesellschaftlichem Ausmaß in sozialen Netzwerken, Literatur und Politik¹² über die Legitimation einer Strafnorm mit bis dahin praktisch und kriminalpolitisch marginaler Bedeutung.¹³ Zunächst führten die beiden unvereinbaren Positionen der koalierenden Fraktionen von SPD und CDU/CSU zu einem politischen Kompromiss in Gestalt des Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 22.3.2019¹⁴, das § 219a StGB a.F. um einen weiteren Tatbestandsausschluss¹⁵ in Abs. 4 ergänzte.

* Vom Verfasser geringfügig geänderte und an den Stand der Gesetzgebung vom 14. März 2023 angepasste Seminararbeitsfassung. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum 28. April 2022 berücksichtigt.

¹ *Laufs*, NJW 2001, 1768.

² *Laufs*, NJW 1995, 1590 (1595 f.).

³ *Papier/Petz*, NJW 1994, 1553 f.

⁴ *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch ArztR, 5. Aufl. (2019), § 164 Rn. 5.

⁵ *Ratzel*, in: *Ratzel/Lippert*, MBO, 6. Aufl. (2015), Vor §§ 27 ff. Rn. 1.

⁶ *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, 4. Aufl. (2018), § 13 Rn. 73.

⁷ Vgl. etwa die von *Rieger*, in: *FS-Laufs*, 2006, S. 1025 (1027) als „revolutionär“ bezeichnete Umgestaltung des ärztlichen Werberechts durch den 105. Deutschen Ärztetag in Rostock 2002.

⁸ *Kleine-Cosack*, NJW 2003, 868; *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, § 13 Rn. 73.

⁹ Dies fordert etwa *Fritzsche*, WRP 2013, 272 (283).

¹⁰ *AG Gießen*, medstra 2018, 126.

¹¹ Zunächst Verwerfung der Berufung durch *LG Gießen* (medstra 2019, 119); daraufhin Aufhebung des Urteils des *LG Gießen* und Zurückverweisung wegen eingetretener Gesetzesänderung (§ 2 Abs. 3 StGB) durch das *OLG Frankfurt a. M.* (medstra 2019, 309); sodann erneute Verurteilung durch *LG Gießen* (medstra 2020, 315); schließlich Verwerfung der Revision der Ärztin durch *OLG Frankfurt a. M.* (medstra 2021, 118); gegen die Beschlüsse des *OLG Frankfurt a. M.* und letzteres Urteil des *LG Gießen* wurde eine Verfassungsbeschwerde beim *BVerfG* anhängig unter dem Az.: 2 BvR 390/21.

¹² Vgl. etwa die Gesetzentwürfe der Bundestagsfraktionen Die Linke (BT-Drs. 19/93); Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 19/630); FDP (BT-Drs. 19/820); SPD (BT-Drs. 19/1046); ferner der Gesetzesantrag der Länder Berlin, Brandenburg, Hamburg, Thüringen, Bremen (BR-Drs. 761/17 (neu)), der am 17.9.2021 abgelehnt wurde (BR-Drs. 684/21).

¹³ *Berghäuser*, JZ 2018, 497 m.w.N.

¹⁴ BGBl. I S. 350.

¹⁵ *Eschelbach*, in: *BeckOK-StGB*, 52. Ed. (Stand: 1.2.2022), § 219a Rn. 21.

Diese Neuregelung konnte die polarisierten Lager jedoch nicht befrieden, sodass mit dem Regierungswechsel 2021 der Kampf um § 219a StGB a.F. unter der Regie der „Ampel“-Koalition in die nächste Runde ging und dessen Aufhebung bereits im Koalitionsvertrag angekündigt wurde.¹⁶ Am 25.1.2022 veröffentlichte das BMJ einen Referentenentwurf, der die ersatzlose Streichung des § 219a StGB a.F. vorsah.¹⁷ Daraufhin beschloss das Bundeskabinett am 9.3.2022 einen Regierungsentwurf, der an diesem Vorhaben festhielt und zudem Anpassungen im Heilmittelwerbeengesetz (HWG) sowie Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vorsah.¹⁸ Letztlich votierte am 24.6.2022 der Bundestag mit den Stimmen der Fraktionen SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP und Die Linke für diesen Regierungsentwurf, sodass die vorgesehenen Änderungen¹⁹ durch Gesetz vom 11.7.2022 mit Wirkung vom 19.7.2022 geltendes Recht wurden.²⁰

Die Aufhebung des Verbots der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche wirft im Hinblick auf die liberale Entwicklung der Regelung ärztlicher Werbeverbote insbesondere folgende Fragen auf: Welche Vorschriften ziehen der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche infolge der Aufhebung von § 219a StGB ihre Grenzen? Werden diese trotz der Liberalisierung (ärztlicher) Werbeverbote der Regelungsmaterie der Abbruchwerbung – gerade auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht – gerecht? Handelt es sich bei der Aufhebung von § 219a StGB um den nächsten Schritt im Liberalisierungsprozess des ärztlichen Werberechts?

Um diese Fragen zu beantworten, werden zunächst die genauere Entwicklung vom Werbeverbot zum Werberecht für Ärzte und die gegenwärtigen Beschränkungen dieses Werberechts – mithin die geltenden Werbeverbote – untersucht. Sodann wird die Diskussion um § 219a StGB a.F. anhand einer Analyse des der Aufhebung zugrundeliegenden Regierungsentwurfes²¹ vor dem Hintergrund der zuvor nachvollzogenen Liberalisierung ärztlicher und allgemeiner Werbeverbote erörtert. Schwerpunktmäßig wird die Vereinbarkeit der Regulierung der Schwangerschaftsabbruchwerbung durch die geltenden ärztlichen und allgemeinen Werbeverbote mit der verfassungsgerichtlich beschriebenen Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens geprüft. Dabei nimmt die Arbeit weder eine Bewertung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum Schutz des ungeborenen Lebens vor noch untersucht sie das Regelungssystem der §§ 218 ff. StGB, auch wenn sich zeigen wird, dass eine vollständig von diesem losgelöste Betrachtung nicht möglich ist.

II. Vom Werbeverbot zum Werberecht für Ärzte

§ 25 Abs. 1 MBO-Ä²² in seiner bis 1997 geltenden Fassung untersagte Ärzten „jegliche Werbung“ für sich und andere Ärzte. Dieses von den Landesärztekammern in ihren Berufsordnungen umgesetzte absolute Werbeverbot galt als Konstante nicht nur der Ärzteschaft, sondern aller freien Berufe.²³

¹⁶ Koalitionsvertrag SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP, 2021, S. 116.

¹⁷ Referentenentwurf des BMJ vom 25.1.2022; abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/219a_StGB.html; zuletzt abgerufen am 28.4.2022.

¹⁸ BR-Drs. 161/22 = BT-Drs. 20/1635.

¹⁹ Neben der Aufhebung von § 219a StGB und der Anpassung des HWG wurden nach Art. 316n EGStGB alle Urteile, welche aufgrund des strafrechtlichen Verbots von Abbruchwerbung seit 3.10.1990 ergingen, aufgehoben und die zugrundeliegenden Verfahren eingestellt. Die in Fn. 11 erwähnte Verfassungsbeschwerde dürfte sich damit erledigt haben. Vgl. *Detterbeck*, in: *Sachs, GG*, 9. Aufl. (2021), Art. 92 Rn. 1a zu der verfassungsrechtlichen Problematik im Hinblick auf Art. 92 Hs. 1 GG, der als Konkretisierung des Gewaltenteilungsgrundsatzes des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG den Gesetzgeber verpflichtet, rechtskräftige Gerichtsentscheidungen zu respektieren.

²⁰ BGBl. I S. 1082; die Anträge der Fraktionen CDU/CSU (BT-Drs. 20/1017), Die Linke (BT-Drs. 20/1736) und AfD (BT-Drs. 20/1505 und 20/1866) wurden hingegen abgelehnt; vgl. zur entsprechenden Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drs. 20/2404; neben den die Aufhebung des § 219a StGB begleitenden Änderungen von HWG und EGStGB wurde zudem § 13a SchKG zwecks Klarstellung um einen Abs. 3 ergänzt, nach dem den genannten Institutionen sachliche und berufsbezogene Informationen über die Durchführung von Abbrüchen unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1–3 StGB „gestattet“ sind.

²¹ BR-Drs. 161/22 = BT-Drs. 20/1635.

²² DÄBl. 1994, A-53 (A-56 f.).

²³ *Lorz*, NJW 2002, 169; vgl. zur Entwicklung und Bedeutung des Begriffs „freier Beruf“ *Bomba*, Verfassungsmäßigkeit berufs- und standesrechtlicher Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, 2003, S. 47 ff.

1. Entwicklung der Rechtsprechung

Das *BVerfG* rüttelte bereits im Jahr 1985 erstmalig an diesem absoluten Werbeverbot, als es im sog. Frischzellenbeschluss²⁴ das Verbot „jeglicher Werbung“ unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1 GG auf das Verbot „berufswidriger Werbung“ reduzierte.²⁵ Daraufhin folgte ein Jahrzehnt ohne bemerkenswerte Entwicklungen, bevor erneut das *BVerfG* 1996 im sog. Apothekerwerbungsbeschluss²⁶ der immer noch praktisch auf ein vollständiges Werbeverbot aller freien Berufe hinauslaufenden Rechtsprechung eine Absage erteilte.²⁷ Es wurde klargestellt, dass auch bei Apothekern – als Freiberuflern – Beschränkungen aufgrund von Werbeverboten als Eingriffe in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit nur dann gerechtfertigt sind, wenn sie im Interesse des Gemeinwohls erfolgen und verhältnismäßig sind.²⁸ Ein vornehmlich dem Konkurrenzschutz dienendes Werbeverbot sei hingegen nicht legitim.²⁹ Sukzessive wurden diese Wertungen auf die anderen freien Berufe³⁰ übertragen, bis letztlich im sog. Tierarztbeschluss³¹ auch bei den Ärzten (nicht nur Tierärzten) der Kurswechsel vom Werbeverbot zum Werberecht vollzogen wurde.³²

Auch danach ergingen weitere Entscheidungen des *BVerfG*³³, die verdeutlichten, dass sich aus dem ehemaligen Werbeverbot ein verfassungsrechtlich geschütztes Werberecht entwickelt hat.³⁴ Dieser Liberalisierungstrend in der nationalen Rechtsprechung wurde durch Entscheidungen auf europäischer Ebene unterstützt.³⁵

2. Reaktion der Ärzteschaft

Um einen Gleichlauf mit der Rechtsprechung herzustellen³⁶, vollzog sich im Berufsrecht der Ärzte ein Wandel in drei Schritten: In der von 1997 bis 2000 geltenden Fassung des § 27 Abs. 1 S. 2 MBO-Ä³⁷ waren erstmals in engem Rahmen bestimmte sachliche Informationen ausdrücklich vom allgemeinen Werbeverbot ausgenommen.

Mit der Novellierung der MBO-Ä durch den 103. Deutschen Ärztetag 2000 wurden der Ärzteschaft sodann in einem zweiten Schritt gem. § 27 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä a.F.³⁸ grundsätzlich sachliche Informationen gestattet. In Detailregelungen zu den verschiedenen Darstellungsformen wurden diese näher bestimmt. Das Werbeverbot wurde zudem ausdrücklich auf ein Verbot berufswidriger Werbung reduziert, § 27 Abs. 1 S. 3 MBO-Ä a.F. Der systematische Wechsel innerhalb der Vorschrift, durch den die Zulässigkeit sachlicher Informationen vor das Verbot berufswidriger Werbung gezogen wurde, verdeutlichte die Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses.³⁹

Durch den 105. Deutschen Ärztetag 2002 wurde in einem dritten Schritt § 27 MBO-Ä a.F.⁴⁰ erneut geändert. Das Werberecht der Ärzte erfuhr eine erhebliche Stärkung, indem auf die die zulässigen Informationen beschränkenden Detailregelungen verzichtet wurde. Dadurch wurde das Verbot berufswidriger Werbung in seiner auch heute noch weitestgehend geltenden Fassung geschaffen. Nach Umsetzung dieser Reduktion des ärztlichen Werbeverbots

²⁴ BVerfGE 71, 162; ausf. dazu *Rieger*, in: FS-Laufs, 2006, S. 1025 f.

²⁵ *Rieger*, in: FS-Laufs, 2006, S. 1025 (1026).

²⁶ BVerfGE 94, 372.

²⁷ *Kleine-Cosack*, NJW 2003, 868.

²⁸ BVerfGE 94, 372 (389 f.).

²⁹ BVerfGE 94, 372 (395).

³⁰ Etwa in *BVerfG*, NJW 2000, 3195 auf Rechtsanwälte.

³¹ *BVerfG*, NJW 2002, 3091.

³² *Kleine-Cosack*, NJW 2003, 868; ferner *Lorz*, NJW 2002, 169, der generell eine „Erhöhung der verfassungsrechtlichen Kontrolldichte“ gegenüber berufsrechtlichen Werbeverboten feststellte.

³³ Etwa BVerfGE 106, 181; *BVerfG*, NJW 2004, 2659; für einen Überblick über die jüngere Rspr. *Rumetsch/Kalb*, *Ärztliches Werberecht*, 2015, Rn. 83 ff.

³⁴ *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, § 13 Rn. 73.

³⁵ *EGMR*, NJW 2003, 497, wonach die berufliche Außerdarstellung des Arztes von Art. 10 EMRK erfasst ist; *EuGH*, GRUR 2017, 627, wonach ein absolutes Werbeverbot für (zahn-)ärztliche Leistungen mit Art. 56 AEUV unvereinbar ist.

³⁶ *Raschke*, NJW 2015, 825 (826).

³⁷ DÄBl. 1997, A-2354 (A-2359).

³⁸ DÄBl. 2000, A-2730.

³⁹ *Rieger*, in: FS-Laufs, 2006, S. 1025 (1027).

⁴⁰ DÄBl. 2004, A-292 (A-293).

durch die Satzungsversammlungen der Landesärztekammern in ihren jeweiligen Berufsordnungen kam der bisherige Liberalisierungsprozess in der berufsrechtlichen Normsetzung⁴¹ zu seinem Ende.

3. Beitrag des Gesetzgebers

Neben den Entwicklungen in Rechtsprechung und Berufsrecht trug auch der Gesetzgeber zur Stärkung des ärztlichen Werberechts bei. Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 19.12.2012 wurden einige allgemein geltende, aber für Ärzte besonders relevante, Verbote aus dem Verbotskanon des § 11 Abs. 1 S. 1 HWG gestrichen.⁴² Beispielsweise wurde das sog. Weißkittelverbot (Nr. 4) aufgehoben, nach dem es verboten war, mit Bildern in Berufskleidung und bei der Berufsausübung zu werben. Darüber hinaus ist seitdem grundsätzlich (sofern nicht missbräuchlich, abstoßend oder irreführend) die Werbung mit sog. Vorher-Nachher-Bildern des menschlichen Körpers gestattet (vgl. Nr. 5), nicht medizinisch indizierte plastisch-operative Eingriffe ausgenommen, § 11 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 HWG.

4. Wandel ärztlicher Tätigkeit als maßgeblicher Antrieb der Liberalisierung

Im Zuge der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung der Medizin in den letzten Jahrzehnten stellte sich das klassische ärztliche Leitbild des Generalisten als überholt heraus.⁴³ Der moderne Arzt deckt in der Tendenz nur noch einen Teilbereich früherer ärztlicher Tätigkeit ab, diesen jedoch mit besonderem wissenschaftlichen Tiefgang.⁴⁴ Mit diesem Wandel vom Generalisten zum Spezialisten gingen umfangreicher betrieblicher Aufwand, häufig kostenintensive Investitionen in technische Ausstattung sowie das Bedürfnis, die Öffentlichkeit über innovative Methoden zu informieren, einher.⁴⁵ Transparenz der Leistungsangebote zwecks Patientenakquise wurde vor diesem Hintergrund eine Notwendigkeit, mit der ein generelles Werbeverbot nicht mehr vereinbar war.

Um den Fortschritt der Medizin nicht durch die Behinderung von Ärzten in ihrer Berufsausübung als Experten zu stoppen⁴⁶, wurde ein gewisses Maß an Leistungswettbewerb – inklusive ärztlicher Werbetätigkeit – akzeptiert. Ein solcher scheint zunächst mit dem freiberuflichen Berufsethos, das durch ein besonderes Maß an Verantwortung für die Allgemeinheit sowie den Verzicht auf vorrangiges Gewinnstreben geprägt ist⁴⁷, in Konflikt zu treten.⁴⁸ Jedoch ist dem entgegenzuhalten, dass dieses Berufsethos wirtschaftliche Unabhängigkeit⁴⁹ voraussetzt, zu deren Gewährleistung das ärztliche Werberecht beiträgt. So ist es etwa einem Anfänger kaum möglich, sich gegen etablierte Konkurrenz zu behaupten, ohne mit Werbung auf sich aufmerksam zu machen.⁵⁰

Demnach ist der bisherige Liberalisierungsprozess vom generellen Werbeverbot zum weitreichenden Werberecht als eine gebotene Anpassung an die wirtschaftlichen Bedürfnisse moderner ärztlicher Tätigkeit zu sehen.⁵¹

⁴¹ Vgl. hingegen zur sich nur zögerlich anpassenden Rspr. der Berufsgerichte *Bahner*, GesR 2012, 1 ff.

⁴² BGBl. I S. 2192, 2219.

⁴³ *Papier/Petz*, NJW 1994, 1553.

⁴⁴ *Papier/Petz*, NJW 1994, 1553.

⁴⁵ *Laufs*, NJW 2001, 1768 f.

⁴⁶ *Kern/Rehborn*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, § 16 Rn. 1.

⁴⁷ *Papier/Petz*, NJW 1994, 1553.

⁴⁸ So spricht etwa *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, § 164 Rn. 5 in einem scheinbaren Widerspruch zu § 1 Abs. 2 Hs.1 BÄO und § 1 Abs. 1 S. 2 MBO-Ä von einer zunehmenden „Verquickung zwischen ärztlicher Tätigkeit und gewerblichem Engagement“.

⁴⁹ *Papier/Petz*, NJW 1994, 1553.

⁵⁰ *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 7. Aufl. (2014), Rn. 66 m.w.N.

⁵¹ Hingegen sehen *Gercke/Leimenstoll/Stirner*, *Handbuch Medizinstrafrecht*, 2020, Rn. 1313 insbes. die Patientenautonomie als Antrieb der Liberalisierung; anders *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *ArztR*, 8. Aufl. (2021), Rn. 37, der auf den Arzt als „Bürger in der Mediengesellschaft“ verweist.

III. Aktuelle Beschränkungen des Werberechts

Beinahe 40 Jahre nach dem Frischzellenbeschluss des *BVerfG*⁵² ist es trotz fortlaufender Liberalisierung bis heute nicht zu einer vollständigen Abkehr von ärztlichen Werbeverboten gekommen. § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä statuiert immer noch das Verbot berufswidriger Werbung. Wie § 27 Abs. 3 S. 5 MBO-Ä klarstellt, bleiben Werbeverbote aufgrund anderer Gesetze unberührt, sodass dem ärztlichen Werberecht zudem allgemeine – nicht nur für Ärzte geltende – Grenzen gezogen sind. So ist neben dem HWG das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) für die Außerdarstellung von Ärzten als Unternehmern zu beachten.⁵³

1. Verfassungsrechtliche Legitimation

Werbeverbote greifen in die ärztliche Berufsfreiheit ein, da Werbung berufsbezogene Tätigkeit darstellt und somit von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.⁵⁴ Während der gesetzliche Regelungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nach h.M.⁵⁵ die gesamte Berufsfreiheit betrifft, wird bei den an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen zu stellenden Anforderungen zwischen Berufswahl und Berufsausübung differenziert. Unabhängig davon, ob man an der sog. Stufenlehre des *BVerfG*⁵⁶ festhält, in ihr lediglich die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sieht⁵⁷ oder sich ihr entgegenstellt⁵⁸, ist im Hinblick auf die aktuellen Beschränkungen ärztlicher Werbetätigkeit festzuhalten, dass sie die Berufsausübungsfreiheit betreffen und insofern die relativ geringsten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen sind.⁵⁹ Die üblicherweise vom *BVerfG* bemühte Formel verlangt, dass sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert sein müssen, verhältnismäßig sind und den Grundrechtsträger nicht übermäßig und unzumutbar belasten.⁶⁰

Zwar sind Werbebeschränkungen in erster Linie an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, aber darüber hinaus sei erwähnt, dass werbende Tätigkeit auch von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erfasst ist, welcher zudem die Informationsfreiheit des Patienten schützt.⁶¹

2. Das berufsrechtliche Verbot berufswidriger Werbung

Der Regelungsvorbehalt „aufgrund Gesetzes“ i.S.d. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG erfasst auch Satzungen, die von mit Autonomie ausgestatteten Körperschaften des öffentlichen Rechts erlassen wurden.⁶² Insofern stellen die Verbote berufswidriger Werbung in den ärztlichen Berufsordnungen der Länder grundsätzlich taugliche Eingriffsgrundlagen dar, weil die Heil- und Kammergesetze der Länder die Kammern zum Erlass entsprechender Satzungen ermächtigen.⁶³

Die Satzungsversammlungen der Landeskammern orientieren sich weitgehend an der MBO-Ä⁶⁴, sodass die ärztlichen Berufsordnungen der Länder in Übereinstimmung mit § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä das Verbot berufswidriger

⁵² Dazu s.o. II. 1.

⁵³ Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Rn. 38; auch zu beachten sind die Vorgaben von TMG, Datenschutzgesetzen und GOÄ.

⁵⁴ BVerfGE 85, 248 (256); Riedel, GesR 2008, 1 m.w.N.

⁵⁵ BVerfGE 7, 377 (401); Jarass, in: Jarass/Pieroth, 16. Aufl. (2020), Art. 12 Rn. 27; Ruffert, in: BeckOK-GG, 50. Ed. (Stand: 15.2.2022), Art. 12 Rn. 73 f.

⁵⁶ BVerfGE 7, 377 (405 f.); BVerfGE 16, 286 (297).

⁵⁷ Vgl. die dahingehende Entwicklung in BVerfGE 46, 120 (138); ausf. dazu Mann, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 137 ff. m.w.N.

⁵⁸ Mann, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 152 ff. m.w.N.

⁵⁹ BVerfGE 94, 372 (389); Papier/Petz, NJW 1994, 1553 (1558); Lorz, NJW 2002, 169 (170).

⁶⁰ Etwa BVerfGE 85, 248 (259); BVerfGE 106, 181 (192); krit. Hufen, NJW 1994, 2913 (2917 f.).

⁶¹ Dazu Riedel, GesR 2008, 1 f.

⁶² Papier/Petz, NJW 1994, 1553 (1556); Lorz, NJW 2002, 169 (170).

⁶³ Nach BVerfGE 33, 125 (156 ff.) zulässig.

⁶⁴ Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Rn. 42.

Werbung enthalten.⁶⁵ Aufgrund der generalklauselartigen Formulierung ist dieses – am berufsspezifischen Gemeinwohlzweck ausgerichtet – verfassungskonform auszulegen.⁶⁶

a) Bestimmung des berufsspezifischen Gemeinwohlzwecks

Gem. § 27 Abs. 1 MBO-Ä liegt der Zweck des Verbots berufswidriger Werbung in der „Gewährleistung des Patientenschutzes durch sachgerechte und angemessene Information“ und der „Vermeidung einer dem Selbstverständnis der Ärztin oder des Arztes zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufes.“

Letzteres stellt für sich genommen keinen tauglichen Gemeinwohlzweck dar.⁶⁷ Denn ökonomische Absicherung ist die Grundvoraussetzung einer medizinischen Versorgung durch Ärzte, sodass die Unterbindung der Erzielung eines ökonomischen Erfolges nicht zu wünschen ist. Zudem besitzt das ärztliche Selbstverständnis in Anspielung auf das freiberufliche Berufsethos keine eigenständige verfassungsrechtliche Legitimationskraft.⁶⁸ Ebenso wenig stellt Konkurrenzschutz einen tauglichen Gemeinwohlzweck dar⁶⁹, da dieser lediglich Kollegialitätsinteressen und damit gerade nicht Interessen der Allgemeinheit verfolgt.

Ausgangspunkt der Zweckbestimmung muss die Tatsache sein, dass es in der Natur des Arztberufes liegt, dass er negative Auswirkungen auf die Gesundheit der Patienten und der Bevölkerung haben kann, wenn die berufliche Selbstdarstellung sich vorrangig am persönlichen Gewinnstreben und nicht an der ärztlichen Berufspflicht orientiert, der „Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes“ zu dienen, § 1 Abs. 1 BÄO.⁷⁰ Eine Verletzung dieser grundlegenden Berufspflicht kann das Vertrauen der Patienten in die Ärzteschaft als wichtigste Institution des Gesundheitsschutzes erschüttern⁷¹ und dadurch ihre Funktionalität gefährden.⁷² Die Gewährleistung funktionsgerechter Berufsausübung durch Bewahrung des Vertrauens in die Ärzteschaft ist jedoch Grundvoraussetzung für den medizinischen Schutz der Gesundheit der Bevölkerung. Dieser Gesundheitsschutz⁷³ ist der berufsspezifische Gemeinwohlzweck, zu dessen Sicherung die berufsrechtlichen Schranken in verfassungsrechtlich zulässiger Weise die Berufs- und Meinungsfreiheit der Ärzte beschränken.⁷⁴

Demnach muss für sachgerechte und angemessene Informationen, die das Vertrauensverhältnis zwischen Ärzten und Patienten nicht gefährden können, im rechtsgeschäftlichen Verkehr Raum bleiben, da deren Unterbindung nicht den bestimmten Gemeinwohlzweck fördert.

b) Verfassungskonforme Auslegung

Als Werbung kommt jedes Verhalten in Betracht, das planvoll darauf ausgelegt ist, andere dafür zu gewinnen, das eigene Leistungsangebot in Anspruch zu nehmen.⁷⁵ Damit kann im Grundsatz jede Information bei entsprechender Darstellung als Werbung qualifiziert werden, sodass die Verbotsreichweite nicht über den Werbebegriff, sondern über die Bestimmung von „berufswidrig“ zu begrenzen ist.⁷⁶ Nach § 27 Abs. 3 S. 2 MBO-Ä ist berufswidrig ins-

⁶⁵ Vgl. etwa § 27 Abs. 2 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns.

⁶⁶ Quaas, in: Quaas/Zuck/Clemens, § 13 Rn. 78; vgl. BVerfGE 71, 162 (171 ff.) zur grds. verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit berufswidriger Werbung bei entsprechender Auslegung; ausf. dazu Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, II Rn. 43 ff.

⁶⁷ Bomba, S. 273 ff.; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Rn. 50.

⁶⁸ Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl. (2018), Art. 12 Rn. 165 m.w.N.

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 94, 372 (395) bei Apothekern.

⁷⁰ Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Rn. 46; vgl. etwa auch Scholz, in: Spickhoff, MBO-Ä, 3. Aufl. (2018), § 27 Rn. 1, der nicht auf § 1 Abs. 1 BÄO, sondern generell medizinische Notwendigkeit abstellt.

⁷¹ Fritzsche, WRP 2013, 272.

⁷² Bomba, S. 297; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Rn. 46.

⁷³ Vgl. § 27 Abs. 1 MBO-Ä: „Patientenschutz“.

⁷⁴ So auch Fritzsche, WRP 2013, 272 f.; Bomba, S. 297; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Rn. 46 m.w.N.; krit. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 Rn. 166 f., der eine konkrete Gefährdung fordert.

⁷⁵ BVerfGE 111, 366 (378); Scholz, in: Spickhoff, MBO-Ä, § 27 Rn. 3.

⁷⁶ Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Rn. 52.

besondere anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. Bei der Bestimmung dieser drei Berufswidrigkeitskategorien sowie potenzieller unbenannter Fälle („insbesondere“) ist in Übereinstimmung mit dem verfolgten Gemeinwohlzweck stets darauf abzustellen, ob eine Werbemaßnahme dazu geeignet ist, das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient zu belasten.

aa) Anpreisende Werbung

Dementsprechend wird unter „anpreisend“ i.S.d. § 27 Abs. 3 S. 2 MBO-Ä eine besonders nachdrückliche Form der Werbung verstanden, die sich reißerischer und marktschreierischer Mittel bedient und die primär durch die Verwendung von Übertreibungen und Superlativen gekennzeichnet ist.⁷⁷ Das zugespitzte Herausstellen des Positiven ist dabei nicht als anpreisend zu werten, solange es mit dem Vertrauensverhältnis zu Patienten vereinbar ist.⁷⁸ Daraus ergibt sich ein äußerst restriktives Verständnis eines dem allgemeinen Sprachgebrauch nach weiten Begriffs, den das BVerfG im Jahr 2005 bestätigte, als es festhielt, eine Aussage sei nicht anpreisend, wenn sie vor allem die Stärkung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patienten bewirke.⁷⁹ Im zugrundeliegenden Sachverhalt hielt es das BVerfG für zulässig, dass ein Orthopäde damit warb, „er sei die unangefochtene Nr. 1 bei Bandscheibenvorfällen“ und oft würden die bisher auf einen Rollstuhl angewiesenen Patienten „am Tag nach der Operation gesund und munter auf den Beinen stehen, den Arzt anstrahlen und mit der Assistentin ein Tänzchen wagen“.⁸⁰

bb) Vergleichende Werbung

Ein ebenfalls kleiner Anwendungsbereich kommt der Berufswidrigkeitskategorie „vergleichender“ Werbung zu. Denn ein gewisser vergleichender Charakter liegt in der Natur von Werbung, da sie auf Kundenakquise zulasten der Konkurrenz angelegt ist.⁸¹ Dies ist mit Blick auf den verfolgten Gemeinwohlzweck, der gerade nicht im Schutz der Konkurrenz liegt, auch zu tolerieren.⁸² Erst, wenn aus dem in Frage stehenden Vergleich eine für den Patienten verwirrende, unverständliche und damit das Vertrauensverhältnis belastende Situation resultiert, ist Berufswidrigkeit gegeben.⁸³

cc) Irreführende Werbung

„Irreführende“ Werbung, die auch im HWG und UWG verboten ist, ist solche, die dazu geeignet ist, bei den angesprochenen Verkehrskreisen falsche Vorstellungen über ärztliche Leistungsangebote hervorzurufen und dadurch Patienten zu beeinflussen, wobei es nicht zu einer tatsächlichen Irreführung kommen muss.⁸⁴ Es sind hohe Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit bei gesundheitsbezogener Werbung zu stellen.⁸⁵ Denn Fehlinformation in diesem Rahmen vermag es, das schutzbedürftige Vertrauen der Patienten nachhaltig zu erschüttern. Insofern verlangt der verfolgte Schutzzweck keine beschränkende Auslegung.

⁷⁷ Raschke, NJW 2015, 825 (826); Scholz, in: Spickhoff, MBO-Ä, § 27 Rn. 8 m.w.N.

⁷⁸ Scholz, in: Spickhoff, MBO-Ä, § 27 Rn. 8.

⁷⁹ BVerfG, NJW 2006, 282 (283).

⁸⁰ Dazu und Zitate aus Raschke, NJW 2015, 825 (826).

⁸¹ BVerfG, NJW 2003, 3472 (3473).

⁸² BVerfG, NJW 2003, 3472 (3473); Raschke, NJW 2015, 825 (826).

⁸³ Vgl. BVerfG, NJW 2011, 665 (667), wonach es unter Hinweis auf mangelndes Verwirrungspotenzial für zulässig erklärt wurde, dass ein Zahnarzt auf einem Preisvergleichsportal auf Anfrage des Kunden in direkten Preisvergleich mit einem anderen Zahnarzt trat; zum Ergebnis der Unzulässigkeit müsste hingegen konsequenterweise Scholz, in: Spickhoff, MBO-Ä, § 27 Rn. 11 kommen, wenn er „vergleichend“ mit der Legaldefinition des § 6 Abs. 1 UWG bestimmt, ohne die Erfüllung der Unlauterkeitstatbestände nach Abs. 2 zu verlangen.

⁸⁴ Rumetsch/Kalb, Rn. 46; Maus, in: MAH-MedR, 3. Aufl. (2020), § 7 Rn. 16.

⁸⁵ Maus, in: MAH-MedR, § 7 Rn. 16.

c) Zusammenfassung

Das berufsrechtliche Werbeverbot ist unter strikter Orientierung am bestimmten Gemeinwohlzweck des Gesundheitsschutzes durch Sicherung der funktionsgerechten ärztlichen Berufsausübung dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass „anpreisende“ und „vergleichende“ Werbung nur in Ausnahmefällen gegeben ist.⁸⁶

3. Werbeschränkungen des HWG

Die Werbung für die in § 1 Abs. 1 HWG genannten Produkte und Verfahren wird den besonderen Beschränkungen des HWG unterworfen, die grundsätzlich auch von Ärzten zu beachten sind (vgl. § 27 Abs. 3 S. 5 MBO-Ä).

a) Anwendung auf ärztliche Werbetätigkeit

Jedoch betrifft das HWG ärztliche Werbung nur in einem Teilbereich: Die Beschränkungen gelten nur insofern, als Ärzte für konkrete Verfahren oder Mittel werben. Hingegen unterliegt die Werbung für die eigene ärztliche Tätigkeit, Praxis oder Person nicht dem HWG, wofür bereits der maßgebliche Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG streitet, der weder die Regulierung ärztlicher Behandlung noch deren Darstellung erfasst.⁸⁷ Dafür spricht auch der Schutzzweck, der darin besteht, Gefahren zu begegnen, die den Gesundheitsinteressen der Allgemeinheit durch unsachgemäße Selbstmedikation mit Arzneimitteln oder den Fehlgebrauch anderer Mittel drohen.⁸⁸ Es sollen die besonderen Gefahren von Heilmittelwerbung für Kranke, die sich regelmäßig in einer besonderen physischen oder psychischen Situation befinden, in der sie tendenziell Heilmittelwerbung unkritischer begegnen, abgewendet werden.⁸⁹ Die Gefahr einer unsachgemäßen Selbstmedikation infolge leichter Beeinflussbarkeit besteht jedoch nicht, wenn ein Arzt beispielsweise nicht ein konkretes Arzneimittel bewirbt, sondern seine eigene Tätigkeit, die die Verabreichung dieses Mittels umfasst. Denn dann stellt er zwangsläufig selbst als derjenige, der die beworbene Tätigkeit erst noch ausführen muss, eine Kontrollinstanz dar, welche die aus der Beeinflussbarkeit resultierenden Gesundheitsgefahren abfängt.

Für eine weitergehende teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs treten *Ulsenheimer* und *Dießner*⁹⁰ ein, nach denen ärztliche Werbemaßnahmen, die nach Landesrecht zulässig sind, generell nicht nach §§ 1 ff. HWG verboten sein können. Zwar hat das HWG nach aktueller Rechtslage gerade auch im Hinblick auf § 27 Abs. 3 S. 4 MBO-Ä nur einen geringen Verbotsüberhang gegenüber dem Berufsrecht⁹¹, weshalb diese teleologische Reduktion kaum Auswirkungen haben sollte. Eine solche Kopplung des Anwendungsbereiches an die berufsrechtlichen Regelungen ist jedoch trotzdem abzulehnen, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb Ärzte bei produktbezogener Absatzwerbung bessergestellt sein sollten als etwa pharmazeutische Unternehmer. Es bleibt also bei der vom Berufsrecht unabhängigen Anwendung des HWG auf ärztliche Werbung für konkrete Verfahren und Mittel.⁹²

⁸⁶ Zutr. *Raschke*, NJW 2015, 825 (826), der den begrenzten Anwendungsbereich als Folge einer durch das *BVerfG* vorangetriebenen begrifflichen Erosion im Zuge des Liberalisierungsprozesses erkennt.

⁸⁷ *BVerfG*, NJW 2004, 2660 f.; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Rn. 40; *Maus*, in: MAH-MedR, § 7 Rn. 62; *Scholz*, in: Spickhoff, MBO-Ä, § 27 Rn. 13.

⁸⁸ *BVerfG*, NJW-RR 2007, 1048 (1049); *BGH*, NJW-RR 2003, 478 (479) m.w.N.

⁸⁹ *Fritzsche*, in: Spickhoff, HWG, Vor Rn. 1; *Rumetsch/Kalb*, Rn. 16; *Maus*, in: MAH-MedR, § 7 Rn. 62.

⁹⁰ *Ulsenheimer/Dießner*, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. (2020), Rn. 1200 unter Verweis auf *BGH*, NJW 1971, 1889 und *Frehse*, NZS 2003, 11 (12), die jedoch lediglich von einer teilweisen teleologischen Reduktion ausgehen, jeweils bezogen auf eine konkrete HWG-Norm.

⁹¹ *Scholz*, in: Spickhoff, MBO-Ä, Vor Rn. 1.

⁹² So auch *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Rn. 40; *Maus*, in: MAH-MedR, § 7 Rn. 62.

b) Die maßgeblichen Vorschriften

In Übereinstimmung mit dem Gesetzesziel, das von einer höheren Schutzbedürftigkeit medizinisch ungeschulter Werbungsrezipienten⁹³ ausgeht, differenzieren einige Verbote des HWG zwischen Fachkreis- und Publikumswerbung, wobei für letztere der im Zuge des Liberalisierungsprozesses ausgedünnte Verbotsskanon des § 11 Abs. 1 HWG die Zentralnorm darstellt. Zudem ist § 3 HWG, der irreführende Werbung untersagt, anzuführen. Vorsätzliche⁹⁴ Verstöße gegen diesen sind nach dem Blanketttatbestand des § 14 HWG unter Strafe gestellt.⁹⁵ Auch dieses Verbot beschränkt sich vor dem Hintergrund der gesetzlichen Zielrichtung des HWG und des Kompetenztitels des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG jedoch nur auf einen Teilbereich der ärztlichen Werbung, nämlich auf die „produktbezogene Absatzwerbung“⁹⁶.

c) Verhältnis zu Berufsrecht und UWG

Im Vergleich zu den berufsrechtlichen Werbeverboten ist festzuhalten, dass diese insofern einen Verbotsüberhang vorweisen, als sie auch die Informationsdarstellungen betreffen, die kein konkretes Verfahren oder Mittel bewerben. Der Bereich, in dem ärztliche Werbung nach dem HWG untersagt ist, ohne gleichzeitig einen Verstoß gegen berufsrechtliche Werbeverbote darzustellen, ist im Hinblick auf § 27 Abs. 3 S. 4 MBO-Ä und darauf, dass irreführende Werbung berufswidrig ist, gering.

Die spezialgesetzlichen Normen des HWG lassen die Anwendung des UWG gem. § 17 HWG unberührt, sodass dem Lauterkeitsrecht letztlich Ergänzungsfunktion zukommt: Die §§ 3, 3a UWG begründen bei Verstößen gegen die Verbote des HWG als Marktverhaltensregeln neben den Sanktionsmöglichkeiten der §§ 14 ff. HWG Beseitigungs-, Unterlassungs- und (bei Verschulden) Schadensersatzansprüche gem. §§ 8, 9 UWG.⁹⁷

4. Werbebeschränkungen des UWG

Das UWG bestimmt allgemeine Grenzen zulässiger Werbetätigkeit und schützt gem. § 1 UWG alle Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Da es sich bei berufsrechtlichen Werbeverboten um Marktverhaltensregeln handelt, ist jeder Verstoß gegen diese vom Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG erfasst und stellt die lauterkeitsrechtsspezifischen Rechtsfolgen zur Verfügung.⁹⁸ Verstöße gegen berufsrechtliche Werbeverbote durch irreführende Werbung stellen zudem in aller Regel zugleich irreführende geschäftliche Handlungen i.S.d. §§ 5, 5a UWG dar.⁹⁹

§ 16 Abs. 1 UWG stellt als abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Betrugs (§ 263 Abs. 1 StGB)¹⁰⁰ irreführende Werbung durch unwahre Angaben in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, unter Strafe, wenn in der Absicht geworben wird, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Da § 16 Abs. 1 UWG nur bei „unwahren Angaben“ greift und damit in seinem Anwendungsbereich enger als § 5 UWG ist, der auch „sonstige zur Täuschung geeignete Angaben“ erfasst¹⁰¹, kommt ihm lediglich marginale praktische Bedeutung zu.¹⁰²

⁹³ Rumetsch/Kalb, Rn. 16.

⁹⁴ Vgl. § 15 Abs. 2 HWG zu fahrlässigen Verstößen.

⁹⁵ Für eine verfassungskonforme Auslegung der Regelbeispiele („insbesondere“) des § 3 S. 2 HWG als abschließend: Ulsenheimer/Dießner, in: Ulsenheimer/Gaede, Rn. 1202; Gercke/Leimenstoll/Stirner, Rn. 1328; dagegen: Fritzsche, in: Spickhoff, HWG, § 14 Rn. 1.

⁹⁶ Ulsenheimer/Dießner, in: Ulsenheimer/Gaede, Rn. 1199.

⁹⁷ Rumetsch/Kalb, Rn. 18 f.

⁹⁸ Niebel/Kerl, in: BeckOK-UWG, 16. Ed. (Stand: 25.3.2022), § 3a Rn. 134 m.w.N.

⁹⁹ Rumetsch/Kalb, Rn. 8.

¹⁰⁰ Gercke/Leimenstoll/Stirner, Rn. 1317.

¹⁰¹ Gercke/Leimenstoll/Stirner, Rn. 1319.

¹⁰² Ulsenheimer/Dießner, in: Ulsenheimer/Gaede, Rn. 1192 f.

Der werberechtliche Unterschied von UWG und ärztlichem Berufsrecht jenseits des § 3a UWG liegt vor allem darin, dass Lauterkeitsrecht anpreisende Werbung nicht untersagt, mithin das berufsrechtliche Verbot berufswidriger Werbung weiter reicht.¹⁰³

5. Zusammenfassung: Weitere Liberalisierung?

Die geltenden berufsrechtlichen Werbeverbote weisen gegenüber den allgemeinen Beschränkungen von UWG und HWG als Folge der Änderungen der MBO-Ä¹⁰⁴ und eines restriktiveren (verfassungskonformen) Verständnisses von Berufswidrigkeit¹⁰⁵ nur noch einen geringen Verbotsüberhang bei ärztlicher Werbetätigkeit auf.

Dass mittlerweile die Mehrheit der Fälle, die von den berufsrechtlichen Werbeverböten erfasst sind, auch von UWG und HWG abgedeckt werden, nehmen *Fritzsche*¹⁰⁶ und *Kleine-Cosack*¹⁰⁷ zum Anlass, um den vollständigen Verzicht auf berufsrechtliche Werbeverbote zu fordern. Dem ist entgegenzuhalten, dass das berufsrechtliche Werbeverbot – wenn auch nur in einem geringen eigenständigen Anwendungsbereich – die Möglichkeit bietet, den berufsspezifischen Besonderheiten des Arztberufes Rechnung zu tragen. Mit seiner Ausrichtung am Gemeinwohlzweck der Volksgesundheit durch Sicherung der funktionsspezifischen Berufsausübung bietet es in seiner Handhabung eine dem allgemeinen Werberecht überlegene Anpasstheit an die Besonderheiten des Arztberufes und ist insofern ein wesentlicher Bestandteil des Patientenschutzes. Nicht trotz des geringen Anwendungsbereichs, sondern gerade wegen der notwendigen Korrekturwirkung in Einzelfällen empfiehlt sich der Verzicht auf berufsrechtliche Werbeverbote nicht.¹⁰⁸

Was bleibt, ist somit eine sich in den Rechtsfolgen aus berufsrechtlichen Ahndungsmöglichkeiten¹⁰⁹, Ansprüchen des UWG und Sanktionen des HWG ergänzende Regulierung des ärztlichen Werberechts, bei der § 27 Abs. 3 MBO-Ä die arzt spezifischen Grenzen zulässiger Werbung bestimmt.

IV. Diskussion um die Aufhebung des § 219a StGB

Der Aufstieg des § 219a StGB a.F. von einer praktisch und kriminalpolitisch bedeutungslosen¹¹⁰ Vorschrift hin zu einer Kontroverse, die die Gesellschaft, Politik, Gerichte und Literatur bis über dessen Aufhebung am 19.7.2022 hinaus umtrieb, war nicht nur Folge des aufsehenerregenden Verfahrens¹¹¹ einer Gießener Allgemeinmedizinerin.¹¹² Vielmehr dürfte auch die im Zuge der Liberalisierung verschärfte Diskrepanz zwischen der nach ärztlichem Werberecht zulässigen Werbung einerseits und der fortwährenden strafrechtlichen Sanktionierung der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch andererseits einen unterschätzten – wenn auch nur unbewussten – Antriebsfaktor der Bestrebungen zur Aufhebung des § 219a StGB dargestellt haben.

Um die Aufhebung des § 219a StGB vor dem Hintergrund der Liberalisierung des ärztlichen Werberechts beurteilen zu können, ist eine Auseinandersetzung mit der Begründung des zugrundeliegenden Gesetzentwurfes¹¹³ der Bundesregierung geboten.

¹⁰³ *Rumetsch/Kalb*, Rn. 9.

¹⁰⁴ S.o. II. 2.

¹⁰⁵ S.o. III. 2. b.

¹⁰⁶ *Fritzsche*, WRP 2013, 272 (283).

¹⁰⁷ *Kleine-Cosack*, NJW 2010, 1921 (1924) zum Werberecht aller freien Berufe, aber explizit bezogen auf Rechtsanwälte und Steuerberater.

¹⁰⁸ Im Ergebnis auch *Kalb*, GesR 2012, 143 (145 ff.); *Rumetsch/Kalb*, Rn. 10 f.

¹⁰⁹ Vgl. zu den berufsgerichtlichen Maßnahmen *Kern/Rehborn*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, § 17 Rn. 15 ff.

¹¹⁰ *Berghäuser*, JZ 2018, 497 m.w.N.

¹¹¹ S.o. Fn. 11.

¹¹² So etwa *Rogall*, in: FS-Merkel, 2020, S. 1181.

¹¹³ BR-Drs. 161/22 = BT-Drs. 20/1635.

Die für die Aufhebung angeführten Gründe lassen sich in vier zentrale Vorwürfe und Annahmen unterteilen, welche im Folgenden untersucht werden: Die Vorschrift transportiere Überreste nationalsozialistischer Ideologie in die Gegenwart (1.). Ihre Abschaffung sei mit der staatlichen Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens vereinbar (2.). Die Beschränkung der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch durch die Werbeverbote des ärztlichen Berufsrechts, HWG und UWG genüge ebendieser Pflicht (3.). Zudem beseitige die Aufhebung von § 219a StGB ein bestehendes Informationsdefizit von Schwangeren sowie eine Rechtsunsicherheit für Ärzte (4.). Da alle mit § 219a StGB a.F. befassten Gerichte von dessen Verfassungskonformität ausgegangen sind¹¹⁴, wurde die Aufhebung der Regelung wohl gerade nicht mit ihrer potenziellen Verfassungswidrigkeit begründet.¹¹⁵

1. § 219a StGB a.F. – ein Rechtsstaatsprodukt?

Vor seiner Aufhebung wurde die Legitimation von § 219a StGB mehrfach aufgrund seiner Einführung durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber in Politik¹¹⁶ und Literatur¹¹⁷ in Frage gestellt. Auch die „Ampel“-Koalition betonte im ersten Absatz der Begründung ihres Gesetzentwurfes einen vorgeblichen nationalsozialistischen Ursprung der Vorschrift, indem sie die Normgenese darauf reduzierte, dass die Vorschrift „auf ein Gesetz vom 26. Mai 1933 zurückgeht.“¹¹⁸ Ebenso wurde in den Stellungnahmen zum Referentenentwurf des Justizministeriums suggeriert, sie transportiere nationalsozialistisches Gedankengut in die Gegenwart.¹¹⁹

a) Entstehungsgeschichte

Das strafrechtliche Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft wurde durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933¹²⁰ als §§ 219, 220 RStGB eingeführt. Obwohl die Konzeption des Verbots – unter Aufgreifen von Entwürfen der Kaiserzeit – in die Zeit der Weimarer Republik fiel und somit aus einer kriminalrechtspolitisch liberalen Zeit stammt¹²¹, wussten die nationalsozialistischen Machthaber die Strafrechtsverschärfungen im Sinne ihrer NS-Sexual- und Vernichtungspolitik zu nutzen, um gegen unliebsame (jüdische und sozialistische) Ärzte vorzugehen.¹²²

Nach substantieller Veränderung der Vorschriften durch die Verordnung zur Durchführung der Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 18.3.1943¹²³ hielten nach 1949 zunächst weder die Besatzungsmächte noch die Gesetzgebung eine Reform der §§ 218 ff. StGB a.F. für geboten.¹²⁴ Nachdem mit dem 3. StrRG vom 4.8.1953¹²⁵ sodann die Fassung des Gesetzes von 1933 wiederhergestellt worden war, kam es erst durch das 5. StrRG vom 18.6.1974¹²⁶ wieder zu einer erheblichen Änderung: Die §§ 219, 220 StGB a.F. wurden zu einem im Wesentlichen mit dem bis 2019 geltenden § 219a StGB übereinstimmenden Werbeverbot zusammengefasst.¹²⁷ Die bis zur Aufhebung geltende – um Abs. 4 ergänzte – Fassung des § 219a StGB beruhte auf dem Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 22.3.2019¹²⁸.

¹¹⁴ Zuletzt *OLG Hamm*, medstra 2022, 133; dafür etwa auch *Kubicziel*, jurisPR-StrafR 4/2019, Anm. 1, III. 2.; krit. *Hoven*, Stellungnahme BR-Drs. 71/19 und BT-Drs. 19/7693, S. 3.

¹¹⁵ *Kubicziel*, medstra 2022, 1 (3).

¹¹⁶ Gesetzentwürfe der Bundestagsfraktionen Die Linke (BT-Drs. 19/93, S. 1); Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 19/630, S. 1).

¹¹⁷ *Frommel*, in: FS-Fischer, 2018, S. 1049 (1058 f.); *dies.*, jM 2019, 165 (168 f.).

¹¹⁸ BR-Drs. 161/22, S. 3 = BT-Drs. 20/1635, S. 9.

¹¹⁹ Vgl. etwa Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme Referentenentwurf, S. 1.

¹²⁰ RGBl. I S. 295.

¹²¹ *Kubicziel*, ZRP 2018, 13 (14); ausf. *Scholler*, KriPoZ 2021, 327 f.

¹²² Dazu ausf. *Frommel*, in: FS-Fischer, 2018, S. 1049 (1058).

¹²³ RGBl. I S. 169.

¹²⁴ *Frommel*, jM 2019, 165 (168); *Falterbaum*, medstra 2021, 224.

¹²⁵ BGBl. I S. 735.

¹²⁶ BGBl. I S. 1297.

¹²⁷ *Rogall*, in: SK-StGB, Band IV, 9. Aufl. (2017), § 219a Rn. 2.

¹²⁸ BGBl. I S. 350.

b) Ergebnis

Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass die Konzeption des Werbeverbots in eine kriminalpolitisch liberale Zeit fiel. Zwar genügt das nicht, um § 219a StGB a.F. den Stempel der Rechtsstaatlichkeit aufzudrücken. Jedoch wird deutlich, dass der demokratisch legitimierte und verfassungsrechtlich gebundene Gesetzgeber sich auch in den Jahrzehnten vor der Aufhebung schon mit dem Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche beschäftigt und es bestätigt hatte – sogar mehrfach und zuletzt 2019 nach einer intensiven gesamtgesellschaftlichen Debatte.¹²⁹ Insofern ist festzuhalten, dass es sich bei § 219a StGB a.F. um ein „rechtsstaatlich legitimes Gesetzesprodukt“¹³⁰ handelte und die auf die Einführung durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber verweisenden Vorwürfe die Normgenese unvollständig abbilden.

2. Vereinbarkeit der Aufhebung mit der Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens

Die zweite der Aufhebung des § 219a StGB zugrundeliegende Annahme des Gesetzgebers bestand darin, dass die Aufhebung mit den verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum Schutz des ungeborenen Lebens vereinbar – mithin ein strafrechtliches Verbot der Schwangerschaftsabbruchswerbung verfassungsrechtlich nicht geboten – sei. In ihrem Gesetzentwurf erkannte die Bundesregierung zwar, dass ein Zusammenhang zwischen § 219a StGB a.F. und der grundrechtlichen Staatspflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens existiere¹³¹, ging jedoch davon aus, § 219a StGB a.F. sei „kein tragender Pfeiler“¹³² des gegenwärtigen Schutzkonzepts und damit verzichtbar. Diese Annahme wird im Folgenden anhand einer Beurteilung der Rolle von § 219a StGB a.F. im Konzept zum Schutz des ungeborenen Lebens überprüft.

a) Normzweck und geschütztes Rechtsgut

Den Gesetzesmaterialien zum 5. StrRG zufolge wollte der Gesetzgeber mit dem Werbeverbot „verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird.“¹³³ Dabei sollte nicht nur „echte“, sondern auch „als Information getarnte Werbung“¹³⁴ untersagt werden. Dementsprechend bezweckte § 219a StGB a.F. die Vermeidung einer Verharmlosung von Schwangerschaftsabbrüchen in der Öffentlichkeit durch Propagierung in offener Form, in Informationsgestalt oder durch Kommerzialisierung.¹³⁵ Dies stellte keinen Selbstzweck dar, wovon *Merkel* aber ausgeht, wenn er den „gesellschaftlichen Klimaschutz“¹³⁶ als durch § 219a StGB a.F. geschütztes Kollektivrechtsgut ausmacht. Vielmehr zielte die Vermeidung der Normalisierung und Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen – und damit der Schutz des „gesellschaftlichen Klimas“ – auf den Schutz des ungeborenen Lebens ab dem Zeitpunkt der abgeschlossenen Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter schleimhaut (vgl. § 218 Abs. 1 S. 2 StGB, sog. Nidation) ab.¹³⁷ Insofern stellte sich § 219a StGB a.F. als abstraktes Gefährdungsdelikt schützend vor das menschliche Leben in seinen

¹²⁹ *Kubicziel*, ZRP 2018, 13 (14); *Rogall*, in: FS-Merkel, 2020, S. 1181 (1186).

¹³⁰ *Rogall*, in: FS-Merkel, 2020, S. 1181 (1186); vgl. auch *Duttge*, in: GS-Tröndle, 2019, S. 711 (717).

¹³¹ BR-Drs. 161/22, S. 4 = BT-Drs. 20/1635, S. 10; beachtlich vor dem Hintergrund, dass im Vorfeld der 2019-Reform der Begriff „Schutzpflicht“ in den Entwürfen der Fraktionen SPD (BT-Drs. 19/1046), Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 19/630) und FDP (BT-Drs. 19/820) keimhaft fiel; vgl. zur ausf. Besprechung der Entwürfe *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210; insofern auch krit. *Duttge*, in: GS-Tröndle, 2019, S. 711 f.

¹³² BR-Drs. 161/22, S. 5 = BT-Drs. 20/1635, S. 10.

¹³³ BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 17.

¹³⁴ BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 17.

¹³⁵ *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 219a Rn. 1; *Fischer*, 69. Aufl. (2022), § 219a Rn. 2 f.; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 219a Rn. 1; *Safferling*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 219a Rn. 1.

¹³⁶ *Merkel*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 219a Rn. 2; zust. *Scholler*, KriPoZ 2021, 327 (333).

¹³⁷ *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (211); *Fischer*, Vor §§ 218-219b Rn. 2; *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 219a Rn. 2; a.A. *Frommel*, NK 2021, 474 (484), die die Entscheidungsfreiheit der Schwangeren als von § 219a StGB a.F. geschütztes Rechtsgut bezeichnet.

vorgeburtlichen postnidativen Entwicklungsstadien.¹³⁸ Für das ungeborene Leben als geschütztes Rechtsgut sprach bereits die Systematik: § 219a StGB a.F. war im 16. Abschnitt des StGB unter den Straftaten gegen das Leben verortet, innerhalb derer er an die §§ 218 ff. StGB anschloss, die den Schwangerschaftsabbruch zum Gegenstand haben und das postnidanative ungeborene Leben schützen.¹³⁹

b) § 219a StGB a.F. im Konzept zum Schutz des ungeborenen Lebens

Über die Systematik hinaus fügte sich § 219a StGB a.F. auch in teleologischer Hinsicht in die §§ 218 ff. StGB als Bestandteil des Konzepts zum Schutz des ungeborenen Lebens ein.¹⁴⁰

Das *BVerfG* stellte in seinen sog. Schwangerschaftsabbruchentscheidungen klar, dass dem menschlichen Leben bereits in seinen vorgeburtlichen Entwicklungsstadien der objektive Schutzgehalt der grundrechtlichen Lebens- und Würdegarantie (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG) zukomme.¹⁴¹ Jedenfalls ab dem 14. Tag nach der Empfängnis, welcher mit der Nidation gleichgesetzt wird¹⁴², sei von einem menschlichen Individuum auszugehen, das einen eigenständigen Lebens- und Würdeschutz hat, der von der Mutter losgelöst und gleichwertig zum Schutz des geborenen Lebens auszugestalten sei.¹⁴³ Diese aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG erwachsene umfassende Schutzpflicht gebiete dem Staat, sich schützend und fördernd vor das ungeborene Leben zu stellen.¹⁴⁴ Auf welche Weise diese Verpflichtung erfüllt wird, sei dem Gesetzgeber überlassen, wobei die getroffenen Maßnahmen einen angemessenen und wirksamen Schutz gewährleisten müssen (Untermaßverbot).¹⁴⁵

Das *BVerfG* konkretisierte die staatliche Schutzpflicht dahingehend, dass der Gesetzgeber „den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben“¹⁴⁶ habe. „Die von der Verfassung geforderte rechtliche Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs muss auch in der Rechtsordnung unterhalb der Verfassung deutlich in Erscheinung treten.“¹⁴⁷ In diesen Vorgaben erkennt *Berghäuser* das Verlangen des *BVerfG* nach einem Konzept zum Schutz des ungeborenen Lebens, das dem Strafzweck der positiven Generalprävention besondere Bedeutung zumisst.¹⁴⁸ Im heutigen Schutzkonzept wird das Bewusstsein vom Wert des ungeborenen Lebens und von dem grundsätzlichen Unrecht seiner physischen Vernichtung durch das strafbewehrte Verbot des Schwangerschaftsabbruchs (§ 218 Abs. 1 StGB) sowie dessen nur ausnahmsweise Rechtfertigung bei Feststellung einer Indikationslage (§ 218a Abs. 2, 3 StGB) aufrechterhalten.¹⁴⁹ In diese positiv-generalpräventive Wirkweise des Schutzkonzeptes fügte sich § 219a StGB a.F. in teleologischer Hinsicht als ein „Annex zum Verbot des Abbruchs der Schwangerschaft“¹⁵⁰ ein, wie *Berghäuser* es beschreibt, indem der Gesetzgeber werbende Verhaltensweisen untersagte, die geeignet waren, das durch § 218 Abs. 1 StGB beförderte Unrechtsbewusstsein zu unterlaufen. Konkret bestand der positiv-generalpräventive Beitrag des § 219a StGB a.F.

¹³⁸ *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (212); *dies.*, KriPoZ 2019, 82 (84); *Fischer*, § 219a Rn. 2 f.; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 219a Rn. 1; a.A. *Mitsch*, KriPoZ 2019, 214 (215 ff.).

¹³⁹ *Falterbaum*, medstra 2021, 224 (225).

¹⁴⁰ *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (213); *dies.*, KriPoZ 2019, 82 (84); *Duttge*, in: GS-Tröndle, 2019, S. 711 (720); *Fischer*, § 219a Rn. 2 f.; *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 (14).

¹⁴¹ BVerfGE 39, 1 (37 u. 41); BVerfGE 88, 203 (251 f.).

¹⁴² BVerfGE 39, 1 (37).

¹⁴³ BVerfGE 39, 1 (36 f., 41 f. u. 59); *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (212); ausf. zur Art des grundrechtlichen Lebens- und Würdeschutzes (eigenständig, individuell, gleichwertig) *dies.*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 117 ff.

¹⁴⁴ BVerfGE 39, 1 (1 u. 41 f.).

¹⁴⁵ BVerfGE 39, 1 (44); BVerfGE 88, 203 (254); *Falterbaum*, medstra 2021, 224 (226).

¹⁴⁶ BVerfGE 88, 203 (261).

¹⁴⁷ BVerfGE 39, 1 (53).

¹⁴⁸ *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (213); weiterführend zur positiv-generalpräventiven Zielsetzung *dies.*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 124 ff.

¹⁴⁹ *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (213); nicht indizierte Abbrüche (also solche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 StGB) sind mangels notstandsähnlicher Konfliktlage nach BVerfGE 88, 203 (270) sogar rechtswidrig.

¹⁵⁰ *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (213); *dies.*, KriPoZ 2019, 82 (84); zust. *Falterbaum*, medstra 2021, 224 (227).

in der Verhinderung einer Darstellung, die den Schwangerschaftsabbruch als eine normale ärztliche Leistung erscheinen ließ, die sie gerade nicht ist, da nicht nur die Rechtsgüter der Schwangeren betroffen sind, sondern menschliches Leben beendet, mithin getötet wird.¹⁵¹

Trotz seines Daseins als Bestandteil des Konzepts zum Schutz des ungeborenen Lebens ist nicht davon auszugehen, dass sich die staatliche Schutzpflicht bezüglich der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche zu einem Kriminalisierungsgebot¹⁵² verdichtet, das den Gesetzgeber an einer Aufhebung des § 219a StGB hätte hindern können.¹⁵³ Denn die positiv-generalpräventive Wirkung des Schutzkonzepts wurde durch § 219a StGB a.F. lediglich unterstützt und gerade nicht begründet. § 219a StGB a.F. befasste sich – anders als §§ 218–218c StGB – nicht mit den Modalitäten des Schwangerschaftsabbruchs, sondern regelte Informations- und Werbemaßnahmen im öffentlichen Raum.¹⁵⁴ Mithin berührte dessen Abschaffung die verfassungsrechtlich sensible Abgrenzung strafbarer und strafloser Schwangerschaftsabbrüche nicht und ließ somit den Kern des gegenwärtigen Schutzkonzepts unangestastet.¹⁵⁵ Demnach ist auch ohne das strafrechtliche Verbot der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche ein derart angemessener und wirksamer Schutz des ungeborenen Lebens denkbar, dass er nicht gegen das Untermaßverbot verstößt und die Abschaffung somit grundsätzlich im Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers lag.¹⁵⁶ Daraus folgt jedoch nicht, dass jede andere Regelung der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche automatisch der verfassungsgerichtlich statuierten Schutzpflicht genügt. Vielmehr bedeutet es lediglich, dass eine Kriminalisierung in Form des § 219a StGB a.F. nicht zwingend ist.

c) Zusammenfassung: Richtiges Ergebnis mit falscher Begründung?

Es liegt im Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, zu beurteilen, ob der von einer Werbung für Schwangerschaftsabbrüche ausgehenden abstrakten Gefahr für das ungeborene Leben mit dem Strafrecht entgegengewirkt werden muss. Im Ergebnis ist der Bundesregierung also zuzustimmen, wenn sie davon ausgeht, die Aufhebung des § 219a StGB sei grundsätzlich mit der Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens vereinbar. Jedoch ist fraglich, ob sie tatsächlich die Funktion des § 219a StGB a.F. im Konzept zum Schutz des ungeborenen Lebens erkannt hat.

Denn wenn die Bundesregierung in der Gesetzesbegründung ausführt, „die Strafdrohung in § 219a StGB [a.F.] erscheint [...] nicht mehr erforderlich, um die betroffenen Frauen vor einem möglichen Druck zu schützen, die Schwangerschaft abubrechen“¹⁵⁷, dann spricht sie zwar mit dem Schutz der Entscheidungsfreiheit der Schwangeren ein äußerst wichtiges Anliegen an, scheint aber zugleich diese Entscheidungsfreiheit als von § 219a StGB a.F. geschütztes Rechtsgut misszuverstehen.¹⁵⁸ Wie erläutert, zielte der Gesetzgeber mit der Vorschrift auf den Schutz des ungeborenen Lebens ab.¹⁵⁹

Darüber hinaus deutet auch die Ausführung, § 219a StGB a.F. könne „zu einer paradoxen Situation führen, wenn eine sachliche Information über einen Schwangerschaftsabbruch strafbar ist, obwohl die Rechtsordnung den Schwangerschaftsabbruch selbst nicht unter Strafe stellt“¹⁶⁰ darauf hin, dass dem Gesetzgeber die positiv-generalpräventive Wirkweise der §§ 218 Abs. 1, 219a StGB a.F. nicht bewusst wurde. Auch Werbung beziehungsweise

¹⁵¹ Berghäuser, JZ 2018, 497 (499); dies., KriPoZ 2018, 210 (212 f.); dies., KriPoZ 2019, 82 (84); Duttge, in: GS-Tröndle, 2019, S. 711 (722).

¹⁵² Vgl. dazu Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 51. Aufl. (2021), Rn. 5.

¹⁵³ Falterbaum, medstra 2021, 224 (227); Hoven, Stellungnahme, S. 2; Rahe, JR 2018, 232 (234).

¹⁵⁴ Hoven, Stellungnahme, S. 2.

¹⁵⁵ Hoven, Stellungnahme, S. 2.

¹⁵⁶ So auch Falterbaum, medstra 2021, 224 (227); Hoven, Stellungnahme, S. 2; Rahe, JR 2018, 232 (234).

¹⁵⁷ BR-Drs. 161/22, S. 5 = BT-Drs. 20/1635, S. 10.

¹⁵⁸ Dies entspräche der Ansicht von Frommel, NK 2021, 474 (484).

¹⁵⁹ S.o. IV. 2. a.

¹⁶⁰ BR-Drs. 161/22, S. 2 = BT-Drs. 20/1635, S. 2.

Information für straffreie Schwangerschaftsabbrüche ist geeignet, normalisierend zu wirken und damit das Wert- und Unrechtsurteil des § 218 Abs. 1 StGB zu unterlaufen. Für § 219a StGB a.F. war bereits der tatbestandliche Unwert des Abbruchs maßgeblich, welcher auch durch das Vorliegen der Voraussetzungen des § 218a Abs. 1–3 StGB nicht beseitigt wurde.¹⁶¹ Folglich war die fehlende Differenzierung zwischen Werbung für strafbare und straflose Abbrüche im Rahmen des § 219a StGB a.F. gerade nicht „paradox“.¹⁶²

Damit ist die zweite der Aufhebung des § 219a StGB zugrundeliegende Annahme des Gesetzgebers – die Vereinbarkeit des Verzichts auf ein *strafrechtliches* Verbot der Abbruchwerbung mit der Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens – im Ergebnis zwar nicht zu beanstanden, wenn stattdessen die von anderen *außerstrafrechtlichen* Regelungen ausgehenden Werbebeschränkungen die verfassungsgerichtlichen Vorgaben erfüllen. In Anbetracht der dargelegten Ungewissheit, ob die Funktion eines Werbeverbots im Schutzkonzept erkannt wurde, drängt sich aber die Frage auf, inwiefern die im Regierungsentwurf vorgesehene und seit 19.7.2022 geltende „auffangende“ Rechtslage dazu geeignet ist, der staatlichen Schutzpflicht gerecht zu werden.

3. Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft *de lege lata*

Der dritte Grund für die ersatzlose Aufhebung des § 219a StGB besteht in der Annahme des Gesetzgebers, dass die Regulierung der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch durch die Werbeverbote des ärztlichen Berufsrechts, HWG und UWG zur Erfüllung der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens genüge.¹⁶³ Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, eine spezielle Vorschrift für die Abbruchwerbung zum Schutz des ungeborenen Lebens sei nicht erforderlich, da auch bei ersatzloser Streichung von § 219a StGB keine werbenden Handlungen „in einem Ausmaß erfolgen werden, das dem Schutz des ungeborenen Lebens zuwiderläuft.“¹⁶⁴ Er nimmt an, dass „der freie Zugang zu sachgerechten fachlichen Informationen über Durchführung und Methoden eines Schwangerschaftsabbruchs“ nicht dazu führe, „Schwangerschaftsabbrüche als alltägliche Maßnahmen erscheinen zu lassen“¹⁶⁵. Grundlage dieser Annahme ist, dass Berufsrecht und HWG verhindern würden, dass „unsachliche oder gar anpreisende Werbung für Schwangerschaftsabbrüche betrieben“¹⁶⁶ werde. Insofern ist zu überprüfen, ob Berufsrecht und HWG in der Fassung vom 19.7.2022 die Erwartungen des Gesetzgebers erfüllen und es tatsächlich nur sachliche Informationen über Methoden und Durchführung sind, die nach geltendem Recht zulässig sind.

a) Maßgebliche Vorschriften

Ohne § 219a StGB a.F. richtet sich zulässige Abbruchwerbung von Ärzten zunächst nach den berufsrechtlichen Werbeverboten. Die werberechtlichen Vorgaben des UWG sind hingegen von jedermann zu beachten.

Zudem wurden durch eine Erweiterung von § 1 Abs. 1 HWG sowohl medizinisch indizierte als auch nicht indizierte Schwangerschaftsabbrüche in den Anwendungsbereich des HWG aufgenommen und durch eine Ergänzung des § 12 Abs. 2 S. 2 HWG vom Verbot des § 12 Abs. 2 S. 1 HWG i.V.m. Abschnitt A Nr. 4 ausgenommen.¹⁶⁷ Folge dieser Änderungen ist die Geltung der allgemeinen Werbeverbote des HWG – insbesondere des

¹⁶¹ Berghäuser, KriPoZ 2018, 210 (214 f.), die darauf verweist, dass auch bei Greifen des Tatbestandsausschlusses des § 218a Abs. 1 StGB zunächst tatbestandsmäßiges Verhalten i.S.d. § 218 Abs. 1 StGB gegeben wäre, das erst in einem zweiten Schritt verneint wird; vgl. zum Streitstand *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, § 218a Rn. 10, nach denen Abbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 StGB zwar nicht tatbestandsmäßig aber rechtswidrig sind.

¹⁶² Vgl. dazu ausf. *Duttge*, in: GS-Tröndle, 2019, S. 711 (718 f.).

¹⁶³ BR-Drs. 161/22, S. 5 f. = BT-Drs. 20/1635, S. 11.

¹⁶⁴ BR-Drs. 161/22, S. 6 = BT-Drs. 20/1635, S. 11.

¹⁶⁵ BR-Drs. 161/22, S. 5 = BT-Drs. 20/1635, S. 10.

¹⁶⁶ BR-Drs. 161/22, S. 5 = BT-Drs. 20/1635, S. 11.

¹⁶⁷ BGBl. I S. 1082.

§ 11 Abs. 1 HWG – für alle Schwangerschaftsabbrüche.¹⁶⁸ Verstöße gegen § 11 Abs. 1 HWG werden gem. § 15 Abs. 1 Nr. 8 HWG als Ordnungswidrigkeiten geahndet.

b) Kritik: Unangepasste Schutzzwecke

Im Unterschied zu den Werbeverboten des ärztlichen Berufsrechts, des HWG und des UWG zielte § 219a StGB a.F. nicht auf den Schutz der Werbungsrezipienten ab. Vielmehr lag der verfolgte Gemeinwohlzweck, an dem die Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Ärzte zu messen war, im Schutz eines Rechtsgutes, über das Schwangere nach den verfassungsgerichtlichen Vorgaben gerade nicht frei disponieren dürfen¹⁶⁹: im Schutz des ungeborenen Lebens.

Im Gegensatz dazu bewahren die berufsrechtlichen Werbeverbote das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, um eine funktionsgerechte Berufsausübung zu gewährleisten.¹⁷⁰ Das HWG schützt die Gesundheit der Werbungsrezipienten vor unsachgemäßer Selbstmedikation oder dem Fehlgebrauch anderer Mittel¹⁷¹ und das UWG schützt Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen.¹⁷²

Diese Gegenüberstellung macht bereits deutlich, dass keines der von Berufsrecht, HWG oder UWG beinhalteten Werbeverbote mit Blick auf den Schutz des ungeborenen Lebens ausgelegt wird. Die daraus resultierenden Auslegungsprobleme bewirken, dass Werbung für Schwangerschaftsabbrüche *de lege lata* wesentlich weitreichender zulässig ist, als sich die Bundesregierung bei ihrer Gesetzesinitiative vorstellte, wenn sie in der Gesetzesbegründung mehrfach betont, dass „unsachliche oder gar anpreisende Werbung“¹⁷³ nicht zu befürchten sei. Gerade die exemplarische Auslegung des Begriffs „anpreisend“ veranschaulicht dies besonders gut.

Dem Wortlaut nach scheint das Verbot berufswidriger Werbung wegen Anpreisung (§ 27 Abs. 3 S. 2 Var. 1 MBO-Ä) Darstellungen zu untersagen, die auch von der Tathandlung des Anpreisens i.S.d. § 219a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F. erfasst waren. Jedoch widerlegt dies ein Blick auf die unterschiedlichen Definitionen: Anpreisen i.S.d. § 27 Abs. 3 S. 2 MBO-Ä setzt die Verwendung reißerischer und marktschreierischer Mittel voraus¹⁷⁴, während für Anpreisen nach § 219a Abs. 1 StGB a.F. bereits jede lobende und empfehlende Erwähnung und Beschreibung genügt.¹⁷⁵ Insofern vermag es lediglich ein grob anstößiges Anpreisen nach § 219a Abs. 1 StGB a.F., ein Anpreisen nach berufsrechtlichen Standards darzustellen, da grobe Anstößigkeit eine reißerische oder etwa herabsetzende Darstellung erfordert.¹⁷⁶

Zu erklären ist diese unterschiedliche Auslegung von „anpreisen“ mit den voneinander abweichenden Schutzrichtungen der Vorschriften: Jegliche Form des Anpreisens von Schwangerschaftsabbrüchen wirkt normalisierend und schafft somit – im Sinne des Schutzzwecks des § 219a StGB a.F. – eine abstrakte Gefahr für das geschützte Rechtsgut des ungeborenen Lebens, sodass im Rahmen des § 219a StGB a.F. eine weite Auslegung erfolgte. Hingegen gefährdet gerade nicht jede Form des Anpreisens das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient derart, dass funktionsgerechte ärztliche Berufsausübung beeinträchtigt wird.

Da zudem weder HWG noch UWG anpreisende Werbung untersagen, ist solche in Gestalt von lobenden und empfehlenden Darstellungen *de lege lata* – entgegen der Annahme des Gesetzgebers – grundsätzlich zulässig.

¹⁶⁸ BR-Drs. 161/22, S. 1 f. = BT-Drs. 20/1635, S. 2.

¹⁶⁹ Berghäuser, KriPoZ 2018, 210 (212 f.); dies., KriPoZ 2019, 82 (84).

¹⁷⁰ S.o. III. 2. a.

¹⁷¹ S.o. III. 3. a.

¹⁷² S.o. III. 4.

¹⁷³ BR-Drs. 161/22, S. 5 ff. = BT-Drs. 20/1635, S. 11 f.

¹⁷⁴ S.o. III. 2. b. aa.

¹⁷⁵ Eschelbach, in: BeckOK-StGB, § 219a Rn. 12; Joecks/Jäger, StGB, 13. Aufl. (2021), § 219a Rn. 2.

¹⁷⁶ Fischer, § 219a Rn. 14; Joecks/Jäger, § 219a Rn. 5b.

Die Unabgestimmtheit der Schutzrichtungen von Berufsrecht, HWG und UWG auf die besondere ärztliche Tätigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, bei der gerade nicht ausschließlich die Interessen der Schwangeren schutzbedürftig sind, erzielt auch bei der Auslegung anderer Verbotsvoraussetzungen Ergebnisse zulasten der verfassungsgerichtlich geforderten Vorbeugung einer Normalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen.

c) Kritik: Ungeeignetheit des Berufsrechts

Gegen den dem Regierungsentwurf vorausgehenden Referentenentwurf des BMJ¹⁷⁷, der eine Aufhebung des § 219a StGB ohne Anpassung des HWG vorsah und sich vollständig auf die berufsrechtlichen Werbeverbote verlassen wollte, wurde zurecht eingewandt, dass das Berufsrecht nur für einen Teil der Normadressaten des § 219a StGB a.F. gelte – nämlich Ärzte.¹⁷⁸ Durch die bereits im Regierungsentwurf vorgesehene und seit 19.7.2022 realisierte Anpassung des jedermann adressierenden HWG wurde diesem Einwand begegnet.

Der Regierungsentwurf verweist weiterhin auf § 27 Abs. 3 MBO-Ä und erwartet, dass dieser zu der Verhinderung nicht hinnehmbarer unsachlicher oder anpreisender Werbung beitrage.¹⁷⁹ Dies ist nicht nur im Hinblick auf die restriktive Auslegung¹⁸⁰ berufsrechtlicher Werbeverbote abwegig, sondern auch im Hinblick auf den Normgeber fragwürdig. So weist die BÄK in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf ausdrücklich darauf hin, dass auch „wenn in den Landesärztekammern keine Bestrebungen bestehen, das Werbeverbot weiter zu liberalisieren oder gar ganz zu streichen, [...] die entsprechende Option [bestehe].“¹⁸¹ Sofern man – wie die Bundesregierung selbst¹⁸² – richtigerweise davon ausgeht, das ungeborene Leben sei im Rahmen der staatlichen Schutzpflicht zumindest in gewissem Maße vor den abstrakten Gefahren normalisierender Werbetätigkeit zu schützen, dann ist das Berufsrecht ein ungeeignetes Mittel, da von diesem ausgehende Verbote nicht auf der Entscheidung des Gesetzgebers beruhen.¹⁸³ Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass bereits Stimmen die vollständige Abschaffung berufsrechtlicher Werbeverbote fordern.¹⁸⁴

d) Kritik: Unabgestimmtheit des HWG

Die Hauptrolle in der Verhinderung unsachlicher oder anpreisender Werbung misst die Bundesregierung den von jedermann zu beachtenden Werbeverböten des HWG zu, konkret dem – im Zuge der Liberalisierung des ärztlichen Werberechts stark ausgedünnten¹⁸⁵ – Verbotskanon des § 11 Abs. 1 HWG.¹⁸⁶

Zunächst einmal ist anzumerken, dass die Einordnung von Schwangerschaftsabbrüchen in einem Gesetz, das die Werbung von *Heilmitteln* regelt, fragwürdig ist. Vergegenwärtigt man sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben, der Schutzanspruch des ungeborenen Lebens müsse im allgemeinen Bewusstsein erhalten¹⁸⁷ und die grundsätzli-

¹⁷⁷ Referentenentwurf des BMJ vom 25.1.2022; abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/219a_StGB.html; zuletzt abgerufen am 28.4.2022.

¹⁷⁸ BÄK, Stellungnahme Referentenentwurf, S. 3.

¹⁷⁹ BR-Drs. 161/22, S. 5 = BT-Drs. 20/1635, S. 11.

¹⁸⁰ S.o. III. 2. b.

¹⁸¹ BÄK, Stellungnahme, S. 4.

¹⁸² Vgl. BR-Drs. 161/22, S. 5 = BT-Drs. 20/1635, S. 11: „Um der Gefahr zu begegnen, dass nach Aufhebung des § 219a StGB unsachliche oder gar anpreisende Werbung für Schwangerschaftsabbrüche betrieben wird [...]“; a.a.O.: „Um der Gefahr unsachlicher oder anpreisender Werbung zu begegnen [...]“.

¹⁸³ Insofern würde ein Vorhaben, das die Regelung der Abbruchwerbung ausschließlich dem Berufsrecht überließe, mit dem Wesentlichkeitsgrundsatz in Konflikt treten; vgl. zu diesem *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band III, 95. EL (Stand: 7/2021), Art. 20 Rn. 105 ff.

¹⁸⁴ S.o. III. 5.

¹⁸⁵ S.o. II. 3.

¹⁸⁶ BR-Drs. 161/22, S. 5 = BT-Drs. 20/1635, S. 11.

¹⁸⁷ BVerfGE 88, 203 (261).

che rechtliche Missbilligung von Schwangerschaftsabbrüchen auch unterhalb der Verfassung deutlich in Erscheinung treten¹⁸⁸, so läuft die Einordnung von Schwangerschaftsabbrüchen im HWG als *Heilmittel* diesen zuwider, da die Vernichtung menschlichen Lebens von der Rechtsordnung nicht als Heilung bezeichnet werden kann.

Nicht nur die Gesetzesbezeichnung, sondern auch der Regelungsgehalt der Verbote ist nicht auf die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche abgestimmt, sodass diese eine entsprechende Werbetätigkeit *de lege lata* faktisch nicht beschränken. So können sich etwa die Verbote von Werbung mit der missbräuchlichen, abstoßenden oder irreführenden Wiedergabe von Krankengeschichten (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HWG) und bildlichen Darstellungen des menschlichen Körpers auf Grund von Krankheiten (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 HWG) nicht auf die Werbung für Abbrüche beziehen, da Schwangerschaften nicht unter den Begriff der „Krankheit“ fallen.¹⁸⁹ Dafür spricht neben dem Wortlaut auch die Systematik *de lege lata*, da Mittel und Verfahren zur Beseitigung oder Linderung von Krankheiten in § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. a HWG separat von Schwangerschaftsabbrüchen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. b HWG) erwähnt werden. Zudem beziehen sich die Werbeverbote des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 7, 13, 14 HWG ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach ausschließlich auf Arzneimittel. Da § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 12 HWG Werbung untersagt, die sich überwiegend an Kinder unter 14 Jahren richtet, die wohl kaum als Zielgruppe für Abbruchwerbung gewählt werden, verbleiben somit lediglich die speziellen Verbote von Werbung mit unmittelbar absatzfördernden Vorträgen (Nr. 8), getarnter Werbung (Nr. 9), missbräuchlicher oder abstoßender Verwendung von Danksagungen (Nr. 11) und Irreführung (§ 3 HWG).¹⁹⁰

Diese vier Verbote, die tatsächlich die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche *de lege lata* beschränken, genügen nicht, um die Überzeugung der Bundesregierung zu rechtfertigen, dass eine Gefahr unsachlicher oder gar anpreisender Werbung nicht gegeben sei.¹⁹¹

e) Ergebnis

Die Bestimmung der Grenzen zulässiger Werbung für Schwangerschaftsabbrüche vollständig dem ärztlichen Berufsrecht und dem HWG zu überlassen, tritt – entgegen der dritten der Aufhebung des § 219a StGB zugrundeliegenden Annahme des Gesetzgebers – in Konflikt mit der verfassungsgerichtlich statuierten Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens.¹⁹² Denn diese allgemeinen Werbeverbote wirken aufgrund ihrer unterschiedlichen Schutzrichtungen und ihrer bereits im Wortlaut verankerten Unabgestimmtheit den abstrakten Gefahren normalisierender Werbung nicht entgegen, bilden die rechtliche Missbilligung von Schwangerschaftsabbrüchen im Vergleich zu anderen medizinischen Leistungen nicht ab und halten eine potenzielle Bewusstseinserosion hinsichtlich des Schutzanspruchs des ungeborenen Lebens nicht auf, was den Vorgaben des *BVerfG* zuwiderläuft.¹⁹³ Dieser Zustand ist von der Bundesregierung nicht beabsichtigt. Denn diese beteuerte selbst, normalisierende – insbesondere anpreisende – Werbung weiterhin verhindern zu wollen, wählt jedoch mit Berufsrecht und HWG unpassende Mittel.

¹⁸⁸ BVerfGE 39, 1 (53).

¹⁸⁹ So auch *Sosnitzer*, in: Zipfel/Rathke, HWG, Band I, 180. EL (Stand: 7/2021), § 12 Rn. 19.

¹⁹⁰ Die Verbote außerhalb der §§ 3, 11 HWG sind weitestgehend von vornherein für die Abbruchwerbung bedeutungslos; vgl. etwa die Verbote von Werbung für Versandhandel und Teleshopping (§ 8 HWG) oder Fernbehandlungen (§ 9 HWG).

¹⁹¹ BR-Drs. 161/22, S. 5 ff. = BT-Drs. 20/1635, S. 11 f.

¹⁹² Vgl. im Ergebnis *Hillenkamp*, HessÄBl. 2018, 92 (93); *Rogall*, in: FS-Merkel, 2020, S. 1181 (1196), nach denen die vollständige Beseitigung des Werbeverbots verfassungswidrig sei, jedoch ohne genauere Begründung.

¹⁹³ Vgl. BVerfGE 39, 1 (53); BVerfGE 88, 203 (261).

4. Beseitigung eines Informationsdefizits Schwangerer und einer Rechtsunsicherheit für Ärzte

Dem vierten in der Gesetzesbegründung angeführten Grund für die Aufhebung des § 219a StGB zufolge beseitige dessen ersatzlose Streichung ein bestehendes Informationsdefizit Schwangerer sowie eine Rechtsunsicherheit für Ärzte.¹⁹⁴ Diesen beiden Bestrebungen – der besseren Information Schwangerer sowie der Gewährleistung von Rechtssicherheit für Ärzte – sollte bereits das Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 22.3.2019¹⁹⁵ durch Ergänzung des § 219a StGB a.F. um einen weiteren Tatbestandsausschluss in Abs. 4 Rechnung tragen.¹⁹⁶ Nach Einschätzung des Gesetzgebers wurden beide Ziele jedoch „nicht vollständig erreicht“¹⁹⁷, sodass die ersatzlose Streichung des § 219a StGB für geboten erachtet wurde. Die Validität dieser Argumentation hängt davon ab, ob die Aufhebung von § 219a StGB tatsächlich ein Informationsdefizit Schwangerer sowie eine Rechtsunsicherheit für Ärzte beseitigen konnte. Voraussetzung hierfür ist, dass nach altem Recht ein solches durch die Verbotsreichweite des § 219a StGB a.F. bedingtes Informationsdefizit sowie eine auf § 219a StGB a.F. zurückzuführende Rechtsunsicherheit überhaupt bestanden.

a) Informationsdefizit Schwangerer

Zwar ist die Beurteilung des tatsächlichen Bestehens eines Informationsdefizits vor Aufhebung des § 219a StGB nur anhand einer empirischen Untersuchung, welche nicht Gegenstand dieser Arbeit ist, mit Gewissheit möglich.¹⁹⁸ Jedoch kann die Argumentation des Gesetzgebers zumindest auf Plausibilität überprüft werden, indem – bei Unterstellung eines etwaigen Informationsdefizits – untersucht wird, inwiefern die Aufhebung des § 219a StGB zu einer Verbesserung der Information Schwangerer führen konnte. Dafür ist zu ermitteln, wie weitreichend § 219a StGB a.F. Information untersagte, welche nun *de lege lata* zulässig ist. Insofern ist eine Vergegenwärtigung der Verbotsreichweite des § 219a StGB a.F. erforderlich.

Nach § 219a Abs. 1 StGB a.F. war es verboten, öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) bestimmte Leistungen anzubieten¹⁹⁹, anzukündigen, anzupreisen oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntzugeben. In allen Varianten war vorausgesetzt, dass sich der Kommunikationsakt an eine überindividuelle Personenmehrheit richtet, sodass etwa Informationsgespräche und Beratungen nicht erfasst waren, die Darstellung auf einer Website hingegen schon.²⁰⁰ Nicht angeboten (usw.) werden durften einerseits eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines – strafbaren oder straffreien²⁰¹ – Schwangerschaftsabbruchs (Nr. 1), andererseits Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet waren, unter Hinweis auf diese Eignung (Nr. 2).²⁰² Vom Tatbestand erfasst waren dabei nur Erklärungsinhalte, die sich auf konkrete Möglichkeiten bezogen, die genannten Leistungen zu erlangen, nicht hingegen die „bloße“ Aufklärung über die Existenz der Mittel oder ihre Anwendungs- und Wirkungsweise.²⁰³

¹⁹⁴ BR-Drs. 161/22, S. 3 ff. = BT-Drs. 20/1635, S. 9 ff.

¹⁹⁵ BGBl. I S. 350.

¹⁹⁶ BT-Drs. 19/7693, S. 1.

¹⁹⁷ BR-Drs. 161/22, S. 3 = BT-Drs. 20/1635, S. 9; daran sollen neben der Einführung von § 219a Abs. 4 StGB a.F. auch weder die nach Ergänzung des § 13 SchKG um seinen Abs. 3 eingeführte Liste, welche abbruchsbereite Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen mitteilt, noch die gem. § 13a SchKG a.F. zur Verfügung gestellten Informationen etwas geändert haben, so BR-Drs. 161/22, S. 4 = BT-Drs. 20/1635, S. 10.

¹⁹⁸ Vgl. *Kubiciel*, *medstra* 2022, 1 (3) mit Hinweis auf einen Mangel an empirischer Evidenz ein Informationsdefizit abstreitend; hingegen ein solches beschreibend *Wörner*, Stellungnahme Referentenentwurf, S. 1.

¹⁹⁹ Str., ob über einseitige Erklärung der Leistungsbereitschaft hinaus etwa anpreisende Elemente zu fordern waren; für eine solche restriktive Auslegung etwa *Frommel*, *JM* 2019, 165, 168; jedoch zutr. nach *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 219a Rn. 12 mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut und die Ausschlussstatbestände in Abs. 2 bis 4 abzulehnen.

²⁰⁰ *Fischer*, § 219a Rn. 11.

²⁰¹ Krit. *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 4. Aufl. (2021), § 5 Rn. 40; *Hoven*, Stellungnahme, S. 1; *Merkel*, in: NK-StGB, § 219a Rn. 2; hingegen zutr. auf die positiv-generalpräventive Wirkung verweisend *Berghäuser*, *KriPoZ* 2018, 210 (214 f.).

²⁰² Dazu ausf. *Fischer*, § 219a Rn. 8 ff.

²⁰³ *Fischer*, § 219a Rn. 11, nach dem die Hervorhebung angeblich besonderer Qualitäten nicht erforderlich war.

Festzuhalten ist, dass § 219a Abs. 1 a.F. insbesondere selbst Schwangerschaftsabbrüche vornehmenden Ärzten diesbezügliche öffentliche Information im Grunde vollständig untersagte. Daran änderte auch der Umstand nichts, dass die Tathandlung mit entsprechendem Erklärungsinhalt entweder des eigenen²⁰⁴ Vermögensvorteils wegen oder²⁰⁵ in grob anstößiger Weise erfolgen musste. Da Ärzte bereits bei Erwartung des regulären Honorars ihres Vermögensvorteils wegen handeln²⁰⁶, kam diesem Tatbestandsmerkmal für Abbrüche durchführende Ärzte im Grunde keine einschränkende Wirkung zu.²⁰⁷ Ebenso wenig ermöglichten die Tatbestandsausschlüsse des § 219a Abs. 2 und 3 StGB a.F. eine öffentliche Information durch abbruchsbereite Ärzte, da sie die Tatbestandsmäßigkeit nur für den Fall ausschlossen, dass sich die Information an berufsmäßig mit Schwangerschaftsabbrüchen beschäftigte Personen richtete.²⁰⁸ Mit der Einführung des § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB a.F. hingegen wurde Ärzten die Möglichkeit eines (schlichten) Hinweises auf die Tatsache, dass sie selbst Abbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1–3 StGB²⁰⁹ durchführen, zugestanden.²¹⁰ Zudem ermöglichte der Tatbestandsausschluss des § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB a.F. als „Hinweis“ zumindest das Setzen eines Links auf der Praxis-Homepage, der zu den Informationsangeboten der benannten Stellen und Behörden führt (vgl. § 13a Abs. 1 SchKG).²¹¹ Diese beiden Beschränkungen der Verbotsreichweite ändern jedoch nichts an der Beurteilung des § 219a StGB a.F. als ein äußerst weitreichendes Werbe- und Informationsverbot.

Im Ergebnis erscheint es plausibel, dass die Strafdrohung des § 219a Abs. 1 StGB a.F. Schwangeren den Zugang zu sachlichen Informationen von Ärzteseite erschwerte und dessen Aufhebung eine weitere potenzielle Informationsquelle eröffnete.²¹² Zumindest insofern kann nicht ausgeschlossen werden, dass einem – potenziell bestehenden – Informationsdefizit durch die Aufhebung von § 219a StGB entgegengewirkt wurde.

b) Rechtsunsicherheit für Ärzte

Im Hinblick auf die Beseitigung einer Rechtsunsicherheit für Ärzte durch die Aufhebung von § 219a StGB gilt, dass diese nur dann einen legitimen Aufhebungsgrund darstellen kann, wenn überhaupt eine auf § 219a StGB a.F. zurückzuführende Rechtsunsicherheit bestand. Anders als das Vorliegen eines Informationsdefizits Schwangerer kann diese Frage mit Blick auf den Regelungsgehalt des § 219a StGB a.F. abschließend beantwortet werden.

Neben zahlreichen umstrittenen restriktiven Auslegungsbemühungen im Rahmen des § 219a Abs. 1 StGB a.F.²¹³ fanden insbesondere über Abs. 4 Nr. 2²¹⁴ neue praktische und normtheoretische Unklarheiten ihren Weg in die Vorschrift, welche im Rahmen dieser Bearbeitung nicht vollumfänglich dargestellt werden können.²¹⁵ Beispiels-

²⁰⁴ Fischer, § 219a Rn. 13.

²⁰⁵ Für ein Verständnis des „oder“ als „und“ Schweiger, ZRP 2018, 98 (99 f.); nach Rogall, in: FS-Merkel, 2020, S. 1181 (1192) zutr. wegen Verfälschung des gesetzgeberischen Willens abzulehnen.

²⁰⁶ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 219a Rn. 8; Fischer, § 219a Rn. 13.

²⁰⁷ Falterbaum, medstra 2021, 224 (229); vgl. Berghäuser, medstra 2019, 123 (124 f.) zur engen Ausnahme des Vermögensvorteils als unerwünschte Nebenfolge bei altruistischer Motivation.

²⁰⁸ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 219a Rn. 9.

²⁰⁹ Der Hinweis auf die § 218a Abs. 1–3 StGB entsprach nach Berghäuser, KriPoZ 2019, 82 (86) dem Regelungszweck der Vorschrift, da der Hinweis auf die strafrechtliche Relevanz deutlich machte, dass es sich nicht um eine normale medizinische Leistung handelte. Insofern führte der Gesetzgeber die Angebotsvariante des § 219a Abs. 1 StGB a.F. „auf ein Verbot der Irreführung durch Verkürzung der dargebotenen Information zurück“, so Berghäuser a.a.O.

²¹⁰ Rogall, in: FS-Merkel, 2020, S. 1181 (1199).

²¹¹ Eschelbach, in: BeckOK-StGB, § 219a Rn. 21; Rogall, in: FS-Merkel, 2020, S. 1181 (1199).

²¹² Wörner, Stellungnahme, S. 1.

²¹³ Vgl. etwa Fn. 199, 205.

²¹⁴ Zu verschiedenen über die sachliche Mitteilung der (bloßen) Leistungsbereitschaft auf der Praxis-Homepage hinausreichenden Unklarheiten bereits der Nr. 1 Dorneck, medstra 2019, 137 (139); Fischer, § 219a Rn. 21 ff.; Lorenz/Turhan, medstra 2022, 134 (135 f.); hingegen ausf. zum gebotenen Verständnis der Nr. 1 für die Erreichung von Rechtssicherheit bei gleichzeitiger Wahrung der positiv-generalpräventiven Wirkweise des Gesetzes Berghäuser, KriPoZ 2019, 82 (86); dazu auch Falterbaum, medstra 2021, 224 (230); Rogall, in: FS-Merkel, 2020, S. 1181 (1199).

²¹⁵ Vgl. zu diesen etwa Berghäuser, KriPoZ 2019, 82 (87 ff.); Falterbaum, medstra 2021, 224 (230); Fischer, § 219a Rn. 21 f., 24; Lorenz/Turhan, medstra 2022, 134 (135 f.).

weise konnte die Nr. 2 dem Wortlaut nach als eigenständiges Verbot der Erläuterung des angebotenen Abbruchgeschehens verstanden werden, da dem Wortlaut („Tatsache [...], dass“), der Systematik und auch den Gesetzesmaterialien²¹⁶ nach die Nr. 1 lediglich die Frage des „Ob“ regeln sollte, während die Nr. 2 die Frage des „Wie“ auf einen Hinweis der Informationen bestimmter Stellen beschränkte und damit *e contrario* über diesen Hinweis hinausgehende Informationen tatbestandsmäßig waren.²¹⁷ Dabei stellte sich zudem die Frage, ob der „Hinweis“ auf eine bloße Verlinkung zu beschränken war oder etwa auch die Inhalte der Informationsangebote der zuständigen Stellen auf die eigene Website kopiert werden durften.²¹⁸ Bereits insofern wird deutlich, dass mit der Einführung von Abs. 4 Nr. 2 die Schaffung von Rechtssicherheit für Ärzte als eines der Ziele der Gesetzesänderung²¹⁹ im Jahr 2019 nicht erreicht wurde, sondern vielmehr neue Rechtsunsicherheit hervorgerufen wurde, wie neben den angeführten Unklarheiten auch unterschiedliche gerichtliche Anwendung in ähnlichen Fallkonstellationen belegt.²²⁰

c) Ergebnis

Die vierte Erwägung des Gesetzgebers zur Aufhebung des § 219a StGB erscheint insofern plausibel, als mit dessen Streichung Schwangeren eine weitere potenzielle Informationsquelle eröffnet wurde. Jedoch ist das Gewicht dieses Arguments nicht zu überschätzen, da es nur insofern Überzeugungskraft aufweist, als ein – empirisch nicht festgestelltes²²¹ – Informationsdefizit vor der Aufhebung tatsächlich bestand. Dem Vorwurf, § 219a StGB a.F. sei der Quell einer Rechtsunsicherheit für Ärzte gewesen, ist zuzustimmen. Allerdings folgt daraus nicht, dass die ersatzlose Aufhebung des § 219a StGB zwangsläufig für mehr Rechtssicherheit gesorgt hat. Denn aufgrund aufgezeigter Auslegungsschwierigkeiten²²² ist auch die aktuelle Rechtslage – ohne ein spezielles Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche – nicht frei von Rechtsunsicherheit.

5. Alternative

Während die gegenwärtige Rechtslage, welche keine speziell auf die Abbruchwerbung zugeschnittene Regelung vorsieht, nach den Vorgaben des *BVerfG* mit der staatlichen Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens in Konflikt tritt, ist die (wenn auch nur modifizierte²²³) Wiedereinführung von § 219a StGB a.F. beziehungsweise einer vergleichbaren Strafnorm im Hinblick auf die rechtspolitisch legitimen Erwägungen der Bundesregierung hinsichtlich Informationsverbesserung und Rechtssicherheit sowie der aktuellen Mehrheitsverhältnisse im Bundestag weder zu befürworten noch zu erwarten.

Ein Mittelweg mit Lösungspotenzial ist die Regulierung in einem speziellen Ordnungswidrigkeitstatbestand²²⁴ außerhalb des HWG. Dieser könnte so ausgestaltet sein, dass Ärzten sachliche Information zu den von ihnen vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüchen nicht untersagt, unsachliche (etwa anpreisende) Werbung hingegen verboten ist. Solch ein eigenständiger – von den allgemeinen (ärztlichen) Werbebeschränkungen losgelöster – Regelungsmechanismus ist erforderlich, um mit einer am Rechtsgut des ungeborenen Lebens ausgerichteten Auslegung sachgerechte Rechtsanwendung zu ermöglichen.

²¹⁶ Vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 1 f., 11.

²¹⁷ Berghäuser, KriPoZ 2019, 82 (90); Falterbaum, medstra 2021, 224 (230).

²¹⁸ Eschelbach, in: BeckOK-StGB, § 219a Rn. 21.

²¹⁹ BT-Drs. 19/7693, S. 1.

²²⁰ Vgl. ausf. dazu Lorenz/Turhan, JR 2020, 465 ff. in drei Fällen.

²²¹ Kubiciel, medstra 2022, 1 (3).

²²² S.o. IV. 3. b.

²²³ Vgl. zum Vorschlag der CDU/CSU-Fraktion BT-Drs. 20/1017, nach dem § 219a Abs. 4 StGB a.F. so erweitert werden sollte, dass Information zu durchgeführten Abbrüchen erlaubt ist.

²²⁴ So vorgeschlagen von Merkel, in: NK-StGB, § 219a Rn. 3a; zust. Hoven, Stellungnahme, S. 5.

V. Ausblick

1. Die Aufhebung des § 219a StGB als Bremse des Liberalisierungsprozesses?

Zunächst hört sich die Aufhebung des weitreichendsten Werbeverbots für eine bestimmte ärztliche Tätigkeit wie der nächste logische Schritt in der Liberalisierung der Regelung ärztlicher Werbeverbote an. Jedoch wird es sicherlich nicht zuträglich zur weiteren Liberalisierung bestehender Werbebeschränkungen sein, dass sie infolge der Aufhebung des § 219a StGB und der Anpassung des HWG mit der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche nun auch für die Regulierung einer äußerst kontroversen Materie zuständig sind und von ihnen weiterreichende Beschränkungen erwartet werden, als sie tatsächlich bieten. Weitere Liberalisierungsbestrebungen, wie die vollständige Aufhebung der berufsrechtlichen Werbeverbote²²⁵, dürften damit vorerst gestoppt sein.

2. Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung, § 217a StGB-E

Einer der aktuell viel diskutierten Gesetzentwürfe aus der Mitte des Bundestages²²⁶ zur Neuregelung des assistierten Suizides sieht vor, dass die Vorschrift des § 217 StGB-E zur Regelung der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217a StGB-E von einem Verbot der Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung flankiert wird. Dieses entspricht weitestgehend § 219a StGB a.F. mit dem Unterschied, dass auf ein Pendant zu § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB a.F. verzichtet wurde. Die Vorschrift soll „der gesellschaftlichen Normalisierung der Hilfe zur Selbsttötung wirksam“²²⁷ entgegenwirken.

Der Gesetzgeber wird darauf zu achten haben, dass er sich in der Begründung zur Einführung eines Verbots der Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung nicht in Widersprüche mit seinen Erwägungen zur Aufhebung des § 219a StGB verstrickt.²²⁸ So sieht § 217a StGB-E etwa auch die Pönalisierung von Hinweisen auf Hilfe zur Selbsttötung vor, die nach § 217 StGB-E nicht strafbar wäre. Ebendiese Konstellation wurde im Regierungsentwurf zur Aufhebung des § 219a StGB jedoch noch als „paradoxe Situation“²²⁹ bezeichnet.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die gegenwärtige Regelung der für Ärzte maßgeblichen Werbeverbote ist das Produkt eines Liberalisierungsprozesses, der durch die Rechtsprechung des *BVerfG* ausgelöst, in den Berufsordnungen der Länder umgesetzt und durch restriktive Auslegungspraxis vorangetrieben wurde. Dieser beschreibt in Anpassung an die wirtschaftlichen Bedürfnisse moderner ärztlicher Tätigkeit einen Übergang vom absoluten Werbeverbot zum weitreichenden Werberecht für Ärzte.

2. Die berufsrechtlichen Werbeverbote sind mit Blick auf den von ihnen ausgehenden Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, an ihrem verfolgten Gemeinwohlzweck ausgerichtet, verfassungskonform auszulegen. Dieser liegt im Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, welcher durch die Bewahrung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient und der daraus resultierenden Gewährleistung funktionsgerechter Berufsausübung gefördert wird.

²²⁵ S.o. III. 5.

²²⁶ BT-Drs. 20/904.

²²⁷ BT-Drs. 20/904, S. 10.

²²⁸ Weitergehend Neue Richtervereinigung, Stellungnahme Referentenentwurf, S. 6 f., die jede unterschiedliche Regelung von Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft und Hilfe zur Selbsttötung für widersprüchlich hält.

²²⁹ BR-Drs. 161/22, S. 2 = BT-Drs. 20/1635, S. 2; dazu s.o. IV. 2. c.

3. Trotz der sich aus restriktiver Auslegung ergebenden geringen Verbotswirkung berufsrechtlicher Werbeverbote sowie der gegenseitig lediglich geringen Verbotsüberhänge von Berufsrecht und HWG, ist ein Verzicht auf diese im sich ergänzenden Regelungssystem von Berufsrecht, HWG und UWG als nächster Schritt im Liberalisierungsprozess weder zu befürworten noch zu erwarten.

4. Der sich durch den Liberalisierungsprozess verschärfte Diskrepanz zwischen der weitgehenden Zulässigkeit ärztlicher Werbung allgemein und dem strafrechtlichen Verbot der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch wurde durch die Aufhebung des § 219a StGB begegnet. Die Auseinandersetzung mit der diesbezüglichen Diskussion anhand des zugrundeliegenden Gesetzentwurfes der Bundesregierung ergab:

a) Bei § 219a StGB a.F. handelte es sich um ein Rechtsstaatsprodukt.

b) § 219a StGB a.F. fügte sich nicht nur systematisch, sondern auch teleologisch in das Konzept zum Schutz des ungeborenen Lebens ein und trug zu dessen Schutz durch die Verhinderung der von normalisierender Werbung ausgehenden abstrakten Gefahr bei. Trotzdem verdichtet sich die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates zum Schutz des ungeborenen Lebens nicht zu einem Kriminalisierungsgebot, das einer Regelung außerhalb des Strafrechts – und somit der Aufhebung von § 219a StGB – entgegenstünde.

c) Die Begrenzung der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft nur durch ärztliches Berufsrecht, HWG und UWG wird der Einschätzung des Gesetzgebers nicht gerecht, unsachlicher und anpreisender Informationsdarstellung sowie der damit einhergehenden Normalisierungswirkung vorgebeugt zu haben. Aufgrund der nicht an die Abbruchwerbung angepassten Schutzrichtungen, der generellen Ungeeignetheit des Berufsrechts und der Unabgestimmtheit des HWG tritt die *ersatzlose* Aufhebung von § 219a StGB folglich mit der vom *BVerfG* definierten Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens in Konflikt.

d) Eine Alternative, die sowohl Lösungspotenzial hinsichtlich einer Informationsverbesserung für Schwangere sowie der Gewährleistung von Rechtssicherheit für Ärzte aufweist als auch der Abbruchwerbung die verfassungsgerichtlich geforderten – gegenüber der Werbung für andere ärztliche Tätigkeiten verschärfte – Grenzen zieht, ist die Neuregelung in einem speziellen Ordnungswidrigkeitstatbestand außerhalb des HWG mit geringerer Verbotsreichweite.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.