



25.06.2018

Tel. 0049-40-428 38 3048 Fax 0049 -40-428 38 3037

E-Mail: reinhard.merkel@jura.uni-hamburg.de

Sekretariat: Barbara Fisz

Tel. 0049-40-428 38 4593

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu § 219a Strafgesetzbuch am 27. Juni 2018 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz

I. Vorklärungen: Struktur und normative Komplexität des Tatbestands

1. Absatz 1 des § 219a StGB vereint ein ganzes Bündel von Tathandlungs- und Tatumstandsbeschreibungen. Bezogen sind sie sämtlich auf künftige Schwangerschaftsabbrüche, deren Vorbereitung oder (mittelbare) Förderung als mögliche Wirkung solcher Tathandlungen befürchtet wird. In diesem Sinn versteht sich die Funktion des Paragraphen zunächst als „Vorfeldschutz“ für das Rechtsgut „Leben des Ungeborenen“. Der Paragraph differenziert nicht zwischen unterschiedlichen Formen der von ihm in Bezug genommenen künftigen Abbrüche und ihrer rechtlichen Beurteilung. Er erfasst sie alle, erklärt also ihre mögliche Förderung qua „Werbung“ unterschiedslos für strafbar.

Hierin liegt der hauptsächliche Grund für den Streit um die rechtspolitische Angemessenheit des § 219a. Denn anders als dieser für die sog. Werbung unterscheiden die §§ 218 und 218a StGB für die Abbrüche selbst naturgemäß scharf zwischen solchen, die strafbar (§ 218), und anderen, die tatbestandslos (§ 218a Abs. 1) oder sogar rechtmäßig sind (§ 218a Abs. 2 und 3). Es liegt freilich auf der Hand, dass die wie auch immer verstandene „Vorfeld“-Förderung strafbarer Taten einer anderen strafrechtlichen Beurteilung unterliegen muss als eine äußerlich ähnliche Förderung rechtmäßigen oder tatbestandslosen Handelns. Das gilt selbst dann, wenn man (aus welchen Gründen immer) auch die letztere für grundsätzlich strafwürdig hält. Der Tatbestand des § 219a ignoriert diese Unterscheidung.

2. Verdunkelt wird deren Notwendigkeit von der amtlichen Überschrift des Paragraphen. Darin werden sämtliche seiner Tathandlungen pauschal „Werbung“ genannt, wiewohl sie das in ihrer Mehrzahl nicht sind. Aus dieser Pauschalkennzeichnung resultiert eine verbreitete irrije Wahr-

nehmung des verhandelten Problems in der öffentlichen Debatte. Gewiss kann es erlaubtes Handeln geben, für das man gleichwohl nicht (oder doch nicht in bestimmten Formen aggressiver Zudringlichkeit) werben darf. Beispiel: Einschränkungen der Werbung für Tabakerzeugnisse (§§ 20, 35 Abs. 2 Nr. 9 TabakerzG). Aber – um im Bild des Beispiels zu bleiben – der schlichte Hinweis eines Kioskbesitzers, bei ihm könne man Zigaretten kaufen, dürfte ganz gewiss nicht verboten werden, solange dies der Verkauf der Zigaretten selbst nicht ist. § 219a bedroht dagegen auch solche schlichten Hinweise auf die Möglichkeit erlaubten Handelns, nämlich rechtmäßiger Schwangerschaftsabbrüche, mit Strafe.

3. Es empfiehlt sich daher, den Tatbestand des §219a Abs. 1 zunächst mit einer schärferen Profilierung seiner wesentlichen Unterscheidungen transparent zu machen. Er umfasst

- erstens vier Varianten möglicher **Tathandlungen**: *anbieten, ankündigen, anpreisen* sowie *bekanntgeben* entsprechender Erklärungen;
- sodann zwei Typen von **Tatmitteln**: einerseits *Dienste* zur Vornahme oder Förderung von Schwangerschaftsabbrüchen, andererseits *Mittel, Gegenstände* und *Verfahren*, die dazu geeignet sind;
- drittens zwei **Modi der Tatbegehung**: einen subjektiven (*um eines Vermögensvorteils willen*) sowie einen objektiven Modus (*grob anstößig*); diese Begehungsweisen müssen nicht kumulativ, vielmehr muss nur eine von beiden erfüllt sein;
- und schließlich verlangt er, viertens, für sämtliche Möglichkeiten der Tatbestandserfüllung, die sich aus den vorgenannten Merkmalen ergeben, drei **Kontextbedingungen**, die ebenfalls nur alternativ vorliegen müssen: entweder *öffentlich* oder *in einer Versammlung* oder *durch Verbreiten von Schriften* (i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB).

Unterschieden werden müssen außerdem zwei **Rechtsgüter**, die der Paragraph schützen soll: zum einen das ungeborene Leben gegen mittelbare Risiken im Vorfeld seiner konkreten Bedrohung; und zum andern ein bestimmtes „Klima“ der gesellschaftlichen Diskussion, die bewahrt werden soll vor der Entwicklung einer allgemeinen moralischen Indolenz, eines kollektiven Verlusts an Sensibilität gegenüber dem ethischen Problem, das jede, auch eine gerechtfertigte Abtreibung bedeutet. Der Gesetzgeber des 5. StrRG von 1974 hat dies so formuliert: § 219a wolle „verhindern, daß der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“ (BT-Drs. 7/1981, 17).

Nicht nur die unterschiedlichen Formen der Tatbestandserfüllung sind also für die Beurteilung seiner Legitimität zu unterscheiden. Vielmehr muss diese Beurteilung auch die unterschiedlichen Maßgaben der beiden genannten Schutzgüter in Betracht ziehen.

4. Die skizzierte Komplexität des Tatbestands legt schon auf den ersten Blick eine wenig zweifelhafte Annahme nahe: Die zahlreichen Möglichkeiten seiner Verwirklichung weisen erhebliche Unterschiede in ihrer Unrechtsqualität auf, da sie sich auf Schwangerschaftsabbrüche ganz unterschiedlicher rechtlicher Bewertung (von strafbar bis rechtmäßig) beziehen. Sie erfassen den sachlichen Hinweis auf dem Informationsblatt im Wartezimmer einer Ärztin, sie führe rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche durch, ganz genauso wie die reißerische Internetwerbung einer unseriösen Auslandspraxis, die auch späte Schwangerschaftsabbrüche „ohne jede Formalität“ (strafbar nach § 218 Abs. 1), „im luxuriösen Wohlfühl-Ambiente sowie im optimalen Preis-Leistungs-Verhältnis“ anbietet (grob anstößig i.S.d. § 219a Abs.1).

5. Daran wird deutlich, wie irreführend es ist, unter Mobilisierung abstrakter Pauschalbegriffe („Werbung“) und appellativer Schlagwörter („austarierte Gesamtarchitektur des pränatalen Lebensschutzes“) den verworren vielgestaltigen Tatbestand als ganzen zum Gegenstand der Auseinandersetzung zu machen. Die nachfolgenden Überlegungen orientieren sich deshalb an den oben gezogenen Unterscheidungslinien, die das Gesetz selbst vorgibt.

II. Zur Strafbarkeit sachlicher Informationen und Angebote

Sachliche Hinweise, man selbst oder ein Dritter biete schwangeren Frauen die Möglichkeit eines Abbruchs im Rahmen des geltenden Rechts an („anbieten“ bzw. „ankündigen“ i.S.d. § 219a Abs. 1), sind auch dann, wenn sie von jemandem „öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften“ sowie „seines Vermögensvorteils wegen“ gegeben werden, kein legitimer Gegenstand einer Strafdrohung.¹

1. Bei rechtmäßigen Abbrüchen (§ 218a Abs. 2 und 3)

a) Das gilt unter den Maßgaben des Schutzguts „Leben des Ungeborenen“ zunächst offensichtlich für rechtmäßige Abbrüche. Denn wenn dieses Schutzgut bei einem Schwangerschaftsabbruch, der dem sachlichen Hinweis i.S.d. § 219a möglicherweise nachfolgt, von Gesetzes wegen hinter die geschützten Belange der Schwangeren zurücktritt, dann kann die bloße „Förderung“ eines solchen rechtmäßigen Tuns weit in dessen Vorfeld nicht ihrerseits das Unrecht einer Gefährdung jenes Rechtsguts sein. Mit Strafe bedroht werden darf sie dann erst recht nicht. § 219a enthält insofern einen offenen Wertungswiderspruch. Ein Rechtsbefehl, der so lautet: „X tun darfst du; aber öffentlich sagen, dass du’s tust, und dadurch die Möglichkeit dieses Tuns vielleicht fördern, darfst du nicht“ ist normativ inkonsistent.

Will man im „Anbieten“ mehr sehen als eine reine Information („ankündigen“) und es deshalb für pönalisierbar halten, so ist darauf hinzuweisen, dass es dabei in der Sache um ein „Sich-Erbieten“ zum Abbruch geht. Ein solches Sich-Erbieten ist aber nach der allgemeinen Regel des § 30 Abs. 2 StGB nur dann strafbar, wenn es im Anbieten der Begehung eines Verbrechens besteht. Strafbare Abtreibungen sind dies nicht. Selbst ein Arzt, der im Gespräch einer Schwangeren in der 20. Woche gegen hohes Entgelt den Abbruch ohne die erforderliche Indikation und damit das Begehen einer schweren Straftat anbietet, bleibt für dieses Angebot straflos. Dann kann aber eine Pönalisierung des Sich-Erbietens zu einem *rechtmäßigem* Abbruch, auch wenn es öffentlich oder schriftlich geschieht, nicht in Betracht kommen.

Soweit § 219a Abs.1 diesen offenen Wertungswiderspruch enthält, ist er mit der Verfassung nicht vereinbar. Ein Verhalten, das späteres rechtmäßiges Handeln weit in dessen Vorfeld möglicherweise fördert, darf, sofern es kein weiteres Rechtsgut antastet (*dazu unten 3.*), schon nicht für rechtswidrig erklärt werden. Insofern verletzt § 219a Abs. 1 das Grundrecht auf Berufsfreiheit der Ärzte (Art. 12 Abs. 1 GG), das auch ein Recht umfasst, die Öffentlichkeit über das eigene berufsspezifische Handeln sachlich zu informieren. Der Tatbestand verletzt weiterhin die In-

¹ Das Tatbestandsmerkmal „seines Vermögensvorteils wegen“ in § 219a ist nach ganz h.M. und Rspr. erfüllt, wenn der anbietende Arzt seine Offerte mit der Absicht verbindet, im Fall eines Abbruchs das dafür in der ärztlichen Gebührenordnung vorgesehene Entgelt zu verlangen. Das ist ersichtlich der Normalfall. Im Folgenden setze ich das Vorliegen dieses Merkmals durchgängig voraus und erörtere es nicht gesondert. Ebenfalls nicht selbständig erörtert wird die Strafbarkeit der Tathandlungsvariante „Bekanntgeben von Erklärungen solchen Inhalts“ (nämlich des Anbietens, Ankündigens, Anpreisens); sie ist abhängig vom strafbaren Vorliegen eben eines dieser drei „A.s“ als ihres „Inhalts“ und bedarf daher neben diesen keiner eigenen Untersuchung.

formationsfreiheit der Schwangeren, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu informieren (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), und damit schließlich auch das allgemeine Freiheitsrecht der Schwangeren auf legitime Selbstbestimmung ihrer höchstpersönlichen Belange (Art. 2 Abs. 1 GG).

Erst recht verfassungswidrig ist die Strafbewehrung eines solchen illegitimen Verdikts der Rechtswidrigkeit in § 219a Abs.1. Sie verletzt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit staatlicher Zwangseingriffe in Freiheitsrechte der Bürger aus Art. 2 Abs. 1 GG. Nach dem oben Gesagten bedarf das keiner weiteren Beglaubigung.

b) Angefügt sei eine Erwägung, die in der rechtspolitischen und medialen Diskussion, soweit ich sehe, bislang nicht vorkommt. Sachliche Grundlage der Rechtfertigung eines Abbruchs, wie sie in den Absätzen 2 und 3 des § 218a unter den dort genannten Voraussetzungen geregelt ist (Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren; Sexualstraftat als Grund der Schwangerschaft), ist die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung der Schwangerschaft in einer Notstandslage für die Schwangere.² Es ist aber ersichtlich so unangemessen wie unverhältnismäßig, den rechtmäßigen Ausweg aus einer vom Gesetz als unzumutbar anerkannten Notlage nach Möglichkeit zu erschweren, indem die sachliche Information über diesen Ausweg mit Strafe bedroht wird. Die Möglichkeit der Schwangeren, sich ggf. auch anderweitig zu informieren, nämlich bei einer anerkannten Beratungsstelle nach § 8 SchKG, ändert daran nichts. Es geht nicht um die Frage, ob Schwangere überhaupt einschlägige Informationen erhalten können, sondern darum, ob eine *Strafandrohung* zur Verhinderung sachlich korrekter Hinweise auf rechtmäßige Hilfe in einer unzumutbaren Notlage verfassungsgemäß sein kann. Die Antwort lautet: nein.

2. Bei tatbestandslosen Abbrüchen (§ 218a Abs. 1)

Das unter 1. Dargelegte gilt ohne Einschränkung auch für die sachliche Information („ankündigen“) bzw. das sachliche Angebot („anbieten“) eines tatbestandslosen Schwangerschaftsabbruchs nach § 218a Abs.1. Dabei kann die umstrittene Frage dahinstehen, ob ein solcher Abbruch, den nach BVerfGE 88, 203 alle daran Beteiligten als rechtmäßig *behandeln* müssen und dessen Vornahme in der „Letztverantwortung“ der Schwangeren liegt, nach rechtstheoretischen Kriterien der Normgeltung überhaupt noch rechtswidrig *sein* kann.³ Auch wenn man ihn als „lediglich tatbestandslos“ qualifiziert (womit er freilich jedenfalls im Sinn des StGB auch nicht rechtswidrig ist: § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB), kann der sachliche Hinweis auf seine Möglichkeit nicht verfassungsgemäß mit Strafe bedroht werden.

Das hat auch das BVerfG betont: „Wenn die Rechtsordnung Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzte eröffnet, muss es dem Arzt auch ohne negative Folgen für ihn möglich sein, darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können.“ (BVerfG, Beschl. vom 24.05.2006, 1 BVR 1060/02 und 1139/03, S. 9 Rn. 36 = ZfL 4/2006, 135, 138). Der Satz steht in der Entscheidung des Beschwerdeverfahrens gegen ein zivilgerichtliches Urteil; deshalb hat sich das BVerfG zu der hier in der Sache ersichtlich berührten Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 219a StGB nicht geäußert. Das ändert aber nichts am prinzipiellen und allgemeinen Charakter seiner Aussage. Es ist unbestritten und unbestreitbar,

² Vgl. Wortlaut des § 218a Abs. 2: wenn „die Gefahr „nicht auf andere, für sie [die Schwangere] zumutbare Weise abgewendet werden kann“; eingehend dazu *Merkel* in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 218a Rn. 77 ff., 83, 89; im übrigen h.M.

³ Eingehend zu den durchschlagenden Einwänden dagegen *Merkel*, aaO, Rn. 55 ff.

dass der Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“ ausschließt, ein bestimmtes Handeln (hier den ärztlichen Hinweis) im StGB für strafbar zu erklären, wenn es in einem anderen Rechtsgebiet (hier Zivilrecht) ausdrücklich für zulässig erklärt wird.

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

3. Ändert der weitere Normzweck „Schutz des moralischen ‚Klimas‘ in der Gesellschaft“ etwas an diesem Ergebnis?

Nein. Schon aus dem zitierten Satz des BVerfG ergibt sich das ohne weiteres. Schwerlich könnte das Gericht davon sprechen, Ärzten *müsse* die sachliche Information über gesetzestreuere Berufshandeln erlaubt sein, wollte es zugleich akzeptieren, dass ihnen eben diese Information bei Strafe verboten werden darf, sobald man nur den Blick vom Schutzgut „ungeborenes Leben“ zu dem des „moralischen Klimas“ wende. In einer Gesellschaft, zu deren Allgemeinwissen die Möglichkeit (und das jährlich 100.000-fache Stattfinden) straffreier Abtreibungen unter beratender Beteiligung staats- und kirchennaher Institutionen gehört, entbehrt die Behauptung, der sachliche Hinweis auf eben diese Möglichkeit könne das Klima der ethischen Diskussion vergiften und das moralische Empfinden gegenüber dem Problem der Abtreibung untergraben, ohnehin jeder plausiblen Grundlage. Die offene, auch kontroverse Diskussion um den Schwangerschaftsabbruch ist schon lange kein Tabu mehr. Vor diesem Hintergrund ist das strafbewehrte Verbot des Hinweises, man selbst sei Teil eines allgemein bekannten, gesetzeskonformen, wenngleich moralisch stets prekären klinischen Alltagsgeschehens, im Licht der Meinungs- und Informationsfreiheit und im Sinn einer aufgeklärten Öffentlichkeit schwer erträglich.

Hinzu kommt dies: Das BVerfG hat in seiner Grundsatzentscheidung von 1993 (BVerfGE 88, 203) mehrmals hervorgehoben, die Verpflichtung zur „Sicherstellung“ eines „ausreichenden und flächendeckenden Angebots sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen“ begründe eine „Staatsaufgabe“ (BVerfGE, aaO, 328, 333 f., s. auch 205, Leitsatz 17). Die Ratio dieser Überlegung, bei Schwangerschaftsabbrüchen ein medizinisches Verfahren *lege artis* sicherzustellen, ist vernünftig und ohne akzeptable Alternative. Vor diesem Hintergrund ist es aber nicht hinnehmbar, Ärzten, die sich vollständig gesetzeskonform an der Erfüllung einer Staatsaufgabe beteiligen, bei Strafe zu verbieten, auf diesen Umstand sachlich und öffentlich hinzuweisen. Noch einmal: Nicht dass Frauen diese Information auch anderweitig erhalten könnten, steht hier zur Diskussion. Es geht allein um die Frage, ob jemand, der auf seine rechtskonforme Beteiligung an der Erfüllung einer Staatsaufgabe hinweist, dafür bestraft werden darf. Die Antwort ist evident: nein.

4. Der Einwand „austarierte Architektur des gesetzlichen Gesamtkonzepts“

Dieser Einwand spielt vor allem in der politischen Diskussion eine große Rolle. Er besagt Folgendes: Das sog. „Beratungskonzept“ zum Schutz des ungeborenen Lebens, wie es 1993 vom BVerfG für verfassungsgemäß erklärt und mit dessen Maßgaben vom Gesetzgeber umgesetzt worden sei, hänge in seiner normativen Schlüssigkeit von einem ganzen Netz ausbalancierter und wechselbezogener Regelungen ab, die in den §§ 218a bis 219 b normiert seien. Im Zentrum dieses Konzepts stehe die Beratungspflicht nach § 219. Sie sei zwar „ergebnisoffen“ zu führen (§ 5 Abs. 1 SchKG), habe aber dem „Schutz des ungeborenen Lebens“ zu dienen (§ 219 Abs. 1

S. 1). Diese zweifache, nicht spannungsfreie Grundfunktion der Beratung werde flankiert vom Werbeverbot des § 219a. Mit ihm wolle der Gesetzgeber gewährleisten, dass die Beratung in ihrer Schutzorientierung von externen Einflüssen sachfremder Provenienz freigehalten werde. Nehme man durch Streichen des § 219 aus dieser komplexen „Architektur“ der Gesamtregelung einen ihrer tragenden Pfeiler heraus, so gerate das ganze Konzept in Gefahr einzustürzen. Darauf weise auch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 27.10.1998 zum Bayerischen Schwangeren-hilfeergänzungsgesetz hin, wo es heißt, „die Wirksamkeit eines solchen Konzepts hängt entscheidend davon ab, daß alle einzelnen Elemente und die notwendigen Rahmenbedingungen aufeinander abgestimmt sind.“ (BVerfG, NJW 1999, 841, 843; eingehend zum Ganzen *Kubiciel*, ZRP 2018, 13).

Das Argument bezieht seine scheinbare Schlüssigkeit vor allem aus zwei stillschweigenden Prämissen. Die erste ist lebensfremd, die zweite beutet den Präzisionsmangel einer höchst unpassenden Metapher aus. Im Ganzen ist die Überlegung nicht haltbar.

a) Lebensfremd ist zunächst die Annahme, das Ziel des Abschirmens der Beratung von externen Einflüssen welcher Art immer sei im Zeitalter des Internets damit zu erreichen, dass man Ärzten bei Strafe verbiete, sachlich auf ihre Bereitschaft zu gesetzeskonformen Abbrüchen hinzuweisen. Noch lebensfremder ist die Annahme, es gebe auch nur eine einzige Schwangere, die zu einem Beratungsgespräch gemäß den §§ 219 StGB, 5 ff. SchKG im Zustand der Ahnungslosigkeit über ihre Möglichkeiten im Zusammenhang mit der Schwangerschaft gehe, und vor allem ohne sich über ihre eigene Lebenssituation, ihre Möglichkeiten, Interessen und Zukunftspläne im Hinblick auf das Leben mit einem Kind schon tiefere Gedanken gemacht zu haben. Am lebensfremdesten ist schließlich die Sorge, gerade die sachlichen Hinweise eines Arztes oder einer Ärztin, sie nähmen auch rechtsgemäße Schwangerschaftsabbrüche vor, könnten diesen noch orientierungslos schwebenden Seelenzustand der Schwangeren unsachgemäß beeinflussen, nämlich ihr die Idee eines Abbruchs nahelegen, die sie zuvor nicht hatte.

b) Deplaciert ist die Metapher der architektonischen Statik. Höchst unpräzise für ein komplexes System normativer Regeln (der §§ 218 ff.), soll sie suggerieren, die Herausnahme auch nur einer dieser Regeln brächte das System zum Einsturz. Vor dem Hintergrund des Umstands, dass wohl seit vielen Jahren kein einziges Beratungsgespräch mehr unter den oben skizzierten lebensfremden Prämissen stattfindet und etwa ohne das Verbot sachlicher Hinweise in § 219a anders verlief, als es das tatsächlich tut, ist die Behauptung, wenn man dieses Verbot streiche, kollabiere das ganze System, nichts weiter als eine unplausible Scheineduktion aus einer schiefen Metaphorik. Die §§ 218 ff. des StGB sind kein Bauwerk. Nichts an ihnen ist vom Kollaps bedroht, wenn einzelne ihrer Regelungen aus verfassungsrechtlichen Gründen entfernt werden.

Und damit kommt der durchschlagende Einwand gegen die Architektur- bzw. Statik-Metapher in den Blick. Auch wer an ihr festhalten möchte, kommt nicht an dem Umstand vorbei, dass unter dem Dach des Grundgesetzes (um in der aufgebotenen Bildersprache zu bleiben) einzelne Normkonstruktionen des einfachen Rechts keine verfassungswidrigen Bauelemente enthalten dürfen. Das aber ist, wie oben gezeigt, bei § 219a der Fall, nämlich insofern, als er auch sachliche ärztliche Hinweise auf die Bereitschaft, gesetzesgemäße Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, mit Strafe bedroht.

5. Zwischenergebnis und vorläufige Empfehlung

Die Pönalisierung rein sachlicher Hinweise auf die Bereitschaft, rechtmäßige oder tatbestandslose Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, und damit auch die Strafbarkeit entsprechender

Angebote widerspricht der Verfassung. Jedenfalls diesen Bestandteil der Norm sollte der Gesetzgeber aus dem Paragraphen entfernen. Das ließe sich auf unterschiedliche Weise tun. Die einfachste und nächstliegende bestünde in einer Streichung des Merkmals „seines Vermögensvorteils wegen“. Die obigen Erörterungen haben mit dem Wort „sachlich“ stets vorausgesetzt, dass ärztliche Hinweise und Angebote das zweite Merkmal des Tatbestands für die Modi der Tatbegehung *nicht* erfüllen, also nicht „in grob anstößiger Weise“ erfolgen. Tun sie dies im Einzelfall doch, so besagen die bisherigen Überlegungen nichts Entscheidendes für die Frage, ob eine Pönalisierung dann ebenfalls zu verneinen oder umgekehrt zulässig und angemessen wäre. Ob die Bereinigung des Paragraphen durch Streichen lediglich eines Tatbestandsmerkmals („Vermögensvorteil“) als endgültige Lösung empfohlen werden kann, ist daher ohne die Klärung jener anderen Frage noch nicht zu sagen.

III. Strafbarkeit aller anderen Formen der Tatbestandserfüllung?

Neben den bisher erörterten umfasst § 219a Abs. 1 die folgenden weiteren Möglichkeiten, den Tatbestand zu erfüllen: (1.) *Anbieten* oder *Ankündigen* tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Abtreibungen; (2.) *Anpreisendes* Werben für (rechtmäßige wie rechtswidrige) Schwangerschaftsabbrüche; (3.) (sonst) *grob anstößige* Formen des Anbietens oder Ankündigens.

1. *Anbieten bzw. Ankündigen tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Abbrüche*

Solche Abbrüche sind Straftaten. Erfolgen sie innerhalb der Zwölf-Wochen-Frist des § 218a Abs. 1 Nr. 3, so kann ihre Strafbarkeit darauf beruhen, dass sie entweder nicht von einem Arzt oder ohne Bescheinigung über die vorgeschriebene Beratung oder vor Ablauf der vorgeschriebenen Drei-Tage-Frist nach der Beratung (§ 218a Abs. 1 Nr. 1) vorgenommen werden.⁴ Erfolgen sie nach der zwölften Woche, so kann ihre Strafbarkeit zudem auf dem Fehlen der dann erforderlichen Indikation oder der von § 2a SchKG ggf. zusätzlich geforderten Beratung beruhen.

Das Anbieten oder Ankündigen solcher Abbrüche sollte rechtlich jedenfalls verboten bleiben. Ob dieses Verbot in einem Straftatbestand zu normieren wäre, ist damit nicht gesagt. Von dem geltenden § 219a sind Anbieten wie Ankündigen stets erfasst, also auch dann, wenn der Anbietende eine kostenlose Offerte macht und daher nicht seines Vermögensvorteils wegen handelt. Denn das Angebot einer strafbaren Abtreibung erfüllt stets das Merkmal des Anstößigen.

Gleichwohl sprechen zwei Erwägungen dagegen, das Verbot im StGB statt im Tatbestand einer (ggf. neu zu schaffenden) Ordnungswidrigkeit zu verankern. Zum einen die systematische Parallele zu dem Sich-Erbieten des § 30 Abs. 2, das nur im Fall des Angebots einer Verbrechensbegehung, also für keine denkbare Form eines Schwangerschaftsabbruchs, strafbedroht ist. Der Unterschied dieses Sich-Erbietens zu dem des § 219a besteht aber lediglich darin, dass dessen Tathandlung öffentlich oder per schriftliche Verbreitung geschehen muss.

Zum andern und damit zusammenhängend: Das unter vier Augen erfolgende mündliche Angebot eines strafbaren Abbruchs dürfte für das Schutzgut des ungeborenen Lebens ungleich gefährlicher sein. Denn kein Arzt, selbst wenn er zu einem solchen Abbruch bereit wäre, würde diese Bereitschaft wohl an die große Glocke einer öffentlichen Bekanntmachung oder schriftlichen Verbreitung hängen. Und wenn er dies täte, würde die Ankündigung wohl schnell bemerkt und

⁴ Die Streitfragen, ob dem Arztvorbehalt in § 218a auch im Ausland approbierte Ärzte genügen, und ob auch eine Verletzung der medizinischen *lex artis* zur Strafbarkeit nach § 218 führt, spielen für § 219a keine Rolle.

beseitigt. Mir ist kein einziger Fall einer Verurteilung nach § 219a bekannt, die auf das Anbieten strafbarer Abtreibungen gestützt worden wäre.

Käme so etwas jemals vor, könnte die Behörde auf der Grundlage eines OWi-Tatbestands, der es verböte, vermutlich schneller und effizienter einschreiten, um das Angebot zu unterbinden, als über die Eröffnung eines Strafverfahrens. Sowohl die aus § 30 Abs. 2 folgende Straflosigkeit des gefährlicheren heimlichen Angebots (das es ganz gewiss schon oft gegeben hat) im Vergleich zu dem öffentlich publizierten (das es vielleicht noch nie gegeben hat), als auch die effizientere Interventionsmöglichkeit anhand eines OWi-Tatbestands sprechen dafür, das Verbot nicht als Straftatbestand, sondern als Ordnungswidrigkeit auszugestalten.

2. Anpreisendes Werben für rechtmäßige wie rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche

„Anpreisen“ ist nach der noch immer plausiblen Erläuterung des Reichsgerichts die „lobende oder empfehlende Erwähnung und Beschreibung von Vorzügen, Anerkennung günstiger Wirkungen, rühmender Darstellung [oder eine] Beimessung hohen Wertes“ (RGSt36, 143). Auch Hinweise auf rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche unter rhetorischer Mobilisierung solcher Prädikate wären skandalös. Sie könnten einerseits den allgemeinen Duktus des Redens über Abtreibungen vulgarisieren und damit das moralische Problem trivialisieren, das jeder, auch ein rechtmäßiger Abbruch bedeutet. Und sie könnten die moralischen Empfindungen großer Teile der Bevölkerung gegenüber diesem Problem nachdrücklich verletzen.

Dass sie freilich die Gefahren für das Schutzgut des ungeborenen Lebens erhöhen könnten, ist unwahrscheinlich. Denn „Anpreisen“ im dargelegten Sinn ist stets eine spezielle Form des grob Anstößigen. Und „grob anstößig“ heißt im Kontext einer so sensiblen Frage wie der des Schwangerschaftsabbruchs für die übergroße Mehrheit der Bevölkerung immer auch „grob abstoßend“. So etwas dürfte daher schwerlich einen werbenden und weit eher einen nachhaltig gegenteiligen Effekt auslösen.

Kurz: anpreisendes Werben i.S.d. § 219a ist bzw. wäre keine Erhöhung des Risikos für das ungeborene Leben, wohl aber ein grobes öffentliches Ärgernis. Die rechtlich angemessene Form der Bekämpfung dafür ist die des Rechts der Ordnungswidrigkeiten. Zwar gibt es keine eindeutigen Kriterien einer prinzipiellen Abgrenzung zwischen Straf- und OWi-Recht. Unbestritten ist aber das allgemeine, verfassungsrechtlich gestützte Prinzip, dass das Strafrecht als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes nur gegen gravierende Rechtsgutsverletzungen und erst dann eingesetzt werden darf, wenn eine mildere Form staatlicher Repression die gebotene Schutzfunktion nicht erfüllen kann. Gegen die anpreisende Werbung zu Schwangerschaftsabbrüchen kann diese Schutzfunktion aber vollständig adäquat von einem OWi-Tatbestand verwirklicht werden.

Öffentliche Ärgernisse, auch grobe, sind seit eh und je genuine Angelegenheit des Rechts der Ordnungswidrigkeiten. Dabei sollte es auch im Fall der anpreisenden Werbung für Schwangerschaftsabbrüche bleiben. Der Rahmen für monetäre Sanktionen solchen Verhaltens sollte weit gezogen werden. Auch in der höheren Flexibilität und Reaktionsschnelligkeit des OWi-Rechts liegt ein Vorteil gegenüber dem Strafrecht. Damit dürfte im Ganzen der Schutz der Öffentlichkeit gegen anpreisende Werbung für Abtreibungen im OWi-Recht erheblich besser aufgehoben sein als im StGB.

3. (Sonstige) grob anstößige Formen des Anbietens oder Ankündigens

Die vorstehenden Erwägungen begründen auch die Antwort auf die Frage, in welcher Form andere grob anstößige Formen des Anbietens oder Ankündigens bekämpft und geahndet werden

sollten: ebenfalls im Rahmen eines OWi-Tatbestands. Auch ohne Schwangerschaftsabbrüche „anzupreisen“ kann eine Werbung dafür grob anstößig sein. Das gilt selbst dann, wenn sie sich allein auf rechtmäßige Abbrüche nach § 218a Abs. 2 oder 3 bezieht. Man denke etwa an entsprechende Offerten im Internet, die auf die rechtliche Möglichkeit eines späten Abbruchs in einer Form hinweisen, die behinderte Menschen seelisch verletzen kann. Beispiel: „Sie erwarten ein behindertes Kind? Das muss nicht sein.“⁵


Solche Formen der öffentlichen Kommunikation über Schwangerschaftsabbrüche sollten weiterhin verboten bleiben. Auch für sie ist aber die verfassungsrechtlich plausiblere und die rechtspolitisch wie rechtspraktisch angemessenere und effizientere Form der Repression die des Tatbestands einer Ordnungswidrigkeit.

IV. Empfehlungen

Der Gesetzgeber sollte § 219a aus dem Strafgesetzbuch streichen. Für sachlich nüchterne Hinweise auf das ärztliche Angebot rechtmäßiger oder tatbestandsloser Schwangerschaftsabbrüche ist diese Streichung verfassungsrechtlich geboten.

Die weiteren in § 219a Abs. 1 erfassten Möglichkeiten der Tatbestandsverwirklichung – das Anbieten oder Ankündigen tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Abtreibungen, das anpreisende Werben für (rechtmäßige wie rechtswidrige) Schwangerschaftsabbrüche sowie (sonst) grob anstößige Formen des Anbietens oder Ankündigens – sollten weiterhin verboten bleiben. Unter der *ultima-ratio*-Bedingung verfassungsgemäßen Strafrechts sowie unter rechtspolitischen Gesichtspunkten ist die normativ angemessenere wie rechtspraktisch effizientere Form der Bekämpfung solcher Handlungen die eines Tatbestands im Recht der Ordnungswidrigkeiten.

Hamburg, 25. Juni 2018



Prof. Dr. Reinhard Merkel

⁵ Das plastische Beispiel stammt von meinem Kollegen Chr. Sowada (Greifswald) aus privater Korrespondenz der Mitglieder des „Kriminalpolitischen Kreises“.