

Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB

Stand der Bearbeitung: 27. Juni 2018

A.	EINLEITUNG	2
B.	AKTUELLE RECHTSLAGE	4
C.	PRÜFUNG DER VERFASSUNGSMÄßIGKEIT DES § 219A STGB	6
I.	Formelle Verfassungsmäßigkeit	6
II.	Materielle Verfassungsmäßigkeit	6
1.	Verstoß gegen die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	6
2.	Verletzung der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG	16
3.	Verletzung von Art. 4 Abs. 1 GG	18
4.	Verstoß gegen die Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG	20
5.	Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG	25
6.	Verstoß gegen das Patienten-Selbstbestimmungsrecht, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	29
7.	Verstoß gegen Gleichheitsgrundrechte, Art. 3 GG	31
8.	Verletzung sonstiger Güter von Verfassungsrang	39
D.	MÖGLICHKEIT DER VERFASSUNGSKONFORMEN AUSLEGUNG	42

A. Einleitung

Am 24. November 2017 wurde die Gießener Ärztin Kristina Hänel gem. § 219a StGB von dem Amtsgericht Gießen zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen à 150 Euro verurteilt, weil sie auf Ihrer Internetseite im Leistungsspektrum unter anderem den Begriff „Schwangerschaftsabbruch“ aufführte. Wer auf einen Link klickte, erhielt Informationsmaterial der Ärztin (anfangs als PDF-Dokument zum Download, später nur noch per E-Mail).¹

Die Verurteilung war für die Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF) Anlass für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 219a StGB, der das „Werben“ für einen Schwangerschaftsabbruch unter Strafe stellt. Die Verfasserinnen kommen zu dem Ergebnis, dass § 219a StGB gegen eine Reihe von Grundrechten verstößt, allen voran gegen die Berufsfreiheit von praktizierenden Ärzt*innen aus Art. 12 Abs. 1 GG und die Informationsfreiheit von schwangeren Frauen aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG. Darüber hinaus ist § 219a StGB unvereinbar mit dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG, der Religions- und Weltanschauungsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG, dem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG und den Gleichheitsrechten aus Art. 3 Abs. 1-3 GG sowie mit Gütern von Verfassungsrang aus Art. 20 GG.

Entscheidend für die verfassungsrechtliche Bewertung des § 219a StGB ist aus Sicht der Verfasserinnen, dass die Norm nicht unmittelbar dem in Art. 2 Abs. 2 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Schutz des ungeborenen Lebens dient, sondern den Wunsch des Gesetzgebers widerspiegelt, eine Normalisierung und Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen zu verhindern. Ziel der Norm ist es also, die gesellschaftliche Haltung zu dem medizinischen Eingriff des Schwangerschaftsabbruchs zu beeinflussen; ein Zweck, der nur mittelbar mit dem Schutz des ungeborenen Lebens in Verbindung steht. Dieses deutlich niedriger als der Lebensschutz anzusetzende gesetzgeberische Interesse hat aus Sicht der Verfasserinnen hinter den zentralen Grundrechtspositionen der Ärzte und Ärztinnen sowie der schwangeren Frauen zurückzutreten. Wertungswidersprüche, die sich aus der Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs nach § 218a StGB ergeben, können nur aufgelöst werden, indem

1 Urteil des AG Gießen vom 24. November 2017 - 507 Ds - 501 Js 15031/15.

zumindest die Zurverfügungstellung von nüchtern gehaltenen Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch durch Ärzt*innen ebenfalls straffrei ist.

Entscheidend für eine – spätere – Überprüfung des § 219a StGB durch das Bundesverfassungsgericht ist zum jetzigen Zeitpunkt die Frage nach der Geltendmachung von Verfassungsverstößen im Rechtsmittelverfahren. Nach der Darstellung der aktuellen Gesetzeslage (unter B), der verfassungsrechtlichen Überprüfung (unter C), der Erörterung der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 219a StGB (unter D) folgenden deshalb auch prozesstaktische Erwägungen (unter E). Die Verfasserinnen gehen dabei von einer Vorzugswürdigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber der konkreten Normenkontrolle (Richtervorlage) im Anschluss an eine Revision aus.

B. Aktuelle Rechtslage

Nach § 218 StGB ist ein Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich strafbar, auch wenn er mit Einverständnis der Schwangeren vorgenommen wird. § 218a Abs. 1 StGB enthält eine Fristenregelung. Danach ist der Tatbestand von § 218 StGB nicht erfüllt, wenn der Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten zwölf Wochen durch einen Arzt oder eine Ärztin und nach einer Pflichtberatung erfolgt. § 5 Schwangerschaftskonfliktgesetz bestimmt, dass die Beratung ergebnisoffen zu führen ist, ermutigen und Verständnis wecken, nicht belehren oder bevormunden soll. § 219 StGB verlangt, dass die Beratung dem Schutz des ungeborenen Lebens dient und die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft ermutigt. § 218a Abs. 1 StGB regelt, dass ein Schwangerschaftsabbruch, der nach den Vorgaben der Fristenlösung durchgeführt wird, den Tatbestand des § 218 StGB nicht erfüllt. Nach § 218a Abs. 2 StGB ist der Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig, wenn damit eine Lebensgefahr oder schwerwiegende Gefahr für die körperliche oder seelische Gesundheit der Schwangeren abgewehrt wird. Gleiches gilt, wenn die Schwangerschaft auf einer Sexualstraftat beruht und vor der 13. Woche abgebrochen wird. § 219a StGB sanktioniert das sogenannte „Werben“ für einen Schwangerschaftsabbruch:

„(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) seines Vermögensvorteils wegen oder 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*

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

(2) Absatz 1 Nr. 1 gilt nicht, wenn Ärzte oder auf Grund Gesetzes anerkannte Beratungsstellen darüber unterrichtet werden, welche Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen bereit sind, einen Schwangerschaftsabbruch unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 vorzunehmen.

(3) Absatz 1 Nr. 2 gilt nicht, wenn die Tat gegenüber Ärzten oder Personen, die zum Handel mit den in Absatz 1 Nr. 2 erwähnten Mitteln oder Gegenständen befugt sind, oder durch eine Veröffentlichung in ärztlichen oder pharmazeutischen Fachblättern begangen wird.

§ 219a Abs. 1 StGB vereint verschiedene Tathandlungs- und Tatumstandsbeschreibungen. Sie alle beziehen sich auf künftige Schwangerschaftsabbrüche, deren Vorbereitung oder Förderung als typische Wirkung solcher Handlungen erscheint. Systematisch gliedert sich Abs. 1 in folgende Elemente: vier Varianten der Tathandlung, die üblicherweise unter dem Oberbegriff der „Werbung“ zusammengefasst werden (Anbieten, Ankündigen, Anpreisen, Bekanntgeben entsprechender Erklärungen); zwei Typen von Tatmitteln (einerseits Dienste, andererseits Mittel, Gegenstände, Verfahren) sowie zwei Tatbegehungsformen (um eines Vermögensvorteils willen oder grob anstößig). Die relativ große Anzahl der Merkmale mit ihren unterschiedlichen Kombinationsmöglichkeiten erfasst damit eine Vielzahl von Verhaltensweisen, die im weitesten Sinne förderlich für künftige Schwangerschaftsabbrüche sein könnten. Einschränkend gilt für jedes tatbestandliche Verhalten, dass es entweder öffentlich oder in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften bzw. gleichgestellten Informationsmedien erfolgen muss.

§ 219b StGB stellt es unter Strafe, Mittel oder Gegenstände, die zum Schwangerschaftsabbruch geeignet sind, in den Verkehr zu bringen.

C. Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 219a StGB

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers für § 219a StGB, das durchgeführte Gesetzgebungsverfahren und die Form geben keinen Anlass für Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

1. Verstoß gegen die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

§ 219a StGB verstößt gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit von Ärzten und Ärztinnen, die Schwangerschaftsabbrüche in ihren Praxen durchführen.

a) Schutzbereich

Die Information über die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen fällt in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG. Das Grundrecht gewährleistet Einzelnen neben der Freiheit der Berufswahl auch die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung. Art. 12 Abs. 1 GG konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung.² Dass dies auch die ärztliche Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen durch Arzt*innen umfasst, hat das BVerfG bereits bestätigt.³ Zur Freiheit der Berufsausübung gehört jedoch nicht nur die berufliche Praxis, sondern auch jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient. Sie schließt die Außendarstellung von selbständig Berufstätigen ein, soweit sie auf die Förderung des beruflichen Erfolges gerichtet ist.

Ebenso muss das Anbieten, Ankündigen und Anpreisen von Diensten zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs bzw. von Mitteln, Gegenständen oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet sind, unter den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit fallen. Diese Tätigkeiten stehen in einem inhaltlichen Zusammenhang

² BVerfGE 101, 331 (346 f.); Hinweis auf 75, 284 (292); 54, 301 (313).

³ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Oktober 1998 - 1 BvR 2306/96 - Rn. 151 f.

zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs, der von Ärzt*innen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit durchgeführt wird. Zwar resultiert nicht aus jeder Werbung auch ein entsprechender medizinischer Eingriff, in der Regel sind Werbungshandlungen aber dem tatsächlichen Schwangerschaftsabbruch zeitlich vorgelagert und implizieren, dass ein solcher medizinischer Eingriff in der Zukunft vorgenommen werden könnte.

b) Eingriff

Indem § 219a StGB das Informieren über die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs sanktioniert, greift die Norm in die Berufsfreiheit ein. Staatliche Maßnahmen, die geschäftliche oder berufliche Werbung beschränken, sind Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung.⁴

c) Rechtfertigung

Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist nicht gerechtfertigt.

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG lässt Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer hinreichend erkennbaren Regelung zu, aus der sich die gesetzgeberische Entscheidung über den Umfang und die Grenzen des Eingriffs ergibt, wobei an die Bestimmtheit und Erkennbarkeit einer gesetzlichen Einschränkung der Freiheit der Berufswahl strengere Anforderungen zu stellen sind als an solche Regelungen, die die Berufsausübung betreffen.

Der Gesetzgeber darf die freie Berufsausübung zudem nur im Interesse des Gemeinwohls und nur zur Lösung solcher Sachaufgaben beschränken, die ein Tätigwerden des Gesetzgebers überhaupt zu rechtfertigen vermögen und der Wertordnung des Grundgesetzes nicht widersprechen. Er muss den Eingriff in das Grundrecht mit sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls begründen können und darf seine Rechtsetzungsmacht nicht zu sachfremden Zwecken missbrauchen.⁵ Bei der Prüfung, ob eine Berufsausübungsregelung mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist, müssen der geschützte Freiheitsbereich des Einzelnen, die vom Gesetzgeber im Interesse der Allgemeinheit verfolgten Zwecke und die zu deren Erreichung

⁴ BVerfGE 94, 372 (389); Hinweis auf 85, 248 (256).

⁵ BVerfGE 30, 292 (316); Hinweis auf 7, 377 (405 ff.); 23, 50 (56).

eingesetzten Mittel gegeneinander abgewogen werden.⁶ Je einschneidender die Freiheit der Berufsausübung beeengt wird, desto höher müssen die Anforderungen an die Dringlichkeit der öffentlichen Interessen sein, die zur Rechtfertigung solcher Beengung ins Feld geführt werden.⁷ Greift eine Regelung in die Freiheit der Berufsausübung empfindlich ein, kann der Eingriff nicht mit jeder vernünftigen Erwägung des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, sondern nur mit Interessen des Gemeinwohls, die so schwer wiegen, dass sie den Vorrang vor der Berufsbehinderung des Betroffenen verdienen.⁸

Diesen Maßstäben hält § 219a StGB nicht stand. Die Vorschrift verstößt gegen den in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Danach muss jede staatliche Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Der Gesetzgeber möchte mit § 219a StGB ausweislich der Gesetzesbegründung verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird.⁹ Mittelbar verfolgt das Gesetz den Zweck, die Zahl der Abtreibungen zum Schutz des ungeborenen Lebens einzudämmen.¹⁰ Dieser **Zweck** ist als gewichtiger Gemeinwohlbelang legitim.¹¹

Es bestehen aber erhebliche Zweifel, ob das Werbeverbot auch **geeignet** ist, diesen Zweck zumindest zu fördern. Zwar ist für das Merkmal der Geeignetheit einer gesetzlichen Regelung nicht entscheidend, ob der gewünschte Erfolg tatsächlich eintritt.¹² Das Mittel darf aber nicht schlechterdings ungeeignet sein, den Zweck zu fördern. Aufgrund der Vielfalt an bestehenden Informationsquellen im digitalen Zeitalter lassen sich heutzutage (anders zum Zeitpunkt der

6 BVerfGE 30, 292 (315); 38, 61 (86); 30, 292 (305).

7 BVerfGE 11, 30 (42 f.).

8 BVerfGE 30, 351; 16, 167; 17, 242, 276; BVerfGE 61, 311; 77, 106.

9 BT-Drucks. 7/1981 (neu), S. 17.

10 BT-Drucks. 7/1981 (neu), S. 1.

11 Vgl. BVerfGE 39, 1 (42 f.); 88, 203 (251, 309f.).

12 BVerfGE 81, 156 (192) Hinweis auf BVerfGE 30, 292(316); 67, 157 (175).

Gesetzesbegründung 1974)¹³ Informationen über den medizinischen Abtreibungsvorgang ebenso wie über Ärzte und Ärztinnen, die diesen Eingriff vornehmen, auch anders als durch deren eigene Werbung erlangen.

Beispielsweise stellen nicht-gewinnorientierte Beratungsstellen detaillierte Informationen über den chirurgischen und medikamentösen Schwangerschaftsabbruch im Internet zur Verfügung, Abtreibungsgegner*innen veröffentlichen Listen über Ärzt*innen, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, und Datenbanken aus dem deutschsprachigen Ausland führen öffentlich einsehbare Listen aller Ärzt*innen im Umkreis eines Ortes, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Ebenso werden digitale Netzwerke dafür verwendet, Informationen über Ärzt*innen auszutauschen, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Solange dies nicht des Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise erfolgt, ist durch solche Informationsangebote auch nicht § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB verletzt.

Frauen, die über eine potentielle Abtreibung nachdenken, haben also bereits heute Möglichkeiten, anders als durch die Beratung nach § 219 StGB an Informationen über Ärzt*innen zu gelangen, die Abtreibungen vornehmen. Ein Werbeverbot für gewinnorientiert handelnde Akteure – einschließlich Ärzt*innen, die den medizinischen Eingriff durchführen – ist spätestens in Zeiten des Internets nicht mehr zweckförderlich, um einer Normalisierung bzw. Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen durch mangelnde Verfügbarkeit entsprechender Informationen entgegenzuwirken. § 219a StGB hat vielmehr zur Folge, dass Menschen sich andere (evtl. weniger verlässliche und möglicherweise veraltete, oft auch gerade nicht sachlich gehaltene) Informationsquellen suchen.

Darüber hinaus ist aber auch bereits die Annahme, das bloße Bereitstellen von Informationen über einen medizinischen Ablauf habe eine Normalisierung zur Folge, fragwürdig. Die Wirkung eines Informationstextes hängt nicht nur von seinem Gehalt und seinem Stil ab, sondern in erheblichem Maße auch von seinem Empfänger oder seiner Empfängerin, der oder die einen faktengetreu beschriebenen medizinischen Vorgang wie den Schwangerschaftsabbruch durchaus als gravierend (evtl. sogar abschreckend) wahrnehmen mag. Nachvollziehbar ist vor

¹³ Zwar beurteilt sich die Geeignetheit einer Regelung nach dem Zeitpunkt des Erlasses, Veränderungen der Umstände, die sich auf die Geeignetheit einer Regelung auswirken, können aber eine Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers zur Folge haben.

diesem Hintergrund also nur das Verbot, einen Schwangerschaftsabbruch im Hinblick auf das ungeborene Leben zu verharmlosen, die medizinischen Risiken zu negieren oder aktiv für ihn zu werben. § 219a StGB sanktioniert demgegenüber schon die rein deskriptive Darstellung des medizinischen Abtreibungsvorgangs im Leistungsspektrum von Ärzt*innen. Dass das Verbot solcher sachlich gehaltenen Informationen geeignet ist, die Normalisierung und Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen zu verhindern, ist höchst zweifelhaft.

Die Regelung des § 219a StGB ist auch nicht **erforderlich**, um den Regelungszweck zu erreichen. Dem Gesetzgeber stehen mildere, gleich geeignete Mittel zur Verfügung. Ein milderer gleich geeignetes Mittel läge für den Gesetzgeber darin, das Werbeverbot wie in anderen Berufszweigen ausschließlich in der jeweiligen Berufsordnung zu regeln, anstatt im Strafgesetzbuch. Strafnormen stellen mit den vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten von Geld- und Haftstrafen die *ultima ratio* der gesetzgeberischen Handlungsformen zur Regelung von gesellschaftlichem Leben dar.¹⁴ Selbst wenn § 219a StGB gestrichen würde, unterlägen Ärzt*innen, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, den Vorschriften der ärztlichen Berufsregeln, die ein eingeschränktes Werberecht und berufsrechtliche Sanktionierungsmöglichkeiten vorsehen.¹⁵ Gemäß § 27 der Muster-Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, welche durch landesrechtliche Regeln konkretisiert wird, ist es diesen untersagt, anpreisend oder irreführend für ihre Tätigkeiten zu werben. Hielte der Gesetzgeber dies für nicht ausreichend, könnten diese berufsrechtlichen Regeln erweitert werden, ohne auf das Sanktionsregime des Strafgesetzbuches zurückzugreifen. Denkbar wäre auch, dass der Gesetzgeber die Regelung im Strafgesetzbuch darauf beschränkt, das aktive Werben im Sinne eines Anpreisens unter Strafe zu stellen, nicht jedoch das bloße Informieren. Möglich wäre weiterhin, die Regelung des § 219a StGB zumindest teilweise in einen Ordnungswidrigkeitstatbestand umzuwandeln, um die Möglichkeit der Sanktionierung durch

14 Zum Einsatz strafrechtlicher Regeln als *ultima ratio* im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs: BVerfGE 39, 1 und BVerfGE 88, 203.

15 Vgl. § 27 der Muster-Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main, Link: http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf (letzter Zugang: 7. Januar 2018); beispielhaft für berufsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen Berufspflichten sieht § 17 des Berliner-Kammergesetzes folgende Sanktionsmöglichkeiten vor: Warnung, Verweise, Geldbuße bis zu 50.000 Euro, Entziehung des aktiven und passiven Kammerwahlrechts, Feststellung, dass der Beschuldigte unwürdig ist, seinen Beruf auszuüben. Berufsgerichtliche Maßnahmen sind im Berufsverzeichnis zu vermerken.

ein Bußgeld beizubehalten. Dies entspräche auch der Regelungssystematik in anderen Bereichen unerlaubter Werbung, wie beispielsweise für Alkohol und Tabakerzeugnisse (vgl. § 35 Abs. 2 Nr. 9 i.V.m § 20 TabakerzG).¹⁶ Ebenso könnte eine Pflicht zum Hinweis auf die hohe ethische Relevanz des Schwangerschaftsabbruchs für Ärzt*innen etabliert werden, die immer dann zu erfüllen wäre, wenn Ärzt*innen öffentlich auf ihre Abtreibungstätigkeit aufmerksam machen.

Die Regelung des § 219a StGB erweist sich bei einer Abwägung der Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit mit dem in § 219a StGB geschützten Rechtsgut auch als **unangemessen**.

Anders als es das Landgericht Bayreuth in seinem Urteil aus dem Jahr 2006¹⁷ feststellt, berührt das Berufsausübungsrecht von Ärzt*innen in der vorliegenden Konstellation nicht unmittelbar das hohe Schutzgut des ungeborenen Lebens aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG, für das der Staat eine Schutzpflicht innehat.¹⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch klargestellt, dass der Gesetzgeber innerhalb der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen entscheiden kann, wie er dem grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in den verschiedenen Bereichen der Rechtsordnung zur Wirksamkeit verhilft. Insgesamt muss das Schutzkonzept so ausgestaltet sein, dass es geeignet ist, den gebotenen Schutz zu entfalten, und nicht in eine – selbst zeitlich begrenzte – rechtliche Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs übergeht oder als solche wirkt. Der Gesetzgeber muss der Wahl und Ausgestaltung seines Schutzkonzepts zudem die verfassungsrechtlich tragfähige Einschätzung zugrunde legen, dass er mit ihm den Schutz des ungeborenen Lebens so gewährleisten werde, wie es das Untermaßverbot verlangt.¹⁹ Hierzu zählt, dass der

¹⁶ Vgl. dazu die Stellungnahme des Kriminalpolitische Kreises zu § 219a StGB, Link: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2017/12/krimk-stellungnahme-219a-stgb.pdf> (letzter Zugang: 7. Januar 2018) mit dem Hinweis, dass sich durch eine Streichung des Verbots sachlicher Informationsweitergabe auch mögliche Konflikte mit der unionsrechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV beheben ließen, dazu: EuGH, Urteil vom 4. Oktober 1991, C-159/90 – *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan*.

¹⁷ Landgericht Bayreuth, Urteil vom 13. Januar 2006, 2 Ns 118 Js 12007/04.

¹⁸ BVerfGE 39, 1 (36 ff.).

¹⁹ BVerfGE 88, 203 (261 f.).

Schwangerschaftsabbruch für die gesamte Zeit der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen und dementsprechend rechtlich verboten ist.²⁰

Diese sich aus der Schutzpflicht des Staates gegenüber dem ungeborenen Leben ergebenden Anforderungen wären nicht verletzt, wenn der Gesetzgeber die Information durch Ärzt*innen über Schwangerschaftsabbrüche zulassen würde. Anders als § 218a StGB, der die ausnahmsweise Straflosigkeit eines konkreten Schwangerschaftsabbruchs betrifft, regelt § 219a StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt Konstellationen, in denen Personen abstrakt Dienste zur Vornahme oder Förderung eines solchen Schwangerschaftsabbruchs anbieten, ankündigen, anpreisen oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgeben. Schwangerschaftsabbrüche wären auch ohne ein solches Informationsverbot nach wie vor für die gesamte Zeit der Schwangerschaft rechtlich verboten und wären auch weiterhin nur in den engen Grenzen des § 218a StGB straflos.

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) betonte in dem Fall *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, dass die Verbindung zwischen der Information schwangerer Frauen über Abtreibungsmöglichkeiten im Ausland durch irische Organisationen und dem Rechtsgut des ungeborenen Lebens nicht unmittelbar besteht.²¹ Ob eine Abtreibung zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich vorgenommen wird, hängt von der Entscheidung der schwangeren Frau ab. Es ist offenkundig, dass nicht aus jedem Beratungsfall ein Schwangerschaftsabbruch resultiert, das ungeborene Leben also nicht in jedem Beratungsfall gefährdet ist.

Das ungeborene Leben ist damit, wie bereits festgestellt, durch § 219a StGB nicht unmittelbar betroffen.

20 BVerfGE 88, 203 (254f.); Hinweis auf BVerfGE 39, 1 (44); den Gesetzgebungsmaterialien zu § 218 ff. StGB ist dazu Folgendes zu entnehmen: „Das heißt weiter, daß in den ersten drei Monaten der Schutz des werdenden Lebens nicht mehr von der durchgängigen Strafdrohung, sondern von einem Beratungssystem gewährleistet wird, dessen Benutzung durch eine Strafdrohung verlangt wird. Die Befürworter der Fristenregelung gehen davon aus, daß die Strafdrohung erst nach dem dritten Monat wirklich ‚greift‘. Es hat sich gezeigt, daß ein durchgängiges strafrechtliches Verbot nicht geeignet ist, den Schutz des ungeborenen Lebens zu gewährleisten. Eine schwangere Frau, die ihre Schwangerschaft ‚abbrechen lassen will, wird dies in aller Regel tun ohne Rücksicht auf das Strafgesetz, sie wird in jedem Fall einen Weg finden, einen Abbruch zu erreichen. Die Ursachen der Wirkungslosigkeit der Strafvorschrift wurden u. a. von Sachverständigen in der Öffentlichen Anhörung überzeugend damit erklärt, daß die Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch in aller Regel einer schwerwiegenden Konfliktsituation der Schwangeren entspringt und in den Tiefen der Persönlichkeit getroffen wird, die eine Strafdrohung nicht zu erreichen vermag.“ (BT-Drucks. 7/1981 (neu), S. 10).

21 EGMR Urteil vom 29. Oktober 1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Nr. 14234/88, Rn. 75.

Wie aus der Gesetzesbegründung zu § 219a StGB hervorgeht, geht es dem Gesetzgeber vielmehr darum zu verhindern, dass Schwangerschaftsabbrüche normalisiert bzw. kommerzialisiert werden. In der Kommentarliteratur wird teilweise von einem „Klimaschutz“, also der Verhinderung eines befürchteten kollektiven Wahrnehmungsverlustes gegenüber der ethischen Herausforderung von Schwangerschaftsabbrüchen gesprochen.²² Das Schutzgut des „Klimaschutzes“, also der gesellschaftlichen Grundeinstellung zu dem Thema Schwangerschaftsabbruch ist zwar ein legitimer Gemeinwohlbelang, aber kein Gut von Verfassungsrang. Es entspringt dem Willen des Gesetzgebers, eine eng mit dem Schutz des ungeborenen Lebens verbundene Frage in der Gesellschaft in eine gewisse Richtung zu lenken, die sich mittelbar auf die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche auswirkt.

Dieses Rechtsgut kann den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, der aus mehreren Gründen schwer wiegt, nicht überwiegen.

Die Berufsausübungsregel des § 219a StGB steht zunächst in Bezug zu dem schrankenlos gewährleisteten Recht auf Freiheit von Religion, Weltanschauung, Glauben und Gewissen aus Art. 4 Abs. 1 GG der Ärzt*innen, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen (dazu ausführlich unten II.3.). Ob ein Arzt oder eine Ärztin Schwangerschaftsabbrüche durchführt, ist eine individuelle Entscheidung, die im engen Zusammenhang mit der ethischen und moralischen Grundhaltung der Person steht. Deshalb regelt § 2 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte²³, dass diese ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit ausüben; sie können weder gezwungen werden, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen noch ihn zu unterlassen. Jeder Arzt und jede Ärztin aus dem gynäkologischen Fachbereich muss die Frage, ob er oder sie zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen bereit ist, also für sich beantworten. Deshalb enthält die Darstellung von Schwangerschaftsabbrüchen im Leistungsspektrum immer auch eine Aussage über die individuelle Einstellung von Ärzt*innen zu dieser Frage. Auch der EGMR betont in dem

22 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Auflage 2017, § 219a Rn. 2, beck-online.

23 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main, http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf.

Fall *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* die Nähe der Frage der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen zur Glaubens- und Gewissensfreiheit.²⁴

Der Eingriff in die Berufsfreiheit wiegt auch deshalb schwer, weil er in Bezug zu der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Alt. 1 GG geschützten Meinungsfreiheit von Ärzt*innen steht (dazu ausführlich unten II.2.). Ein für die Meinungsfreiheit relevantes stellungbeziehendes Dafürhalten in Form eines Werturteils liegt offensichtlich in der Variante des „Anpreisens“ vor. Anpreisen meint nämlich die lobende oder empfehlende Erwähnung und Beschreibung, Hervorhebung von Vorzügen, Anerkennung günstiger Wirkungen, rühmende Darstellung oder Beimessung hohen Wertes²⁵ und enthält somit immer eine Wertung. Auf den wirtschaftlichen Zweck der Äußerung oder den Charakter als Werbung kommt es dabei gerade nicht an. Auch die Variante des „Anbietens“, also der Erklärung, es gebe seitens des Anbietenden eine Bereitschaft, Abtreibungsdienste oder -mittel zugänglich zu machen²⁶, betrifft den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

§ 219a StGB enthält auch keine Einschränkungen, die den Grundrechtseingriff in die Berufsfreiheit eingrenzen und somit relativieren würde.

Wie das Bundesverfassungsgericht bereits 2006 in einer Kammerentscheidung bestätigt hat, muss das vom Gesetzgeber verfolgte Schutzgut im Rahmen einer Güterabwägung zumindest dann zurücktreten, wenn die kommerzielle Vornahme der Haupttat erlaubt und insofern zivilrechtlich garantierte Normalität ist; daher können Ärzt*innen etwa zivilrechtliche Unterlassungsansprüche gegen Abtreibungskritiker gerichtlich geltend machen, die wahrheitswidrig behaupten, dass in der Praxis „rechtswidrige“ Abtreibungen vorgenommen würden, obwohl die dort durchgeführten Schwangerschaftsabbrüche § 218a Abs. 1 oder Abs. 2 StGB unterfallen und somit straflos ist.²⁷ Soweit der Tatbestand des § 219a StGB also auch Dienst- oder Sach-Offerten für Schwangerschaftsabbrüche mit Strafe bedroht, die gem. § 218a

24 EGMR Urteil vom 29. Oktober 1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Nr. 14234/88, Rn. 68.

25 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Auflage 2017, § 219a Rn. 11-12, beck-online.

26 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 11-12, beck-online.

27 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 2 f., beck-online; [BVerfG](#), Beschluss vom 24. Mai 2006, 1 BvR 1060/02.

Abs. 1 StGB bereits nicht tatbestandlich sind oder die nach § 218a Abs. 2 StGB nicht rechtswidrig sind, besteht ein Wertungswiderspruch. Dies wird auch in der Kammerentscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006 adressiert, indem das Gericht feststellt, dass es einem Arzt auch ohne negative Folgen möglich sein muss, darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können, wenn die Rechtsordnung Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzte eröffnet.²⁸

Hintergrund der Entscheidung war eine Verfassungsbeschwerde gegen eine zivilrechtliche Verurteilung zur Unterlassung der Behauptung, in der Praxis eines namentlich genannten Arztes würden rechtswidrige Abtreibungen durchgeführt, welche mangels verfassungsrechtlicher Bedenken gegen die zivilgerichtlichen Urteile nicht zur Entscheidung angenommen wurde. Das Gericht stellte weiterhin fest, dass der Arzt dem Beschwerdeführer keinen Anlass gegeben habe, ihn aus der Gruppe der Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, herauszustellen und ihn gezielt bei Dritten anzuprangern. Ein solcher Anlass folge nicht schon aus dem Umstand, dass der Kläger seine Bereitschaft zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen öffentlich habe erkennen lassen.

In die Güterabwägung ist auch mit einzubeziehen, dass unklar bleibt, ob mit der Regelung des § 219a StGB das gesetzgeberische Ziel überhaupt erreicht werden kann (s.o.). § 219a StGB schränkt die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG also zumindest dann in unangemessener Weise ein, wenn es um Handlungen geht, die lediglich über die Bereitschaft zur Vornahme eines straffreien Schwangerschaftsabbruchs sowie ggf. dessen Ablauf und Risiken informieren.

Der Eingriff in die Berufsfreiheit hat darüber hinaus weitreichende grundrechtsrelevante Folgen für andere Akteure, namentlich schwangere Frauen, die über eine Abtreibung nachdenken. Ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 3 GG sind ebenso betroffen wie der Anspruch auf Information aller interessierter Personen aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG.

Unerheblich für die Abwägung ist der Umstand, dass die Zahl der Verurteilungen nach § 219a StGB gering ist.²⁹ Die Verurteilungshäufigkeit ist nicht aussagekräftig für die präventive, also

28 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. Mai 2006 - 1 BvR 1060/02 - Rn. 36.

faktische Wirkung des § 219a StGB. Die tatsächliche Wirkung eines Werbeverbots in Form eines Informationsverbotes ist für die Praxis weitreichend. Betroffen von der Wirkung des § 219a StGB sind nicht bloß Ärzt*innen sondern auch alle an Informationen Interessierten, inklusive schwangerer Frauen.

2. Verletzung der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG

§ 219a StGB verletzt die Meinungsfreiheit von Ärzt*innen aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG.

a) Schutzbereich

Ein für den Schutzbereich der Meinungsfreiheit relevantes stellungbeziehendes Dafürhalten in Form eines Werturteils liegt, wie gesehen (oben II.1.c.), offensichtlich für die Variante des Anpreisens vor. Anpreisen meint nämlich die lobende oder empfehlende Erwähnung und Beschreibung, Hervorhebung von Vorzügen, Anerkennung günstiger Wirkungen, rühmende Darstellung oder Beimessung hohen Wertes³⁰, und enthält somit immer eine Wertung. Auf den wirtschaftlichen Zweck der Äußerung kommt es dabei gerade nicht an. Auch kommerzielle Werbung zum Zwecke der Beeinflussung des Verbrauchers ist von der Meinungsfreiheit umfasst.³¹

Auch die Variante des Anbietens, also der Erklärung, es gebe seitens des Anbietenden eine Bereitschaft, Abtreibungsdienste oder -mittel zugänglich zu machen³², betrifft den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Da es jedem Arzt und jeder Ärztin frei steht zu entscheiden, ob er oder sie Schwangerschaftsabbrüche durchführt, enthält bereits deren Darstellung im Leistungsspektrum eine Wertung. Dieses konkludente Verhalten kann als stellungbeziehendes Dafürhalten in Form eines Werturteils verstanden werden, weil Ärzte dadurch nicht nur mitteilen, dass sie dem Eingriff neutral gegenüberstehen, sondern ihn auch selbst, also aktiv durchzuführen bereit sind.

29 BT-Drucks. 18/9595, 9. September 2016, S. 28 f.

30 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Auflage 2017, § 219a Rn. 11-12, beck-online.

31 BVerfGE 71, 162 (175); 102, 347 (359).

32 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Auflage 2017, § 219a Rn. 11-12, beck-online.

Auch die Variante des Ankündigens fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Ankündigen meint eine konkrete Möglichkeit der Inanspruchnahme von Diensten oder Mitteln für die nähere Zukunft in Aussicht zu stellen.³³ Auch diese Variante enthält zumindest die implizite Wertung von Ärzt*innen einen solchen Eingriff in ihrer Praxis vornehmen zu wollen.

Wie § 2 der Musterberufsordnung³⁴ klarstellt, können Ärzt*innen nicht gezwungen werden, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen oder ihn zu unterlassen. Jeder Arzt und jede Ärztin aus dem gynäkologischen Bereich muss die Frage, ob Schwangerschaftsabbrüche von ihm oder ihr vorgenommen werden, für sich beantworten. Deshalb enthält die Darstellung von Schwangerschaftsabbrüchen im Leistungsspektrum immer auch eine Wertung/Aussage über die individuelle Einstellung des Arztes/ der Ärztin zu dieser Frage.

b) Eingriff

Dadurch, dass § 219a StGB das Anpreisen, Anbieten und Ankündigen von eigenen oder fremden Diensten zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs unter bestimmten Voraussetzungen sanktioniert, liegt ein Eingriff in die Meinungsfreiheit von Ärzt*innen vor.

c) Rechtfertigung

Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Die Meinungsfreiheit kann gemäß Art. 5 Abs. 2 GG u.a. aufgrund eines allgemeinen Gesetzes eingeschränkt werden. Dieses Gesetz (also § 219a StGB) müsste aber wiederum verfassungskonform und vor allem verhältnismäßig sein. Das Schutzzut aus § 219a StGB rechtfertigt aber den Eingriff in das hohe Gut der Meinungsfreiheit, das in enger Verbindung zu Art. 20 Abs. 1 und 2 GG steht, nicht. Beratungspflichten nach § 219 StGB und die grundsätzliche Sanktionierung des Schwangerschaftsabbruches nach §§ 218 ff. StGB hängen, wie gesehen (oben II.1.c.) nicht von einem Fortbestand des § 219a StGB ab und könnten je nach gesetzgeberischer Entscheidung bestehen bleiben, sodass der Schutz des ungeborenen Lebens durch diese Regelungen auch dann gewährleistet wäre, wenn die Regelung des § 219a StGB entfiel. Dass § 219a StGB nicht für die Bewertung der Verfassungsmäßigkeit des Schutzkonzeptes maßgeblich ist, wird auch dadurch deutlich, dass das

33 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 11-12, beck-online.

34 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (oben Fn. 23).

Bundesverfassungsgericht in der zitierten Kammerentscheidung an keiner Stelle auf die Bedeutung des § 219a StGB eingeht.³⁵

Die Meinungsäußerung der Ärzt*innen ist auch deshalb ein hohes Schutzgut, weil sie durch den Informationsgehalt „Bereitschaft zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen“ einen Bezug zur Glaubens- bzw. Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG aufweist. Die Entscheidung, Abtreibungen (nicht) durchzuführen, hängt mit der individuellen Selbst- und Weltvorstellung eines Arztes zusammen und ist stark von ethischen und moralischen Grundeinstellungen geprägt. Daher kann gem. § 12 Abs. 1 SchKG keine Person dazu gezwungen werden, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken.

3. Verletzung von Art. 4 Abs. 1 GG

Auch das Grundrecht von Ärzt*innen aus Art. 4 Abs. 1 GG ist verletzt.

a) Schutzbereich

Mit der Freiheit des Glaubens, der Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses und der Freiheit der Religionsausübung schützt Art. 4 Abs. 1 GG das Interesse des Grundrechtsträgers daran, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen zu haben und zu betätigen. Eine Religion oder Weltanschauung ist eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens. Eine wirtschaftliche Betätigung schadet dabei grundsätzlich nicht dem Charakter als religiös oder weltanschaulich motivierte Handlung.³⁶ Die Gewissensfreiheit schützt die selbst wahrgenommene Verantwortlichkeit des Einzelnen für seine Handlungen und bezieht sich damit auf die innere moralische Steuerung.³⁷ Die positive Seite der Gewissensfreiheit schützt das Bilden, Haben und Handeln nach seinem Gewissen. Hierzu gehören auch Äußerungen zu Glaubens- und Gewissensfragen.

35 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. Mai 2006 - 1 BvR 1060/02.

36 BVerfGE 105, 279 (293).

37 BVerfGE 12, 45 (55).

Ob ein Arzt oder eine Ärztin Schwangerschaftsabbrüche durchführt, ist eine individuelle Entscheidung, die im engen Zusammenhang mit ethischen und moralischen Grundhaltungen der Person steht. Deshalb regelt § 2 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, dass Ärztinnen und Ärzte ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit ausüben.³⁸

Es ist möglich, dass Ärzt*innen ganz bewusst Schwangerschaftsabbrüche in ihrem Leistungsspektrum aufführen, gerade aus Gründen des Glaubens, des Gewissens oder der religiösen bzw. weltanschaulichen Grundhaltung, weil sie der Meinung sind, dass dieser Eingriff mit ihren Werte- und Moralvorstellungen im Einklang steht. Dass die Frage des Schwangerschaftsabbruchs in engem Bezug zu religiösen Grundeinstellungen steht, zeigt sich auch daran, dass gerade kirchliche Einrichtungen Schwangerschaftsabbrüchen teilweise sehr kritisch gegenüberstehen und sich intensiv mit der Fragestellung des Schutzes menschlichen Lebens auseinandersetzen.

b) Eingriff

§ 219a StGB greift in die Religions- und Weltanschauungsfreiheit ein, indem Ärzt*innen untersagt wird, einen medizinischen Eingriff in ihrem Leistungsspektrum zu nennen, der in hohem Maße durch die religiöse, weltanschauliche, glaubens- oder gewissensbezogene Haltung einer Person geprägt ist.

c) Rechtfertigung

Der Eingriff in das schrankenlos gewährleistete Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG ist nicht gerechtfertigt. Eine Abwägung kann nur mit anderen Gütern von Verfassungsrang erfolgen. Das Schutzgut des „Klimaschutzes“, also der gesellschaftlichen Grundeinstellung zu dem Thema Schwangerschaftsabbruch ist kein Gut von Verfassungsrang. Zwar stellt das ungeborene Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG ein solches Schutzgut dar. Dieses ist wie oben festgestellt aber nicht unmittelbar betroffen und kann schon deshalb nicht Grund für eine

38 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (oben Fn. 23).

Einschränkung des schrankenlos gewährleisteten Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 GG sein. Andere Güter von Verfassungsrang sind nicht betroffen.

4. Verstoß gegen die Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG

Das Werbeverbot des § 219a StGB verletzt das Recht der potentiellen Adressaten auf freien Informationszugang aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG.

a) Schutzbereich

Das Grundrecht auf Informationsfreiheit schützt das Recht, sich selbst aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Dabei ist das Individualrecht, sein Wissen zu erweitern und damit seine Persönlichkeit zu entfalten, zugleich eine zentrale Voraussetzung für eine freie und möglichst gut informierte demokratische Öffentlichkeit.³⁹ Werden Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch für einen unbegrenzten Adressatenkreis im Internet oder auf anderen Wegen zur Verfügung gestellt, handelt es sich um allgemein zugängliche Quellen im Sinne der Informationsfreiheit. Auch in dem Fall *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others*⁴⁰, den der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Jahr 1991 zu entscheiden hatte, kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Verbreitung von Informationen über Kliniken, in denen ärztliche Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden, unter den Schutz der Informations- und Meinungsfreiheit fallen kann, obwohl in dem Land der Informationsverbreitung Abtreibungen unter Strafe gestellt sind.

b) Eingriff

Indem ein solches Verhalten durch § 219a StGB strafbewährt ist, wird der Zugang zu Informationen über Schwangerschaftsabbrüche erschwert bzw. verhindert. Hierin liegt ein Eingriff in die Informationsfreiheit.

39 BVerfGE 27, 71 (81f.).

40 EuGH Urteil vom 4. Oktober 1991, Rechtssache C-159/90.

c) Rechtfertigung

Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Die Meinungsfreiheit kann gemäß Art. 5 Abs. 2 GG u.a. aufgrund eines allgemeinen Gesetzes eingeschränkt werden. Dieses allgemeine Gesetz (§219a StGB) muss wiederum verfassungsgemäß, also auch verhältnismäßig sein. Das Rechtsgut der Informationsfreiheit überwiegt das in § 219a StGB geschützte Rechtsgut. § 219a StGB ist demnach unverhältnismäßig und verstößt deshalb gegen das Rechtsstaatsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG.

§ 219 StGB bietet mit der obligatorischen Beratungspflicht gerade keine Möglichkeit für schwangere Frauen, sich neutral zu informieren oder ohne Umweg über die Informationen Dritter durch eigene Recherche direkt zu erfahren, welche Ärzt*innen Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Der Gesetzestext schreibt in § 219 StGB eine auf den Schutz des ungeborenen Lebens ausgerichtete Beratung mit dem Ziel vor, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen. Dies kann die eigenständige Information anhand selbst gewählter Quellen jedoch nicht ersetzen.

Die Informationsbeschaffung über Listen von Abtreibungsgegner*innen oder Quellen ausländischer Akteure ist unzumutbar. Schwangere Frauen dürfen faktisch nicht dazu gezwungen werden, sich (evt. unzuverlässiger oder veralteter, oft auch gerade nicht sachlich gehaltener) Quellen privater Akteure bedienen zu müssen, anstatt Quellen derjenigen Ärzt*innen zu nutzen, die Schwangerschaftsabbrüche tatsächlich vornehmen und hierzu verlässliche und aktuelle Informationen bieten können.

§ 219a StGB etabliert praktische Hürden, die den Informationszugang für schwangere Frauen unnötig einschränken: Lässt sich eine Frau an einem anderen Ort (nach § 219 StGB) beraten, als dem, wo sie den Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen möchte, ist eine hinreichende Informierung durch die Beratungsstelle nicht gewährleistet. Da sich Beratungsstellen ebenso wie beratende Ärzte typischerweise nur in dem regionalen Umfeld ihrer Beratungstätigkeit auskennen, bestehen sowohl für die Schwangere als auch für die Beratungsstelle erhebliche praktische Schwierigkeiten in einem solchen Fall herauszubekommen, wo Schwangerschaftsabbrüche in dem Umfeld der Schwangeren vorgenommen werden. Das Beratungsmonopol der Beratungsstellen führt weiterhin dazu, dass diese strategisch bestimmen

können, welche Ärzt*innen empfohlen werden und welche nicht. Die schwangere Frau ist dieser Beratungsstrategie der Beratungsstelle hilflos ausgeliefert, weil sie die Informationen nicht eigenständig überprüfen kann.

§ 219a StGB zwingt Frauen, die sich nicht bereits aus privaten Quellen Kenntnis darüber verschafft haben ob ein Arzt oder eine Ärztin ihres Vertrauens Schwangerschaftsabbrüche vornimmt, erst zur Beratungsstelle zu gehen, bevor sie einen Termin zur ärztlichen Beratung vereinbaren kann, was mit Blick auf die engen zeitlichen Vorgaben für einen Schwangerschaftsabbruch zu Problemen für die Schwangere bei ihrer Rechtswahrnehmung führen kann. Zudem ist nicht einzusehen, warum eine ausführliche medizinische Information nicht schon vor dem Beratungsgespräch erfolgen können soll.

Der Grundsatz auf freien Zugang zu abtreibungsrelevanten Informationen wird auch durch die *Resolution 1607 (2008) des Europarates über den Zugang zu sicheren und legalen Abtreibungen in Europa* geschützt. In der großen Mehrzahl der EU-Mitgliedsstaaten ist der Schwangerschaftsabbruch unter unterschiedlichen Voraussetzungen gestattet. Allerdings ist den Frauen nicht immer auch ein effektiver Zugang zur Nutzung dieser Rechte garantiert, wenn die gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind.⁴¹ Deshalb bekräftigt der Europarat das Recht aller Menschen, insbesondere von Frauen, auf körperliche Unversehrtheit und körperliche Selbstbestimmung. Dabei sollte die Entscheidung, einen Schwangerschaftsabbruch einzuleiten, alleine bei der betroffenen Frau liegen, die freien Zugang zu den erforderlichen Mitteln haben sollte, um dieses Recht effektiv auszuüben.⁴² Die Mitgliedstaaten des Europarates sollen dazu beitragen, Frauen die effektive Ausübung ihres Rechtes auf Zugang zu sicheren und legalen Abtreibungen zu garantieren.⁴³ Insbesondere soll Frauen Entscheidungsfreiheit durch freie und aufgeklärte Entscheidungen ermöglicht werden, ohne spezifisch Abtreibung anzupreisen⁴⁴; dies setzt voraus, dass die Abtreibung als bekannte Option inbegriffen ist. Zusätzlich sollen Restriktionen, die de jure oder de facto Zugang zu sicherer Abtreibung verhindern, aufgehoben

41 Resolution 1607 (2008) EPA „Access to safe and legal abortion in Europe“, Linie 3.

42 Resolution 1607 (2008) EPA „Access to safe and legal abortion in Europe“, Linie 6.

43 Resolution 1607 (2008) EPA „Access to safe and legal abortion in Europe“, Linie 7.2.

44 Resolution 1607 (2008) EPA „Access to safe and legal abortion in Europe“, Linie 7.3.

werden.⁴⁵ Übergreifend sollen wertfreie Information und Bildung zur Verfügung gestellt werden, als Strategie basierend auf wissenschaftlich belegbaren, angemessenen Ansätzen zu sexueller und reproduktiver Gesundheit und der Wahrnehmung der damit verbundenen Rechte.⁴⁶

In dem Fall *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*⁴⁷ hatte der EGMR die Frage zu entscheiden, ob die Freiheit auf Information und Meinungsäußerung aus Art. 10 EMRK verletzt ist, wenn in einem Mitgliedstaat, in dem Schwangerschaftsabbrüche strafbar sind, die Tätigkeit von gemeinnützigen Organisationen gerichtlich untersagt wird, die Frauen Informationen darüber zur Verfügung stellen, dass und wo Schwangerschaftsabbrüche im Ausland vorgenommen werden können. Der EGMR hatte weiter zu entscheiden, ob ein solches Verbot zugunsten des Schutzes des ungeborenen Lebens und der Moral und der Prävention von Straftaten verhältnismäßig ist. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass die Konventionsstaaten zwar einen großen Ermessensspielraum haben, was den Schutz der Moral betrifft, insbesondere was die Notwendigkeit einer Strafe angeht. Allerdings ist dieser Ermessensspielraum nicht grenzenlos. Die Meinungs- und Informationsfreiheit schütze auch Informationen oder Ideen, die schockieren, beleidigen oder einen Teil der Bevölkerung stören. Im Lichte dessen sei das Informationsverbot zu weitreichend und unangemessen, zumal die Kläger nie Abtreibung beworben, sondern lediglich darüber informiert hätten. Hinzu komme, dass die Verbindung zwischen der Verfügbarkeit von Informationen und dem Ende ungeborenen Lebens nur eine mittelbare sei, da sich Frauen nach einer solchen Beratung durchaus auch gegen eine Abtreibung entschieden. Ein Informationsverbot nehme demgegenüber in Kauf, dass Frauen sich anderswo in Abwesenheit qualifizierten Personals Informationen beschafften und in der Folge möglicherweise ihre Gesundheit riskierten. Insbesondere Frauen mit niedrigerem Bildungsstand hätten weniger Zugang zu alternativen Informationsquellen. Im Übrigen habe das Verbot de facto nichts an den Zahlen der im Ausland vorgenommenen Abtreibungen geändert.

45 Resolution 1607 (2008) EPA „Access to safe and legal abortion in Europe“, Linie 7.4.

46 Resolution 1607 (2008) EPA „Access to safe and legal abortion in Europe“, Linie 7.5.

47 EGMR Urteil vom 29. Oktober 1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Nr. 14234/88.

Die Wertungen aus dem Fall *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* können auf die deutsche Situation übertragen werden.⁴⁸ Auch hier stellt sich die Frage, ob auch eine neutral gehaltene Information darüber, wo und von wem Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden, verboten werden kann. Auch im Falle des § 219a StGB ist das Schutzgut des ungeborenen Lebens nur mittelbar betroffen. Primär geht es um die gesellschaftliche Einstellung in Bezug auf das Thema Abtreibung – ein Interesse des Gesetzgebers, das hinter dem Recht auf freie Information und Meinungsäußerung zurückzutreten hat.

Der Eingriff in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG der potentiellen Informationsadressat*innen ist auch deshalb weitreichend, weil die Bedeutung des ungehinderten Informationszugangs in Verbindung mit der für sie lebenszentralen Frage nach dem (Nicht-) Gebären von Kindern steht. Das Gebären und Aufziehen von Kindern gehört zu einer der zentralsten Lebensentscheidungen, wie das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch bestätigt hat. Gerade aufgrund dieser hohen Bedeutung einer Schwangerschaft und den mit ihr verbundenen körperlichen, psychischen, sozialen, familiären, beruflichen und wirtschaftlichen Folgen⁴⁹ ist auch der Entzug von Informationen über einen möglichen Schwangerschaftsabbruch gravierend.

Der Eingriff wiegt auch deshalb besonders schwer, weil sich Frauen, die über einen Schwangerschaftsabbruch nachdenken, regelmäßig in einer besonderen Lage befinden. Es besteht nicht nur der Druck, die für jedes Individuum folgenreiche und ethisch und persönlich höchst herausfordernde Frage zu beantworten, ob ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen werden soll – eine Entscheidung, die nicht nur mit medizinischen Risiken verbunden ist, sondern auch zulasten des ungeborenen Lebens ginge. Das Gesetz etabliert mit der Regelung in § 218a Abs. 1 StGB zudem auch einen erheblichen Zeitdruck, sodass es je nach Sachverhalt um wenige Wochen oder Tage gehen kann, in denen eine Entscheidung getroffen werden muss. In dieser Lage nicht frei auf relevante Informationen zugreifen zu können, ist ein äußerst intensiver

48 Zur Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Daher ist die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung der deutschen Grundrechte – soweit möglich – zu berücksichtigen; BVerfGE 111, 307 (LS 1) – Görgülü.

49 BVerfGE 39, 1 (35f., 48); 88, 203 (256, 259f.).

Grundrechtseingriff. Dies gilt auch deshalb, weil es Frauen in dieser Notlage nicht möglich ist, sich bei einem von ihnen selbst gewählten Arzt ihres Vertrauens frei zu informieren, obwohl es sich um einen besonders sensiblen Eingriff handelt. Zwar haben die Länder die Verpflichtung, ein ausreichendes Angebot wohnortnaher Schwangerschafts-konfliktberatungsstellen (§§ 5 und 6 SchKG) sowie ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherzustellen. Ein ausreichendes Angebot kann indes in ländlichen Regionen schwer zu gewährleisten sein und ersetzt im Übrigen auch nicht Ärzt*innen des Vertrauens.

5. Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht von schwangeren Frauen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG ist verletzt.

a) Schutzbereich

Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG ist eröffnet. Der Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist durch das Bundesverfassungsgericht nicht abschließend umschrieben. Übergeordnet schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht den autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem jeder Mensch die Möglichkeit zur persönlichen Lebensführung sowie Entwicklung und Wahrung seiner persönlichen Individualität haben soll. Es findet seine vielfältige Ausprägung jeweils im Kontext des zu entscheidenden Falles. So sind als Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt die Privat-, Geheim- und Intimsphäre.⁵⁰ Teil des Grundrechtes ist das Recht auf Selbstbestimmung, was beispielsweise auch die Kenntnis über die eigene Abstammung umfasst.⁵¹ Die Schwangerschaft einer Frau fällt als Teil der Intimsphäre ebenfalls in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dabei ist auch die Selbstverantwortung der Frau umfasst, sich gegen eine Elternschaft und die daraus resultierenden Pflichten zu entscheiden.⁵²

50 Vgl. beispielhaft BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (350 f.); 32, 373 (379); 34, 238 (245 f.); 44, 353 (372 f.).

51 BVerfGE 141, 186.

52 BVerfGE 39, 1 (42).

Eng mit dem Grundsatz der Selbstbestimmung und dem Recht auf Privatheit ist Art. 8 EMRK verbunden, der das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens beinhaltet.⁵³ Das Privatleben betrifft unter anderem auch das Sexualleben eines Menschen⁵⁴ sowie die geistige und körperliche Gesundheit. Der EGMR hat das Konzept des Privatlebens auch auf die Entscheidung über die Geburt eines Kindes übertragen.⁵⁵ Nationale Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch berühren den Geltungsbereich von Art. 8 EMRK, da bei der Schwangerschaft einer Frau das Leben der Frau mit dem des Fötus in Verbindung steht.⁵⁶

Nach Art. 8 EMRK ist der Staat verpflichtet, effektiven Schutz für körperliche und geistige Gesundheit zu garantieren, was auch Regelungen über den Zugang zu Informationen über die eigene Gesundheit umfasst.⁵⁷ Diese Interpretation von Art. 8 EMRK ist auch bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Der EMRK kommt als völkerrechtlicher Vertrag im deutschen Rechtsgefüge die Geltung als Bundesgesetz zu. Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes führt dazu, dass die EMRK zur Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes heranzuziehen ist.⁵⁸

In dem Fall R.R. v Polen⁵⁹, den der EGMR im Jahr 2011 zu entscheiden hatte, bestätigt der Gerichtshof, dass nationale Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch den Geltungsbereich von Artikel 8 EMRK berühren. Das Recht auf Zugang zu Informationen im Geltungsbereich des Privatlebens umfasse ein Recht auf Zugang zu verfügbaren Informationen zum eigenen gesundheitlichen Zustand. Die Ausübung dieses Rechtes sei

53 Pretty v. the United Kingdom, EGMR Urteil vom 29. April 2002, application no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III.

54 Dudgeon v. the United Kingdom, EGMR Urteil vom 22. Oktober 1981 Series A no. 45, pp. 18-19, § 41, und Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom, EGMR Urteil vom 19. Februar 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 131, § 36.

55 Evans v. the United Kingdom, EGMR Urteil vom 10. April 2007, application no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV: 71.

56 Eur.Comm. HR, Bruggeman and Scheuten v. Germany, Entscheidung vom 12. Juli 1977, application no. 6959/75, 12.07.1977; Boso v. Italy, EGMR Urteil vom 5. September 2002, application no. 50490/99, ECHR 2002-VII; Vo v. France, EGMR Urteil vom 8. Juli 2004, no. 53924/00, § 76, ECHR 2004-VIII; A, B and C v. Ireland, EGMR Urteil vom 16. Dezember 2010, no. 25579/05, §212.

57 Guerra and Others v. Italy, EGMR Urteil vom 19. Februar 1998, § 60, Reports 1998-I; Roche v. the United Kingdom, EGMR Urteil vom 19. Oktober 2005 no. 32555/96, § 155, ECHR 2005-X; K.H. and Others v. Slovakia, EGMR Urteil vom 28. April 2009, application no. 32881/04, §§ 50-56.

58 BVerfGE 111, 307 (317).

59 R.R. v. Poland, EGMR Urteil vom 26. Mai 2011, application no. 27617/04, Rep. 2011-III.

maßgeblich für die eigene Autonomiewahrung und auch in Artikel 8 EMRK enthalten. Auf der Basis solcher Informationen werde das zukünftige Leben und die Lebensqualität der Frau bestimmt. Die Notwendigkeit des Zugangs zu Informationen ergebe sich besonders durch den Zeitdruck von Schwangerschaften.

Aus den Ausführungen des EGMR wird die hohe Bedeutung des Zugangs zu Informationen im Fall einer Schwangerschaft deutlich. Auch wenn sich das Urteil konkret auf den Zugang zu Informationen über den eigenen Gesundheitszustand bezieht, lassen sich die grundsätzlichen Überlegungen übertragen auf Konstellationen, in denen Informationen über Schwangerschaftsabbrüche vorenthalten werden. Auch hier besteht ein erheblicher Zeitdruck, der autonome Bereich privater Lebensführung ist betroffen, und die Entscheidung, ob ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen wird, hat erhebliche Folgen für das zukünftige Leben und steht in engem Bezug zur persönlichen Lebensführung.

b) Eingriff

§ 219a StGB greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von schwangeren Frauen ein, indem die Norm den Entzug von Informationen zur Folge hat, die für eine schwangere Frau, die über eine Abtreibung nachdenkt, von elementarer Bedeutung sind.

c) Rechtfertigung

Dieser Eingriff lässt sich nicht rechtfertigen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht steht unter dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1, 2. HS GG, der drei Schranken beinhaltet: die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz. Als Rechte anderer werden alle subjektiven Rechte des Privatrechts und des öffentlichen Rechts verstanden. Mit der verfassungsmäßigen Ordnung ist die Gesamtheit aller Normen, die formell oder materiell mit der Verfassung in Einklang stehen, gemeint, darunter Gesetze ebenso wie Rechtsverordnungen und Satzungen. Dem Begriff der Sittengesetze kommt bei verfassungskonformer Auslegung keine eigenständige Bedeutung neben der verfassungsmäßigen Ordnung zu.

Wie oben festgestellt, schützt § 219a StGB nicht das Rechtsgut des ungeborenen Lebens im Sinne der „Rechte anderer“, sondern ein Kollektivrechtsgut, das sich nicht in den subjektiven Rechten des Privat- oder öffentlichen Rechts wiederfindet. § 219a StGB selbst ist, wie oben ebenfalls

festgestellt, aufgrund seines umfassenden Sanktionscharakters unverhältnismäßig und steht somit nicht im Einklang mit der Verfassung. Damit ist es kein zur Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geeigneter Ausdruck der verfassungsmäßigen Ordnung.

Darüber hinaus ist im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand des Art. 2 Abs. 1

i.V.m Art.1 Abs. 1 GG zu berücksichtigen, dass an dieses Grundrecht aufgrund seiner Nähe zur Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG ein strengerer Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung als an die in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Handlungsfreiheit anzulegen ist.

§ 218 StGB etabliert eine Austragungspflicht für schwangere Frauen, die nur durch die Ausnahmetatbestände des § 218a Abs. 1-3 StGB durchbrochen wird. Damit schwangeren Frauen durch diese Pflicht zur Austragung eines Kindes nicht zum Objekt staatlichen Handelns (Ausübung des staatlichen Schutzauftrages in Bezug auf das ungeborene Leben) werden, muss es ihnen im Rahmen des legalen Schwangerschaftsabbruchs möglich sein, selbstbestimmt auf abtreibungsrelevante Informationen zuzugreifen. Ein Vorenthalten von Informationen zur Verhinderung von Schwangerschaftsabbrüchen würde eine Instrumentalisierung des Informationsflusses bedeuten, die nicht mit dem Grundgesetz in Einklang steht. Frauen müssen in der Lage sein, über legale Abtreibungen eine selbstbestimmte Entscheidung treffen zu können.

Dies gilt umso mehr, wenn die Art der Entscheidung dem Kern privater Lebensführung, also der Intimsphäre zuzuordnen sind. Ob eine Frau ein Kind gebären möchte oder sich dazu in der Lage sieht, ist eine zutiefst individuelle Entscheidung, die jede Frau aufgrund der inneren und äußeren Lebensumstände zu treffen hat. Informationen über eine solch relevante Lebensentscheidung vorzuenthalten widerspricht dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Auch die Folgen der Entscheidung über eine Schwangerschaft (oder deren Beendigung) haben weitreichende Konsequenzen für das Privatleben einer Person, die gesamte Zukunft des Lebensverlaufs, die wirtschaftlichen Lebensverhältnisse, das Verhältnis zu Freunden, Familie, den Beruf etc. und ist somit der Intimsphäre zuzuordnen.

Die hohe Bedeutung einer solchen Entscheidung wird auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deutlich, wenn es 1975 ausführt, dass die Frage der rechtlichen Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs in der Öffentlichkeit seit Jahrzehnten unter

mannigfachen Gesichtspunkten diskutiert wird. Dieses Phänomen des Soziallebens werfe vielfältige Probleme biologischer, insbesondere humangenetischer, anthropologischer, ferner medizinischer, psychologischer, sozialer, gesellschaftspolitischer und nicht zuletzt ethischer und moraltheologischer Art auf, die Grundfragen menschlicher Existenz berühren. Die Schwangerschaft gehöre daher zur Intimsphäre der Frau, deren Schutz durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgt ist. Zwar berechtige die Eigenständigkeit des menschlichen Lebens eines Fötus im Mutterleib den Gesetzgeber dazu, Regelungen zu treffen, die jenen betreffen, schützen und der Mutter Handlungspflichten aufgeben⁶⁰ – die Entscheidung über einen im Rahmen dieser Regelungen ausnahmsweise legalen Schwangerschaftsabbruch steht nach § 218a StGB aber allein der schwangeren Frau zu.

6. Verstoß gegen das Patienten-Selbstbestimmungsrecht, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Verletzt ist auch das Recht der Patientinnen auf Selbstbestimmung im Rahmen ihres Rechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

a) Schutzbereich

Der Schutzbereich ist eröffnet. Das Bundesverfassungsgericht leitet aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG ein Patienten-Selbstbestimmungsrecht ab.⁶¹ Voraussetzung der Ausübung dieses Selbstbestimmungsrechts ist die ärztliche Aufklärung über den Gesundheitszustand von Patient*innen und die medizinischen Handlungsoptionen. Umfassender verstanden zielt die grundrechtliche Berechtigung mit ihrer Abwehr- wie Schutzfunktion auf die Respektierung des persönlichen Status und schützt ganz allgemein vor Beeinträchtigungen autonomer Selbstbestimmung und Selbstentfaltung.⁶²

60 BVerfGE 39, 1 (42).

61 BVerfGE 128, 282 (300).

62 BeckOK GG/Lang, Art. 2 Rn. 58-63, beck-online.

b) Eingriff

Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG durch § 219a StGB liegt vor. Auch indirekte Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit führen, verletzen den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, sofern sie das Maß einer als sozialadäquat eingestuften Beeinträchtigung übersteigen und als adäquate Folge der staatlichen Tätigkeit normativ zurechenbar sind.⁶³ So wurde ein Eingriff in den Schutzbereich im Falle der gesetzgeberischen Beschränkung von Organtransplantationen für lebende Organspender⁶⁴ bejaht.

Eine aufgeklärte und selbstbestimmte Entscheidung einer Patientin für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch (also einen erheblichen und mit potentiell weitreichenden körperlichen oder seelischen Folgen verbundenen Eingriff) ist nur unter Einbeziehung der relevanten Informationsquellen möglich. Die Vorschrift des § 219a StGB gewährleistet gerade nicht, dass sich eine prospektive Patientin wertfrei und eigenständig über einen Schwangerschaftsabbruch aufklären kann.

c) Rechtfertigung

Der Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG kann zwar nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG durch ein einfaches Gesetz erfolgen, dieses muss aber wiederum verfassungsgemäß, vor allem verhältnismäßig sein. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall; insbesondere überwiegt das Schutzgut des § 219a StGB nicht den Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

§ 7 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte⁶⁵ verdeutlicht die hohe Bedeutung der Patientenselbstbestimmung. Die Vorschrift regelt, dass jede medizinische Behandlung unter Wahrung der Menschenwürde und unter Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patientinnen und Patienten, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, zu erfolgen hat. Das Recht der Patientinnen und Patienten, empfohlene Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen abzulehnen, ist zu respektieren.

⁶³ BVerfGE 66, 39 (60).

⁶⁴ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 - 1 BvR 2181/98 - NJW 1999, 3399.

⁶⁵ (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (oben Fn. 23).

Ärzt*innen achten zudem das Recht ihrer Patientinnen und Patienten, die behandelnde Ärztin oder den behandelnden Arzt frei zu wählen oder zu wechseln.

Ein solches Selbstbestimmungsrecht für medizinische Eingriffe findet sich auch in Art. 5 des *Übereinkommens des Europarates über Menschenrechte und Biomedizin*. Danach besteht für alle Patient*innen das Recht auf Information. Eine gesundheitliche Intervention darf erst erfolgen, nachdem die betroffene Person über sie aufgeklärt worden ist und frei eingewilligt hat. Insbesondere ist sie zuvor angemessen über Zweck und Art der Intervention sowie über deren Folgen und Risiken aufzuklären. Mit dieser auch in den Berufsordnungen von Ärzt*innen in Deutschland verankerten Aufklärungspflicht ist schwer zu vereinbaren, dass Ärzt*innen ihre potenziellen Patientinnen nicht auch darüber informieren dürfen, welche medizinischen Eingriffe sie grundsätzlich anbieten. Eine solche medizinisch relevante Information – und das vertrauliche Arztgespräch, das sie ermöglicht – kann auch schon dann für eine schwangere Frau von Relevanz sein, bevor sie sich von einer staatlichen Beratungsstelle beraten lassen hat. Das Recht auf Information über einen medizinischen Eingriff umfasst sowohl die Frage, ob bzw. welcher Arzt einen solchen Eingriff vornimmt, als auch die Information, ob der Eingriff von einer Vielzahl von Ärzt*innen oder nur von einigen wenigen ausgeführt wird, um sich ein möglichst objektives Bild von der Art des medizinischen Eingriffs zu verschaffen.

Der Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG wiegt auch deshalb schwer und ist nicht zu rechtfertigen, weil das darin enthaltene Selbstbestimmungsrecht in engem Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 1 GG steht. Frauen in einer Notsituation dürfen vor dem Hintergrund des staatlichen Ziels, Schwangerschaftsabbrüche nicht zu normalisieren und zu kommerzialisieren, nicht zum Objekt staatlicher Moralpolitik werden, dem eine freie und selbstbestimmte Entscheidung mangels Informationszugangs verwehrt wird.

7. Verstoß gegen Gleichheitsgrundrechte, Art. 3 GG

a) Diskriminierungsverbot, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

Die Regelung des § 219a StGB verletzt den in enger Verbindung zum Grundsatz der Menschenwürde stehenden besonderen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Danach darf das Geschlecht nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3

GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt.⁶⁶ Dieses Gleichheitsgrundrecht enthält damit ein Differenzierungsverbot aufgrund des Geschlechts auch für mittelbare Ungleichbehandlungen.⁶⁷ Für die Rechtfertigung stellt das Bundesverfassungsgericht äußerst strenge Maßstäbe auf. Differenzierungen nach dem Geschlecht sind nur zulässig, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind“.⁶⁸ Auch eine faktische Geschlechtsdiskriminierung aufgrund der Mutterschaft unterliegt „nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG strengen Rechtfertigungsanforderungen“, weswegen „sonstige Sachgründe“ nur ausnahmsweise als Rechtfertigung dienen können, wenn sie „von erheblichem Gewicht“ sind.⁶⁹

(1) Benachteiligung

Das Vorliegen einer Benachteiligung in Form einer Differenzierung aufgrund des Geschlechtes wird mithilfe eines Vergleichs der Lage der Betroffenen mit derjenigen Nichtbetroffener ermittelt: Während sich Frauen nicht selbstbestimmt über den medizinischen Eingriff eines Schwangerschaftsabbruchs informieren können, besteht für Männer keine solche Einschränkung bezüglich eines reproduktionsbezogenen medizinischen Eingriffs am eigenen Körper. In Bezug auf einen Schwangerschaftsabbruch haben auch nur Frauen ein solch schutzwürdiges Informationsinteresse, weil nur sie als potenzielle Patientinnen in Frage kommen.

Faktisch etabliert § 219a StGB ein Sonderrecht für schwangere Frauen. In keinem anderen medizinischen Bereich unterliegen Ärzt*innen Informationsverboten über ihr medizinisches Leistungsspektrum. Auch besteht außerhalb der §§ 218 ff. StGB keine Möglichkeit, gesunde Personen zu einem weitreichenden körperlichen Eingriff zugunsten Dritter (wie einer Geburt) zu zwingen. Lebensrettende Organspende, Blutspenden etc. bedürfen immer des informierten Einverständnisses der spendenden Person. Dieser Grundsatz spiegelt sich im Patienten-Selbstbestimmungsrecht wieder, welches für schwangere Frauen zum Schutz des ungeborenen

⁶⁶ BVerfGE 85, 191 (206); 114, 357 (364).

⁶⁷ BVerfGE 97, 35 (43); 104, 373 (393).

⁶⁸ BVerfGE 85, 191, 207.

⁶⁹ BVerfGE 132, 72, 98 Rn. 58.

Lebens begrenzt wird. §§ 218 ff. StGB etabliert aus diesem besonderen Grund eine Austragungspflicht auch für ungewollt schwangere Frauen, die nur unter den sehr begrenzten Möglichkeiten des § 218a StGB nicht greift. In den dort geregelten Ausnahmefällen hat der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich zulässiger Weise gerade keinen Vorrang des ungeborenen Lebens vor den Grundrechten der schwangeren Frau normiert.

Zwar kann nur an Frauen ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen werden. Dies schließt jedoch eine Geschlechtsdiskriminierung nicht aus.⁷⁰ Wäre eine solche Argumentation zulässig, würden Diskriminierungen wegen der Schwangerschaft oder Mutterschaft, die gerade ihren Ursprung in biologischen Unterschieden zwischen den Geschlechtern haben, gar nicht erst in den Blick genommen. Die faktisch stärkere Wirkung des § 219a StGB auf Frauen ist auch nicht aufgrund biologischer Unterschiede zwischen den Geschlechtern zwingend erforderlich, nur weil sie in biologischen Unterschieden begründet ist. Knüpft ein Nachteil an die Schwangerschaft oder Mutterschaft an, liegt darin eine rechtfertigungsbedürftige Benachteiligung wegen des weiblichen Geschlechts.⁷¹

Eine direkte Diskriminierung knüpft unmittelbar an das Geschlecht an. Bei einer mittelbaren Diskriminierung kommt es darauf an, ob sich eine neutral gefasste Regelung auf Männer und Frauen faktisch unterschiedlich stark auswirkt und ob diese faktische Wirkung von erheblichem Gewicht ist. Zwar ist § 219a StGB geschlechtsneutral gefasst. Insoweit er jedoch unmittelbar an die Schwangerschaft anknüpft, sprechen die besseren Gründe für eine direkte Geschlechtsdiskriminierung. Zumindest aber liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, da nur schwangere Frauen einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen bzw. sich über einen potenziellen Eingriff am eigenen Körper informieren können.

§ 219a StGB hat u.a. zur Folge, dass Ärzt*innen auf ihrer Internetseite Schwangerschaftsabbrüche nicht als Leistung aufführen dürfen. Zwar kann diese Information auch für Männer relevant sein, doch sind Frauen als einzig in Frage kommende Patientinnen deutlich stärker von dem Werbeverbot und dem mit ihm verbundenen Eingriff in das

70 BVerfGE 132, 72, 97 Rn. 57; BVerfGK 18, 401, 410; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 86. Klarstellend § 3 Abs. 1 S. 2 AGG; für das Recht der EU Art. 2 Abs. 2c RL 2006/54/EG; EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09, Danosa; Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88, Dekker; Urt. v. 27.2.2003, Rs. C-320/01, Busch; Urt. v. 29.10.2009, Rs. C-63/08, Alabaster.

71 Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 86.

Patienteninformationsrecht und die freie Arztwahl betroffen – die unterschiedlich starke Auswirkung ist also aus biologischen Gründen geschlechtsspezifisch. Frauen können weder abstrakt noch in einem konkreten Abtreibungsfall Informationen darüber erlangen, ob ein Arzt ihres Vertrauens diese Leistung vornimmt. Diese Benachteiligung hat erhebliches Gewicht, weil es sich bei medizinischen Eingriffen am eigenen Körper, die abstrakt oder konkret das ungeborene Leben betreffen um eine höchstpersönliche und lebenszentrale Entscheidung handelt.

(2) Rechtfertigung

Biologische Unterschiede, die ihrer Natur nach nur bei einem Geschlecht auftreten können – wie die Schwangerschaft – können eine Ungleichbehandlung nur dann rechtfertigen, wenn diese zwingend erforderlich ist. Es ist nicht erkennbar, weshalb es Frauen aufgrund ihrer Fähigkeit Kinder zu bekommen untersagt sein sollte, freien und selbstbestimmten Zugang zu abtreibungsrelevanten Informationen durch einen Arzt zu bekommen. Insbesondere stellt der Schutz des ungeborenen Lebens, wie gesehen, keinen Rechtfertigungsgrund für § 219a StGB dar. Sind reproduktive Gesundheitsleistungen gerade nicht strafbar, wie dies für bestimmte Schwangerschaftsabbrüche in § 218a StGB geregelt ist, besteht ein Wertungswiderspruch, wenn schwangere Frauen aufgrund von § 219a StGB diskriminiert werden dürfen. Auch die Verhinderung der Normalisierung und Kommerzialisierung des Schwangerschaftsabbruchs kann, wie gesehen, einen Grundrechtseingriff nicht zwingend erforderlich erscheinen lassen; selbst nach einem für faktische Benachteiligungen auf „Sachgründe ... von erheblichem Gewicht“ abgemilderter Maßstab kann dieser Gesetzeszweck die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen.

Dass in der Situation einer (ungewollten) Schwangerschaft, in der der Schutz des ungeborenen Lebens nach § 218a StGB ausnahmsweise keinen absoluten Vorrang genießt, kein freier Zugang zu relevanten Informationen durch Ärzt*innen vorhanden ist, stellt eine erhebliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar und macht eine schwangere Frau, der das Recht auf Selbstbestimmung und selbstbestimmte Information entzogen wird, zu einem Objekt der rechtlich etablierten Austragungspflicht. Da der Schutz des ungeborenen Lebens in diesen Situationen gerade keinen Vorrang genießt, ist auch nicht ersichtlich, weshalb der Informationszugang beschränkt sein sollte.

b) Gleichstellungsgebot, Art. 3 Abs. 2 GG

Auch Art. 3 Abs. 2 GG ist verletzt. Der spezielle Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 2 GG enthält den Auftrag an den Staat zur Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern und etabliert einen Anspruch auf faktische Gleichstellung.⁷²

Art. 3 Abs. 2 GG besitzt gegenüber Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eine eigenständige Bedeutung, die die engere Fassung von Absatz 2 erklärt, wie das Bundesverfassungsgericht 2017 erneut klarstellte: „Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt“⁷³

Der Satz „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf Angleichung der Lebensverhältnisse.⁷⁴ Klarstellend kommt dies seit 1994 im expliziten Gestaltungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zum Ausdruck.⁷⁵ Durch das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG ist der Gesetzgeber nicht nur berechtigt, sondern auch beauftragt, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch geeignete Regelungen auszugleichen.⁷⁶ Gleichzeitig ist es ihm verwehrt, dabei existierende Rollenmuster zu verfestigen.⁷⁷ Der Gleichberechtigungsgrundsatz ist strikt anzuwenden. Dies gilt namentlich dort, wo Frauen benachteiligt werden; denn [Art. 3 Abs. 2 GG](#) soll vor allem dem Abbau solcher tradierten Benachteiligungen dienen.⁷⁸

Vom Schutzzumfang des Art. 3 Abs. 2 GG umfasst sind sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen. Denn die Durchsetzung der Gleichberechtigung wird auch durch Regelungen

72 Vgl. dazu BVerfGE 85, 191 (206 f.); 92, 91 (109).

73 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16 - Rn. 60, Hinweis auf BVerfGE 85, 191 (206 f.).

74 BVerfGE 89, 276 (285), Hinweis auf BVerfGE 85, 191 (207).

75 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16 - Rn. 60.

76 BVerfGE 92, 91 (109), Hinweis auf BVerfGE 74, 163 (180); 85, 191 (207).

77 BVerfGE 85, 191 (207).

78 BVerfGE 84, 9 (17), Hinweis auf BVerfGE 74, 163 (179).

gehindert, die zwar geschlechtsneutral formuliert sind, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschiede oder der gesellschaftlichen Bedingungen überwiegend Frauen betreffen. Demnach ist es nicht entscheidend, dass eine Ungleichbehandlung unmittelbar und ausdrücklich an das Geschlecht anknüpft. Über eine solche unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus erlangen für Art. 3 Abs. 2 GG die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung für Frauen und Männer ebenfalls Bedeutung.⁷⁹

§ 219a StGB enthält, wie gesehen (oben II.7.a.) eine direkte, zumindest aber eine mittelbare Diskriminierung schwangerer Frauen. Diese Benachteiligung hat erhebliches Gewicht, weil es sich bei medizinischen Eingriffen am eigenen Körper, die abstrakt oder konkret das ungeborene Leben betreffen um eine höchstpersönliche und lebenszentrale Entscheidung handelt. Mit dieser Entscheidung sind zudem Folgen für die persönliche Lebensgestaltung verbunden, die in der derzeitigen gesellschaftlichen Situation regelmäßig auch erhebliche Auswirkungen auf die wirtschaftlichen und beruflichen Möglichkeiten einer Frau haben. Die faktische Möglichkeit der Inanspruchnahme reproduktiver Rechte hat damit erhebliche Folgen für die gesamte zukünftige Lebensplanung, die wirtschaftliche, berufliche, soziale und evt. auch die gesundheitliche Situation einer Frau.

Dem Gleichstellungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG entspringt somit die Verpflichtung an den Gesetzgeber, Regelungen wie den § 219a StGB, die einer Angleichung der Lebensverhältnisse zwischen Männern und Frauen entgegenstehen, abzubauen. Zur Angleichung der Lebensverhältnisse gehört auch, dass Frauen ihre Rechte (auf legale Abtreibung) faktisch auch effektiv nutzen können und ihnen keine (Informations-)Hindernisse bereitet werden.

Dies ergibt sich auch aus Art. 12 des von Deutschland ratifizierten Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) unterstützt das Gleichstellungsgebot. Er regelt, dass die Vertragsstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Bereich des Gesundheitswesens treffen, um der Frau gleichberechtigt mit dem Mann Zugang zu den Gesundheitsdiensten, einschließlich derjenigen im Zusammenhang mit der Familienplanung, zu gewährleisten. Konkretisiert wird diese Verpflichtung in der Empfehlung Nr. 24 des UN-Vertragsausschusses zu Art. 12 CEDAW.

79 BVerfGE 113, 1, (15 f.); vgl. ferner BVerfGE 126, 29 (53).

Dort heißt es, dass Staaten insbesondere gewährleisten müssen, Barrieren abzubauen, die den Zugang von Frauen zu gesundheitlichen Dienstleistungen, Bildung, Informationen, inklusive des Bereichs der sexuellen und reproduktiven Gesundheit erschweren.⁸⁰ Art. 16 CEDAW verpflichtet die Vertragsstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau in Ehe- und Familienfragen zu treffen und auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau insbesondere folgende Rechte zu gewährleisten: „e) gleiches Recht auf freie und verantwortungsbewusste Entscheidung über Anzahl und Altersunterschied ihrer Kinder sowie auf Zugang zu den zur Ausübung dieser Rechte erforderlichen Informationen, Bildungseinrichtungen und Mitteln“

c) Allgemeiner Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Ebenfalls verletzt ist der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Er beinhaltet das Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln.⁸¹ Ein Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitssatz ist dann nicht gesperrt, wenn – wie hier – die erfassten Sachverhalte bzw. die Vergleichspaare nicht mit denen des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG übereinstimmen.⁸²

(1) Ungleichbehandlung

Es liegt eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten vor, indem es Ärzt*innen untersagt wird, Schwangerschaftsabbrüche in ihrem Leistungsspektrum öffentlich zu erwähnen, während dies für alle sonstigen medizinischen Leistungen nicht gilt. Zwar besteht für sonstige Leistungen immer auch das in den ärztlichen Berufsordnungen geregelte eingeschränkte Werbeverbot, aber es gibt keine Regelung, die den bloßen Hinweis auf eine ärztliche Leistung untersagt.

(2) Rechtfertigung

Diese Ungleichbehandlung lässt sich nicht rechtfertigen. Es liegt kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vor. Die Anforderungen an einen solchen Grund steigen, je stärker sich die

⁸⁰ CEDAW, General Recommendation no. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health), 1999, UN Doc. A/54/38/Rev.1, Kap. I, para. 31, lit b.

⁸¹ BVerfGE 3, 58 (135f.).

⁸² BVerfGE 9, 237 (248); 13, 290 (296 f.).

Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirkt.⁸³ Wie oben festgestellt, besteht ein Bezug zu Grundrechtspositionen der beteiligten Akteure aus Art. 2 Abs. 2 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht), Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Patienten-Selbstbestimmung), Art. 3 Abs. 2 und 3 GG (Gleichberechtigung), Art. 4 Abs. 1 GG (Glaubens- und Gewissensfreiheit), Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 und 2 (Meinungs- und Informationsfreiheit) und Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit). Aufgrund der Betroffenheit dieser Grundrechtspositionen ist nicht nur eine bloße Willkürprüfung, sondern eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen (sog. neue Formel).

Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung kann nicht darin gesehen werden, dass Informationen über Schwangerschaftsabbrüche das kollektive Schutzgut des gesellschaftlichen Verständnisses über die „Normalität“ von Schwangerschaftsabbrüchen betreffen (und somit mittelbar das ungeborene Leben). Eine solche Sonderstellung für Schwangerschaftsabbrüche ist schon deshalb nicht zu rechtfertigen, weil es eine Reihe von medizinischen Eingriffen gibt, die ebenso in einem abstrakten Bezug zum menschlichen (ungeborenen) Leben stehen und teils ethisch ebenso umstritten sind (z.B. die „Pille danach“, die Verschreibung von Verhütungsmitteln, In-vitro-Fertilisation, Organtransplantationen, Organ- und Blutspende), über die ein Arzt oder eine Ärztin frei Auskunft geben darf.

Darüber hinaus ist äußerst fragwürdig, ob das Schutzgut mit dem vorgesehen Mittel des Werbungsverbot es tatsächlich auch nur gefördert werden kann (s.o., II.1.c.). Vielmehr wird hier ein Sonderrecht für den Eingriff des Schwangerschaftsabbruchs geschaffen, das sich jedenfalls in Bezug auf die schlichte Mitteilung der Vornahme des Eingriffs in der jeweiligen Praxis, nicht mit dem Schutz des ungeborenen Lebens rechtfertigen lässt (s.o.). Denn dieses Schutzgut ist nicht unmittelbar betroffen.

Eine Ungleichbehandlung ist auch darin zu sehen, dass Ärzt*innen anders als Beratungsstellen nicht über Schwangerschaftsabbrüche informieren dürfen. Ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung liegt nicht vor. Zwar werden Ärzt*innen für Ihre medizinischen Leistungen

⁸³ BVerfGE 88, 87 (96); 95, 267 (316 f.); 97, 271 (290f.); 103, 172 (193); 106, 166 (176); 107, 27 (46); 116, 135 (161); 118, 79 (100).

bezahlt – allerdings verlangen nicht-kommerzielle Beratungsstellen für eine Vielzahl ihrer Leistungen ebenfalls Geld nach festgelegten Tarifen. Der Umstand, dass Ärzt*innen für ihre Tätigkeit finanziellen Ausgleich verlangen ist auch nicht als problematische Kommerzialisierung zu betrachten, gerade weil es rechtliche Vorgaben für die Abrechnung von medizinischen Leistungen gibt. Ein darüberhinausgehendes gesteigertes Gewinnstreben von Ärzt*innen ist schon durch das berufsrechtliche Werbeverbot begrenzt.

8. Verletzung sonstiger Güter von Verfassungsrang

a) Verletzung des Demokratieprinzips, Art. 20 Abs. 1 und 2 GG

§ 219a StGB verletzt das in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verankerte Demokratieprinzip. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt eine Demokratie eine ständige freie Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen voraus, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen vorformt.⁸⁴ Zentral für eine demokratische Auseinandersetzung ist deshalb der freie Informationszugang von Bürgern und Bürgerinnen. Eine offene, aufgeklärte und deliberative gesellschaftliche Debatte wird dann erschwert, wenn der Staat einen freien und selbstbestimmten Informationszugang unterbindet. Dieser Gedanke spiegelt sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darin wieder, dass das Gericht von einem überragenden Rang der Kommunikationsgrundrechte für einen pluralistisch-demokratischen Verfassungsstaat ausgeht, der bei Abwägung mit entgegenstehenden Gemeinwohlinteressen angemessen zu berücksichtigen ist.⁸⁵

Zwar hat das Demokratieprinzip keinen unbegrenzten Informationsanspruch des Bürgers zur Folge – für den Fall, dass Informationen zurückgehalten werden, bedarf dies aber einer sachlichen und verfassungskonformen Rechtfertigung.

Durch § 219a StGB verhindert der Staat einen freien Informationszugang, ob bzw. welche Ärzte Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Eine sachgerechte Auseinandersetzung mit dem Thema Abtreibung ist somit nur begrenzt möglich. Unklar bleibt beispielsweise, wie hoch der Anteil der

⁸⁴ BVerfGE 97, 350 (369).

⁸⁵ BVerfGE 7, 198 (208); 35, 202 (221f.); 82, 272 (281f.).

Ärztinnen und Ärzte in Deutschland ist, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, welche fachlichen Qualifikationen sie haben und wie sie regional verteilt sind. Tatsächlich geben oftmals Veröffentlichungen von abtreibungskritischen Organisationen durch ihre Arbeit und Anprangerung von entsprechenden Ärzten Aufschluss darüber, welche Ärzte tatsächlich Abtreibungen vornehmen. Besagte Organisationen führen auf ihren Webseiten Listen von Ärzt*innen und Kliniken, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, und führen dort auch die Strafanzeigen auf, die bisher gestellt wurden, um die Ärzt*innen unter Druck zu setzen. Dies ist ein schwer hinnehmbarer Zustand, wenn es darum geht, dass Bürger*innen sich auf indirektem Wege zurückgehaltene Informationen verschaffen müssen und eine Strafnorm instrumentalisiert wird, um eine bestimmtes rechtlich legales Verhalten von Ärzt*innen zu unterbinden.

Was von der Gesellschaft als „normal“ empfunden wird, kann nicht davon abhängen ob, sondern wie bzw. mit welchem Ergebnis eine gesellschaftliche Debatte geführt wird. Der Versuch des Gesetzgebers, durch den Entzug von Informationen einer befürchteten Normalisierung bzw. Kommerzialisierung entgegen zu wirken, also eine bestimmte Grundeinstellung über das Thema Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern, ist auch deswegen illegitim, weil statistische Erhebungen zu den in Deutschland vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüchen zeigen, dass es sich um einen häufig vorgenommenen medizinischen Eingriff handelt. Im Jahr 2016 wurden dem Statistischen Bundesamt in Deutschland 98.721 Schwangerschaftsabbrüche gemeldet.⁸⁶ Die Zahlen spiegeln ein Informationsbedürfnis der Menschen, die erfahren möchten, welche Ärzte diese Eingriffe vornehmen. Dieses legitime Bedürfnis sollten sie befriedigen können. Der bereits oben angesprochene „Klimaschutz“ kann einen so weitreichenden Eingriff in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG nicht rechtfertigen.

b) Verletzung des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG

Auch das in Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnde Rechtsstaatsprinzip ist verletzt. Es gebietet, grundrechtsrelevante Vorschriften in ihren Voraussetzungen und ihrem Inhalt klar, nachvollziehbar und widerspruchsfrei zu formulieren, sodass die Rechtslage für den Betroffenen

⁸⁶ https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Schwangerschaftsabbrueche2120300167004.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugang 7. Januar 2018).

erkennbar ist und er sein Verhalten danach ausrichten kann.⁸⁷ Die Anforderungen an die Normenklarheit sind dann erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert.⁸⁸

Nach der aktuellen Gesetzeslage können Ärzt*innen eine Schwangerschaft nach den Vorgaben des § 218a StGB abbrechen, ohne sich dabei strafbar zu machen. Dabei entfällt entweder nach Abs. 1 der Tatbestand oder nach Abs. 2 und 3 die Rechtswidrigkeit des Handelns. Dass Ärzt*innen einen solchen straffreien Schwangerschaftsabbruch in ihrer Praxis durchführen, darf von ihnen aber nicht öffentlich mitgeteilt, geschweige denn aktiv dafür geworben werden.

Diese Gesetzeslage ist widersprüchlich und nicht nachvollziehbar. Für den medizinischen Rechtsadressaten stellt sich die Frage, weshalb er oder sie einer „Schweigepflicht“ unterliegt, obwohl sein Verhalten nicht von der Rechtsordnung sanktioniert wird.

Diesem Grundgedanken folgt auch die Äußerung des Bundesverfassungsgerichts, wenn es feststellt, dass es dem Arzt auch ohne negative Folgen möglich sein muss, darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können, wenn die Rechtsordnung Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzte eröffnet.⁸⁹

Eine solche „Schweigepflicht“ kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass der medizinische Eingriff das ungeborene Leben betrifft. Der Gesetzgeber hat in § 218a StGB die Entscheidung getroffen, dass das ungeborene Leben unter den dort genannten Voraussetzungen hinter dem Selbstbestimmungsrecht einer schwangeren Frau zurückzutreten hat. Diese Grundwertung muss sich auch darin widerspiegeln, dass ein Arzt einen solchen Eingriff auch straffrei mitteilen darf.

87 BVerfGE 21, 73 (79); 31, 255 (264); 108, 52 (75).

88 BVerfGE 108, 52 (75) Hinweis auf 45, 400 (420); 58, 257 (278); 62, 169 (183); 83, 130 (145).

89 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. Mai 2006 - 1 BvR 1060/02 - Rn. 36.

D. Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung

Ein Verfassungsverstoß liegt nur vor, wenn eine verfassungskonforme Auslegung nicht in Betracht kommt. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 219a StGB ist jedoch nicht möglich. Grundsätzlich ist bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten einer Norm diejenige Variante zu wählen, die das Verdikt der Verfassungswidrigkeit vermeidet und eine Normverwerfung auf diese Weise entbehrlich macht.⁹⁰ Die Grenze ergibt sich zum einen aus dem eindeutigen Wortlaut einer Vorschrift und aus dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers und dessen Regelungsziel, das nicht durch Auslegung verfälscht werden darf.⁹¹

Die Gesetzeslage ist sowohl dem Wortlaut nach als auch den Ausführungen des Gesetzgebers zufolge eindeutig. § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB verbietet es, öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs anzubieten, anzukündigen, anzupreisen oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntzugeben. Anpreisen meint die lobende oder empfehlende Erwähnung und Beschreibung, Hervorhebung von Vorzügen, Anerkennung günstiger Wirkungen, rühmende Darstellung oder Beimessung hohen Wertes.⁹² Ankündigen meint eine konkrete Möglichkeit der Inanspruchnahme von Diensten oder Mitteln für die nähere Zukunft in Aussicht zu stellen.⁹³ Anbieten bedeutet die Erklärung, es gebe seitens des Anbietenden oder hinreichend identifizierter Dritter eine Bereitschaft, Abtreibungsdienste zugänglich zu machen.⁹⁴ Darunter fällt zweifellos auch die bloße Darstellung von Schwangerschaftsabbrüchen im Leistungsspektrum von Ärzt*innen auf dem Internetauftritt.⁹⁵

90 BVerfGE 19, 1 (5); 49, 89 (157).

91 Dreier, Grundgesetzkommentar, 3. Auflage 2013, Band I, Art. 1 Abs. 3 Rn. 85.

92 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Auflage 2017, § 219a Rn. 11-12, beck-online.

93 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, StGB § 219a Rn. 11-12, beck-online.

94 Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Auflage 2017, § 219a Rn. 11-12, beck-online.

95 So beispielsweise: LG Bayreuth, Urteil vom 13.01.2006, 2 Ns 118 Js 12007/04.

Dass diese Fälle der rein deskriptiven Darstellung von Schwangerschaftsabbrüchen im Leistungsspektrum von Ärzt*innen von § 219a StGB erfasst sein sollen, legt auch die Gesetzesbegründung nahe. Den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich die Intention des Gesetzgebers entnehmen, dass § 219a StGB die Darstellung des Schwangerschaftsabbruchs in der Öffentlichkeit als etwas Normales und dessen Kommerzialisierung verhindern soll, um so indirekt die Zahl der Aborte zu reduzieren. Gleichzeitig muss die Unterrichtung der Öffentlichkeit (durch Behörden, Ärzt*innen, Beratungsstellen) darüber, wo zulässige Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, möglich sein. § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB verbietet laut Gesetzesbegründung u.a. Ärzten, die Schwangerschaftsabbrüche gegen Entgelt durchführen, ihre Dienste in der erwähnten Art bekanntzugeben. Auch die Tätigkeit von Vermittlungsbüros oder sonstigen Organisationen, denen die Vermittlung Vermögensvorteile einbringt, fallen darunter. Nicht erfasst wird die sachliche Information durch Beratungsstellen, Behörden, gemeinnützige Einrichtungen usw., die an dieser Information weder unmittelbar noch mittelbar verdienen.

Weder der Gesetzeswortlaut noch die Gesetzesmaterialien enthalten somit Anknüpfungspunkte dafür, eine verfassungskonforme Auslegung vorzunehmen, die rein deskriptive Darstellung eines Schwangerschaftsabbruchs im Leistungszentrum von Ärzt*innen, die solche Eingriffe selber durchführen, auszunehmen. Eine solche Lesart würde der Gesetzesbegründung explizit widersprechen.