

Prof. Dr. Monika Frommel

CAU Kiel

den 19.04.2018

An den Sozialausschuss des S-H Landtages

Herrn Werner Kalinka - Vorsitzender

Stellungnahme im Rahmen der schriftlichen Anhörung zu den Anträgen

- Änderung des Strafgesetzbuches - Aufhebung von § 219 a StGB (Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft) Alternativantrag der Abgeordneten des SSW und der Fraktion der SPD [Drucksache 19/463](#) (neu)

- Sachliche Information zu Schwangerschaftsabbrüchen Alternativantrag der Fraktionen von CDU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP [Drucksache 19/482](#)

I. Der Antrag § 219a StGB vollständig zu streichen ist verfassungswidrig. Folgt man diesem Antrag, dann ist auch die zweite Alternative betroffen, das Verbot der *anstößigen* Werbung entfiel. Das macht erstens keinen Sinn. Es ist aber auch verfassungsrechtlich bedenklich. Da es um *Lebensschutz* geht, also eine Materie, die explizit als Annex zur Kompetenz des Bundes - Strafrecht – geregelt ist, kann ein Verbot einer mit dem Lebensschutz nicht vereinbaren Werbung nicht durch *Landesrecht* geregelt werden (ständige Rechtsprechung der seit 1998 geltenden Prinzipien des BVerfG – Entscheidung über das bayerische Schwangerenilfe Ergänzungsgesetz 1996, das 1998 für nichtig erklärt wurde). Das *Berufsrecht der Ärzte* ist aber (Landeskompetenz Gesundheit) Landesrecht. Die Berufsordnungen sind überdies uneinheitlich. Lebensschutz muss aber bundeseinheitlich in allen Ländern denselben Standards folgen.

II. Hingegen ist es verfassungs- und europarechtlich (Dienstleistungsfreiheit) geboten die ärztlichen Dienstleistungen im Zusammen mit einem straflosen Schwangerschaftsabbruch mit Blick auf Art. 12 GG zu regeln und § 219a StGB zu modifizieren. Dies bedeutet, dass Ärzten sachliche Informationen und Informationen über eigene Leistungen erlaubt sein müssen. § 219a StGB enthält zwei Alternativen. Die erste Alternative des Verbots des öffentlichen Anbietens muss gestrichen werden, da sie in jeder Hinsicht fragwürdig ist, was von der herrschenden Kommentarliteratur (mit Ausnahme R. Merkel im Nomos-Kommentar zum StGB) nicht gesehen wird, da sie die Gesetzgebungsgeschichte nicht hinterfragt haben und das Rechtsgut nicht mit Blick auf Verfassungs- und Europarecht bestimmen. Die 1. Alternative (Anbieten und Ankündigen) ist verfassungswidrig, da

- **Wortlaut unbestimmt**
- **Systematik fraglich**
- **Gesetzgebungsgeschichte bedenklich**
- **Art. 12 GG nicht abgewogen, also in der jetzigen Form verfassungsrechtlich bedenklich.**

Streicht man die Tathandlung des Anbietens und die darauf bezogenen Ausnahmen in Abs. 2 ergibt sich folgende Neuregelung:

III. Vorschlag für eine Reform des § 219a

Ziele:

- Garantie des **ärztlichen Informationsrechts**,
- Patientinnen sollen in die Lage versetzt werden zu erfahren, welche Ärzte in ihrer Region Schwangerschaftsabbrüche durchführen
- Die gesellschaftlichen Interessen an einem angemessenen **Lebensschutz** sind zu wahren.

§ 219a (neu)

Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft

Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) in grob anstößiger Weise

1. eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs oder
2. Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet sind, unter Hinweis auf diese Eignung

anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Begründung für diese Version (sie entspricht weitgehend der Forderung der Bundes-FDP):

Gestrichen werden nur die verfassungswidrig zu weit gefassten Tathandlungen des „Anbietens“ und „Ankündigens“, ferner das subjektive Merkmal des angestrebten „Vermögensvorteils“, ein Merkmal, das Ärzte und Ärztinnen schon dann trifft, wenn sie keine überhöhten Honorare verlangen, sondern die üblichen Sätze.

Beibehalten wird hingegen das Verbot der **anstößigen Werbung**. Diese Alternative wurde 1974-1976 neu eingefügt und ist nicht zu beanstanden. Es ist dies ein sehr eng gefasster Straftatbestand, der auch Nicht-Ärzte trifft, Personen also, die keinem Berufsrecht unterliegen. Denn es ist nicht einzusehen, dass etwa die Pharma-Industrie NIPD (non-invasive Untersuchungen von Foeten in einem sehr frühen Stadium der Schwangerschaft, also vor der 12. Woche) bewirbt, welche dann – bei entsprechendem Befund - selektive Schwangerschaftsabbrüche nach dem Beratungsmodell ermöglichen - ohne Einschaltung einer spezifischen ärztlichen Beratung und ohne ein qualifiziertes Angebot an einer genetischen Beratung (Gefahr des Formenmissbrauchs). Dass eine solche Werbung im Interesse dieser kommerziellen Anbieter ist, muss als sicher unterstellt werden. Bislang hat sie der

weit gefasste § 219a StGB davon abgehalten. Auch sind andere Formen der mit dem Lebensschutz unvereinbaren Werbung denkbar und sollten verboten bleiben. Dass „anstößig“ ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, stört nicht, da das Merkmal grob Rechtsanwender dazu zwingt, sich im Zweifel für die Straflosigkeit (bzw. bei Ärzten das Berufsrecht) zu entscheiden. Auch die Tatsache, dass sich Ärzte bereits nach ihrem **Berufsrecht** mäßigen müssen, kann nicht rechtfertigen, § 219a StGB ersatzlos zu streichen, da der Lebensschutz insgesamt strafrechtlich zu regeln ist (Annexkompetenz des Bundes - Strafrecht). Berufsrecht beruht auf Landesrecht (Gesundheitsschutz) und wird außerdem sehr unterschiedlich durch die LÄK umgesetzt. Auch würde eine rein berufsrechtliche Regelung unterstellen, dass ein Schwangerschaftsabbruch eine ärztliche Behandlung wie jede andere sei. Dies widerspräche aber selbst der liberalen Aktualisierung des Lebensschutzkonzeptes durch das BVerfG im Jahre 1998 (bestätigt 2006 durch BVerfG, Beschluss v. 24.05.2006, BvR 1060/02 und 1139/03, Rdn. 36). 1998 stellte der Senat ausdrücklich fest (**BVerfG, 27.10.1998 - 1 BvR 2306/96**), dass *landesrechtliche Regelungen zur Konkretisierung des Lebensschutzkonzeptes* nicht zulässig sind. Gegenstand dieser Entscheidung war ein Landesgesetz, das für nichtig erklärt wurde, weil das Land insoweit keine Kompetenz hat. Diese Einschränkung betrifft – konsequent weiter gedacht - auch Werbeverbote, welche den Schwangerschaftsabbruch betreffen. Auch sie können – soweit sie Ärzte betreffen - nicht ausschließlich durch das Berufsrecht geregelt werden. Vielmehr muss der Bund abwägen, inwiefern die nicht ohne weiteres vereinbaren Prinzipien und Rechte abzuwägen sind. Streicht der Bund § 219a StGB *ersatzlos*, dann erlaubt er damit auch die gezielte und sogar die anstößige Werbung für Schwangerschaftsabbrüche. Denn eine Strafbarkeit wegen Anstiftung würde sehr spät einsetzen, nämlich erst dann, wenn die öffentlichen Äußerung zu einem konkreten verbotenen Handeln auffordert, was allenfalls theoretisch vorstellbar, aber praktisch ausgeschlossen werden kann. Ob daher ein so weitgehender Verzicht auf Werbeverbote verfassungsgemäß ist und ob es für eine solche Regelung eine Mehrheit im Bundestag geben könnte, sind weitere Fragen, die gegen ein Gesetzesvorhaben sprechen, § 219a StGB *ersatzlos* zu streichen.

Umgekehrt sind Positionen unhaltbar, die der ohnehin zu weiten Fassung des § 219a StGB auch noch eine Bedeutung zugeschreiben, die quasi gar nicht mehr hinweg gedacht werden könne, ohne dass das Schutzkonzept des Gesetzgebers in sich zusammenfalle.¹ Nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG gibt es keinen Grund mehr für ein Schweige-oder Tabuisierungsgebot. Das Beratungskonzept (1995) hat sich bewährt, nur der bei allen Reformen vergessene § 219a StGB bedarf nun einer moderaten Reform. Diese sollte möglichst im Konsens aller die Liberalisierung der §§ 218 ff StGB und die Antidiskriminierungspolitik des letzten Jahrzehnts tragenden Parteien geschehen und nicht zu einer würdelosen Wiederholung längst erledigter Schlachten um § 218 StGB absinken.²

¹ Stellv. für wenige, die sich einer Reform des § 219a StGB widersetzen:

Kubicziel (Hrsg.), Augsburgsburger Papier zur Kriminalpolitik 4/2017.

https://www.jura.uni-augsburg.de/lehrende/professoren/kubicziel/downloads/koelner_papiere/APzK-4_2017_-_219a.pdf.

² Anbieten i.S. des § 219a StGB ist ein vergessenes Relikt, das Abtreibungsgegner (babycaust) sehr aggressiv nutzen, um alle Ärzte, die Abtreibungen lediglich anbieten, zu drangsalieren und mit Anzeigen wegen dieser unsinnigen Norm zu belasten, vgl. hierzu

https://www.novo-argumente.com/artikel/abtreibungsgegner_nutzen_nazi_paragraph

IV. Gesetzgebungsgeschichte

Das unbestimmte Verbot des öffentlichen „Anbietens“ solcher Dienste stammt aus dem Jahr 1933 und wurde später nicht reflektiert, zum einen weil nach 1945 noch das Vorurteil bestand, dass Frauen „normalerweise“ zum Austragen ihrer Leibesfrucht verpflichtet seien, zum anderen weil Zeitgeschichte auch noch in den 1970er Jahren, als die Reformdebatten zu den § 218 ff StGB geführt wurden, noch nicht professionalisiert war. Erst heute wissen wir mehr und genaueres über diese Zeit.

Zwar bestand das Verbot schon 1871, aber es wurde 1926 – damals noch unter einer anderen Nummerierung - kritisiert und nach sehr ausführlicher und kontroverser Debatte aufgehoben und erst wieder 1933 - sofort nach der Machtergreifung - eingeführt (nachzulesen im Reichsgesetzblatt 1933 – Abänderung strafrechtlicher Vorschriften).

Der neue NS-Tatbestand hatte den Zweck und wurde auch sofort in diesem Sinne sehr intensiv angewandt, alle Ärzte, die missliebig waren, etwa weil sie im Verein sozialistischer Ärzte tätig, mit den Mitteln des NS-Regimes zu bekämpfen. So wurde z.B. sofort – bei entsprechendem Verdacht - Schutzhaft angeordnet, der Entzug der Approbation durchgeführt und inhaftiert. Nach der Freilassung war das Vermögen eingezogen und die Betroffenen waren zur Emigration gezwungen (mittellos). Im kollektiven Gedächtnis ist nicht präsent, dass Homosexuelle, Abtreibungsärzte und alle, die sexuelle Dienste anbieten, schon 1933 als „Volksschädlinge“ galten und somit existenziell bedroht waren. Eine konsequente NS-Sexualpolitik und Vernichtungspolitik war den rivalisierenden Machthabern so bedeutsam, dass sofort Gesetze verschärft und dann sogar – sofort nach dem Röhm-Putsch 1937 – eine *Reichszentrale zur Verfolgung der Homosexualität und Abtreibung* gebildet wurde.

Die Besatzungsmächte außerhalb der russischen Zone nahmen keinen Anstoß an dieser Vorschrift. Auch die Gesetzgebung nach 1949 sah keinen Grund, die §§ 218 ff StGB zu reformieren. Nur die Todesstrafe – nach der Verschärfung 1943 wurde abgeschafft. 1953 wurde die Fassung 1933 als § 220 StGB nummeriert und unverändert beibehalten. Dass es ein Gesetz aus dem Jahr 1933 war, war 1953 bekannt und steht etwa im **StGB Kommentar von Otto Schwarz (16. Aufl. 1953)**. Auch **Schönke/Schröder (noch in der 3. Aufl. 1947)** informiert so, fügt aber hinzu, dass der NS-Tatbestand uneingeschränkt angewandt werden könne. Reflektiert wurde das Ganze nie. Selbst während der Reformen der §§ 218 ff StGB in den Jahren 1976 - 1995 wurde der Tatbestand des „Anbietens“ solcher Dienste nur umnummeriert und unter §219a StGB - Werbung - beibehalten, zwar mit Einschränkungen, aber **die Tathandlung des "Anbietens" wurde nicht einmal diskutiert**. Dass sie zu weit ist, weil sie auch ärztliche Angebote nicht ausschließt, wurde bei jeder Reform übersehen. Auch wurde nie diskutiert, dass ein "Anbieten“ durch Ärzte als solches neutral ist. Denn das ärztliche Berufsrecht erlaubt neutrale Informationen für alle ärztlichen Leistungen. Eine neutrale Information ist keine „Werbung“. Dennoch wurde nicht gesehen, dass der Tatbestand viel zu unbestimmt ist und rein sprachlich auch Handlungen umfasst, die nach den Reformen der Jahre 1976-1995 rechtmäßig sind, denn Ärzte handeln rechtmäßig und im Rahmen ihres Grundrechtes auf Berufsausübungsfreiheit. Die Formel von der „Rechtswidrigkeit, aber Straflosigkeit“ bezieht sich ausschließlich auf die Frauen. Mit dieser missverständlichen Formel sollte lediglich deutlich gemacht werden, dass sie keinen Anspruch gegen die gesetzlichen Krankenkassen haben, wenn nach der Beratungslösung verfahren wurde. Einen Abbruch bezahlt bei Nicht-Vermögenden dennoch das jeweilige Bundesland. Schon dies

zeigt, dass das ärztliche Handeln nur rechtmäßig sein kann, denn sonst dürfte der Staat diese Handlungen nicht finanzieren.

Der Grund für das Versagen des Gesetzgebers ist peinlich: Man hätte merken müssen, dass 1953 im gängigen Kurzkomentar (Otto Schwarz, 16. Aufl. 1953) notiert war, dass man ein NS-Gesetz aus dem Jahr 1933 als unverdächtig behandelte, ohne zu bedenken, dass bereits 1926 das „Anbieten“ solcher Dienste **durch Ärzte (also nicht sog. Engelmacher)** explizit erlaubt worden war. Aber man hatte sich nicht mit der Entstehungsgeschichte befasst – und dies erklärt die wenig durchdachte Entscheidung des AG Gießen ([AG Gießen, 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15](#)).

Weder die Frauenbewegung noch die Ärzteschaft hatte sich – vor dem Fall der Ärztin Hänel aus Gießen, die am 24.11. 2017 vom AG Gießen verurteilt wurde - um die Rechtstellung der für Abtreibung spezialisierten Ärzte gekümmert. Auch der Berufsverband der Frauenärzte und die Standesorganisationen dieser Gruppe von Ärzten setzten sich in der Vergangenheit nicht für sog. „Abtreibungsärzte“ ein, sondern erst jetzt, aber wieder ohne eine angemessene Analyse der verfassungsrechtlichen Problematik.

V. Praktische Bedeutung des Merkmals des öffentlichen Anbietens

Die Bedeutung wurde in der Vergangenheit erheblich unterschätzt, da betroffene Ärzte es vorzogen *im Ermittlungsverfahren* die Webseite zu ändern und, falls dies von der Staatsanwaltschaft verlangt wurde, ein Bußgeld zu bezahlen.

Das Verfahren gegen die Ärztin Hänel ist das zweite dieser Art (zuvor gab es nur ein gerichtliches Verfahren, und zwar in Pegnitz). Der Grund für die zahlreichen Strafanzeigen ist ein Netzwerk professioneller Anzeige – Erstatter um Herrn *Annen* aus Weinheim, dem der EGMR Meinungsfreiheit zubilligt. Erfolgreiche Zivilklagen (Unterlassung) gegen ihn sind vom EGMR aufgehoben worden bzw. unter so hohe Voraussetzungen gestellt, dass es unzumutbar ist, von einzelnen Ärzten zu verlangen, mit Musterklagen aktiv zu werden.

Herr *Annen* betreibt zusammen mit einem engmaschigen Netz von lokalen Vereinen, die sich „Nie wieder“ nennen, die Webseite „Babycast“. Die Assoziation zu „Holocaust“ ist beabsichtigt, wenn auch absurd. Diese extrem geschmacklose und denunziatorische Webseite ist unverkennbar den US-amerikanischen Seiten der „Army of God“ nachempfunden, setzt aber – den kulturellen Traditionen beider Länder entsprechend - nicht auf Gewalt, sondern auf systematische Belästigungen und eine pedantische Strategie der Strafanzeigen wegen § 219a StGB, sobald eine Arztpraxis auf ihrer Webseite erwähnt, dass Schwangerschaftsabbrüche zugänglich seien. Im Allgemeinen stellen Staatsanwaltschaften die Verfahren ein, verlangen aber, dass diese Informationen künftig unterbleiben. Damit haben diese Abtreibungsgegner erreicht, was sie wollten: ungewollt schwangere Frauen können sich nicht konkret informieren und wissen nicht, welche Erfahrungen andere Patientinnen mit Arztpraxen gemacht haben. Vereinzelt gab und gibt es gezielte Aktionen gegen einzelne Ärzte – Flugblätter/ Plakate - gegen den seit 1995 reformierten § 218 StGB (Beratungslösung). Bei diesen Aktionen benennt er einzelne Ärzte mit vollem Namen und Adresse (Prangerwirkung). Das Bundesverfassungsgericht stellte zwar fest, dass derartige verbale Angriffe das *Persönlichkeitsrecht* von Ärzten verletzen und nicht von der Meinungsfreiheit gedeckt seien - BVerfG vom 24.5.2006 – 1 BvR 49/00. Aber der EGMR schraubte die Anforderungen hoch und entschied in den zahlreichen Individualbeschwerden, die *Annen* eingelegt hat, zu seinen Gunsten. Betroffene Ärzte müssen daher in Zukunft in jedem Einzelfall ihre Belästigung präzise beweisen und ihr Interesse vor Zivilgerichten so ausführlich geltend machen, dass der EGMR auch die Beurteilung der Tatsachen in

jedem Einzelfall überprüfen könne³. Die Folgen der belästigenden Aktionen sind äußerst einschneidend. Denn die Webseite „*Babycaust*“ vernetzt – was große Wirkungen auslöst – zahlreiche lokale Lebensschutz- Organisationen (wie „**Nie wieder**“ und andere Vereine vor Ort). Diese führen eine Vielzahl spektakulärer Aktionen aus, wie etwa regelmäßige laute „Gebete“ vor Beratungseinrichtungen oder „Gehsteigberatungen“ vor Arztpraxen.

VI. Handeln Ärzte nur straflos, wenn sie die Regeln der Beratungslösung einhalten?

Die Verurteilung der Ärztin Hänel und die Aktionen des Herrn Annen gehen davon aus, dass Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, nicht nur moralisch angreifbar seien (dies wird von „*babycaust*“ lediglich extrem drastisch zum Ausdruck gebracht), sondern dass sie auch rechtlich in einem Graubereich arbeiten. Die von Annen strapazierte Formel ist die Legende von der *straflosen, aber rechtswidrigen* Abtreibung, die er Tötung oder Mord nennt. Das BVerfG aktualisierte im Jahre 1998 das seit 1975 zu beachtende Schutzkonzept (BVerfGE 98, 265 – 365). Da 1998 vom BVerfG insbesondere die Grundrechte der Ärzte betont wurden, ist der Unterschied zwischen der Bewertung des Verlangens der Frau und dem Handeln des die Schwangerschaft abbrechenden Arztes beachtlich. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war die Position der Ärzte. Der Senat hatte daher keinen Grund, sich kritisch mit den beiden vorangegangenen BVerfGE zu befassen, welche sich insbesondere mit dem Status der ungewollt Schwangeren befasst hatten. 1998 wurde die Position der Ärzte aufgewertet, ohne die bisherige Rechtsprechung des BVerfG explizit zu verwerfen. Der Grund ist ein pragmatischer: die Erweiterung des Prozessgegenstandes hätte eine Entscheidung des Großen Senats erforderlich gemacht. Was immer also frühere Urteile besagen, seit 1998 ist die These, Schwangerschaftsabbrüche seien *straflos, aber rechtswidrig* – trotz ihrer häufigen Wiederholung - rechtlich falsch, wenn es um die Einordnung des Handelns der Ärzte geht.

Diese umstrittene Formel gilt nach der Aktualisierung des Schutzkonzeptes durch das BVerfG nur für Frauen, jedenfalls nicht für Ärzte. Nach der Rechtsprechung aller mit der Frage befassten Gerichte und den Feststellungen des BVerfG zur Beratungslösung hat zwar die Frau, wenn sie eine Abtreibung verlangt, kein „Recht“, sondern nur – nach Beratung – die Letztentscheidung, welche nicht begründet werden muss und zur Straflosigkeit führt. **Die ärztlichen Handlungen aber sind rechtmäßig** und werden – bei Bedürftigen – auch von den Bundesländern deshalb finanziell getragen (soweit keine Zahlung der Krankenkassen der betroffenen Frauen wegen einer mit dem Eingriff verbundenen „Krankenbehandlung“ eingreift). Bezahlen die Länder womöglich rechtswidrige ärztliche Dienstleistungen? Die Frage stellen, beantwortet sie schon.

³ <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/egmr-3690-10-abtreibung-babycaust-flugblaetter-klinik-meinungsfreiheit/>