



GESELLSCHAFT
FÜR FREIHEITSRECHTE

Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB

Amicus Curiae Brief

zu den Verfahren 2 BvR 290/20 und 2 BvR 390/21
vor dem Bundesverfassungsgericht

12. April 2022

Inhaltsübersicht

A. Vorbemerkung.....	3
B. Problemaufriss und Zusammenfassung.....	4
I. Hintergrund der Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht.....	4
II. Kernergebnisse des Gutachtens.....	5
C. Rechtslage nach der Reform des § 219a StGB	7
D. Verletzung des Bestimmtheitsgebots, Art. 20 Abs. 3 und 103 Abs. 2 GG.....	10
E. Verletzung von Grundrechten von Ärzt*innen.....	13
I. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	13
II. Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG	30
III. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG.....	33
F. Verletzung von Grundrechten von Schwangeren	37
I. Patient*innen-Selbstbestimmungsrecht, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG .	38
II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.....	47
III. Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG	51
IV. Gleichheitsgrundrechte, Art. 3 GG	55
G. Keine Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung.....	61

A. Vorbemerkung

Die vorliegende Stellungnahme bezieht sich auf die Verfassungsbeschwerden der Ärztinnen Bettina Gaber und Kristina Hänel gegen ihre strafrechtliche Verurteilung nach § 219a StGB (2 BvR 290/20 und 2 BvR 390/21). Die Gesellschaft für Freiheitsrechte äußert sich zur Verfassungsmäßigkeit des § 219a StGB als *amicus curiae* und bittet um Beachtung im Verfahren.

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF) ist ein 2015 gegründeter gemeinnütziger Verein, der vornehmlich mit dem Mittel der strategischen Prozessführung die praktische Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte fördert. Kerntätigkeit ist die Durchführung, sachverständige Unterstützung und Finanzierung von gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren, die sich gegen Verletzungen der Grund- und Menschenrechte richten. Die GFF fördert Demokratie und Zivilgesellschaft, schützt vor unverhältnismäßiger Überwachung sowie digitaler Durchleuchtung und setzt sich für gleiche Rechte und die soziale Teilhabe aller Menschen ein. Aktuelle Verfahren im Arbeitsschwerpunkt Gleiche Rechte und Antidiskriminierung betreffen einen selbstbestimmten Geschlechtseintrag, die Lohngleichheit von Frauen und Männern, die Diskriminierung queerer Familien im Abstammungsrecht, die Opferentschädigung bei häuslicher Gewalt sowie den Ausschluss von Frauen durch Vereine.

Die GFF hat die Debatte um § 219a StGB unter anderem durch die Einrichtung einer Anlaufstelle für von Strafanzeigen betroffene Ärzt*innen¹ sowie die Veröffentlichung eines Rechtsgutachtens im Jahr 2018² begleitet. Die GFF äußert sich zu den vorliegenden Verfahren wegen deren zentraler Bedeutung für den Grundrechtsschutz von Frauen. § 219a StGB steht in einem Spannungsverhältnis zur freien Entscheidung über reproduktive Gesundheitsleistungen, die ihrerseits die Möglichkeit der umfassenden Information über solche Eingriffe voraussetzt. Dies betonen auch andere menschenrechtliche Institutionen immer wieder mit Nachdruck. Auch wenn der Gesetzgeber bei der Regelung des § 219a StGB stets Frauen im Sinn hatte und diese weit überwiegend betroffen sind, wirkt sich die Regelung zudem auf die Rechte von transgeschlechtlichen, intergeschlechtlichen und nicht-binären Menschen aus, die schwanger sind oder werden können.

¹ <https://freiheitsrechte.org/gff-anlaufstelle/>.

² Gesellschaft für Freiheitsrechte, [Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB](#), 27. Juni 2018.

B. Problemaufriss und Zusammenfassung

§ 219a StGB stellt das „Werben“ für einen Schwangerschaftsabbruch unter Strafe. Auf Strafanzeigen von Abtreibungsgegner*innen hin sind etliche Ärzt*innen strafrechtlich verurteilt worden, die auf ihrer Internetseite Angaben zu Schwangerschaftsabbrüchen als Teil ihres Leistungsspektrums machen.

I. Hintergrund der Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht

Die Gießener Ärztin Kristina Hänel wurde 2017 vom Amtsgericht Gießen gem. § 219a StGB zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen à 150 Euro verurteilt, weil sie auf ihrer Internetseite im Leistungsspektrum unter anderem den Begriff „Schwangerschaftsabbruch“ aufführte.³ Wer auf einen Link klickte, erhielt Informationsmaterial der Ärztin (anfangs als PDF-Dokument zum Download, später nur noch per E-Mail). 2019 wurde auch die Berliner Ärztin Bettina Gaber vom Amtsgericht Tiergarten gem. § 219a StGB zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je 100 EUR verurteilt. Sie hatte auf ihrer Internetseite „medikamentöser, narkosefreier Schwangerschaftsabbruch in geschützter Atmosphäre“ im Leistungsspektrum angegeben.⁴

Diese Verurteilungen lösten eine anhaltende gesellschaftliche Debatte über Sinnhaftigkeit und Verfassungsmäßigkeit des Straftatbestands aus. Nachdem § 219a StGB im Jahr 2019 zunächst reformiert wurde, verfolgt die aktuelle Bundesregierung ausweislich des Regierungsentwurfs vom 9. März 2022 das Ziel, § 219a StGB aufzuheben.⁵

Beide Ärztinnen haben sich zudem mit Verfassungsbeschwerden gegen ihre letztinstanzlichen Verurteilungen an das Bundesverfassungsgericht gewandt und machen dabei die Verfassungswidrigkeit von § 219a StGB und die Verletzung ihrer Grundrechte durch die Strafurteile geltend.

³ AG Gießen, Urt. v. 24.11.2017 - 507 Ds - 501 Js 15031/15; das OLG Frankfurt verwarf die Revision, OLG Frankfurt, Urt. v. 15.01.2021 - 1 Ss 15/19.

⁴ AG Tiergarten, Urt. v. 13.06.2019 - (253 Ds) 253 Js 654/18 (143/18); das KG Berlin verwarf die Revision, KG Berlin, Urt. v. 19.11.2019 - (3) 121 Ss 143/19 (80 + 81/19).

⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_219a_StGB.pdf (letzter Zugriff 31. März 2022).

II. Kernergebnisse dieses Gutachtens

Das Recht von Frauen und anderen Gebärfähigen, sich über einen straflosen Schwangerschaftsabbruch umfassend zu informieren, wird durch § 219a StGB auch in der 2019 reformierten Fassung weiterhin stark eingeschränkt, indem er es Ärzt*innen unter Androhung von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verbietet, bestimmte Informationen über die von ihnen im Rahmen des geltenden Rechts angebotenen Gesundheitsleistungen öffentlich zu machen. Das Verbot betrifft weiterhin Angaben zu Methoden, Kosten und Ablauf von Schwangerschaftsabbrüchen.

Die Regelung ist zunächst unverständlich, widersprüchlich und nicht nachvollziehbar und verstößt deshalb insofern bereits gegen das **Bestimmtheitsgebot** aus Art. 20 Abs. 3, 103 Abs. 2 GG (dazu unter D).

Dieses Verbot erweist sich zudem bei umfassender Abwägung als unverhältnismäßiger Eingriff nicht nur in die Grundrechte von Ärzt*innen, die Schwangerschaftsabbrüche anbieten, sondern auch in die unmittelbar damit verbunden Grundrechte Schwangerer.

So werden die Grundrechte von Ärzt*innen auf **freie Ausübung ihres Berufes** sowie auf Betätigung ihrer **Glaubens- und weltanschaulichen Bekenntnisfreiheit** sowie ihrer **Meinungsfreiheit** verletzt (dazu unter E).

Auf Seiten der Schwangeren verletzt das Informationsverbot des § 219a StGB – insbesondere bei Auslegung im Lichte des Menschenrechts auf Gesundheit – ihr **Recht auf informierte Entscheidung über Gesundheitsleistungen**, das sich aus der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 und Art. 1 Abs. 1 GG ableitet (Recht auf Patient*innen-Selbstbestimmung) ihr **Recht auf Entscheidungsautonomie bezüglich Schwangerschaftsabbrüchen**, das sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG ableitet, sowie ihre Informationsfreiheit und **Gleichheitsgrundrechte** (dazu unter F.).

Den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts folgend hat der Gesetzgeber mit §§ 218–219 StGB die bei einem Schwangerschaftsabbruch betroffenen Rechtsgüter – Grundrechte der Schwangeren und Schutz des ungeborenen Lebens – dergestalt in einen Ausgleich gebracht, dass der Schwangerschaftsabbruch zwar grundsätzlich strafbar ist, unter bestimmten Voraussetzungen aber straffrei bleibt.

Das Informationsverbot des § 219a StGB reicht jedoch deutlich weiter: Es stellt auch solche ärztlichen Informationen unter Strafe, die sich auf einen *straflosen* Schwangerschaftsabbruch beziehen. **Dem Schutz des ungeborenen Lebens kann ein solches Verbot allenfalls mittelbar dienen.** Es ist bereits zweifelhaft, inwiefern das nach der Reform verbleibende Verbot für Ärzt*innen, Angaben etwa zu Methoden, Kosten oder Ablauf der von ihnen angebotenen Schwangerschaftsabbrüche zu machen, überhaupt geeignet ist, sich auf den Schutz des ungeborenen Lebens auszuwirken. Dies hat Folgen für die Verhältnismäßigkeit der mit ihm verbundenen Grundrechtseingriffe. Direkt soll das Informationsverbot dagegen dem Schutz des gesellschaftlichen „Klimas“ dienen, indem es eine „Normalisierung“ von Schwangerschaftsabbrüchen verhindert. Hierbei handelt es sich allerdings nicht um ein Rechtsgut von Verfassungsrang, das geeignet ist, den Einsatz des schärfsten Schwertes des Rechtsstaats, des Strafrechts, zu rechtfertigen (dazu ausführlich unter E.I.3).

In Auslegung des **Menschenrechts auf Gesundheit** haben die Vertragsorgane zahlreicher Menschenrechtskonventionen Maßstäbe entwickelt, die bei der Auslegung der Grundrechte Schwangerer herangezogen werden müssen und insbesondere die Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen betreffen. So ist es Konsens zwischen dem UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, dem UN-Frauenrechtsausschuss und dem UN-Sonderberichterstatter für Gesundheit, dass eine Kriminalisierung des Zugangs zu Informationen über Schwangerschaftsabbrüche mit dem Recht auf reproduktive und sexuelle Gesundheit unvereinbar ist (dazu ausführlich unter F.I).

Schließlich etabliert § 219a StGB ein Sonderrecht für Frauen und andere Gebärfähige. Die mit dem Verbot für sie verbundenen Nachteile sind mit Hinblick auf ihre Gleichheitsgrundrechte nicht gerechtfertigt (dazu unter F.IV).

C. Rechtslage nach der Reform des § 219a StGB

Nach § 218 StGB ist ein Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich strafbar, auch wenn er mit Einverständnis der Schwangeren vorgenommen wird. Nach § 218a StGB entfällt jedoch unter bestimmten Voraussetzungen die Tatbestandsmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs: § 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 (SchKG) 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. 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. Nicht rechtswidrig ist er auch, wenn die Schwangerschaft auf einer Sexualstraftat beruht und vor der 13. Schwangerschaftswoche abgebrochen wird.

§ 219a StGB sanktioniert seiner amtlichen Überschrift zufolge die „Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft“. Die Vorschrift sieht in Absatz 1 vier Varianten der Tathandlung des „Werbens“ vor (Anbieten, Ankündigen, Anpreisen, Bekanntgeben entsprechender Erklärungen) und benennt zwei Gegenstände der Werbung (Nr. 1: Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs, Nr. 2: Mittel, Gegenstände, Verfahren). Die durch die Überschrift als „Werbung“ beschriebene Tathandlung ist weit zu verstehen und muss jeweils öffentlich oder in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften bzw. gleichgestellten Informationsmedien erfolgen und entweder um eines Vermögensvorteils willen oder in grob anstößiger Weise geschehen. Die Tat ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe sanktioniert.

Absatz 2 und 3 sehen Tatbestandsausnahmen vor, die bereits 1992 mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch eingeführt wurden.⁶

⁶ Art. 13 Nr. 1 Gesetz v. 27.07.1992, BGBl. I 1398, mit Wirkung v. 05.08.1992; einstweilen nicht in Kraft getreten gem. BVerfG, Beschl. v. 04.08.1992 und v. 25.01.1993 – 2 BvQ 16/92 u.a.; anwendbar ab

In Reaktion u.a. auf die Verurteilung der Beschwerdeführerinnen und die hierum entstandene Debatte wurde die Vorschrift 2019 um einen **vierten Absatz** ergänzt, der am 29. März 2019 in Kraft getreten ist.⁷ Danach ist der Straftatbestand nicht erfüllt, wenn Ärzt*innen, Krankenhäuser und Einrichtungen auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 StGB vornehmen, oder wenn sie auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch hinweisen. Außerdem bestimmen §§ 13 Abs. 3, 13a SchKG seither, dass die Bundesärztekammer eine Liste von Ärzt*innen oder Einrichtungen herausgibt, die ihr gemeldet haben, dass sie Schwangerschaftsabbrüche nach Maßgabe von § 218a StGB herausgibt. Diese Liste beinhaltet auch Angaben über die jeweils angewendeten Methoden, soweit diese mitgeteilt werden. Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung veröffentlicht diese Liste sowie weitere Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch nach Maßgabe von § 218a StGB. Schließlich muss nunmehr der zentrale Notruf Auskunft über die in der Liste enthaltenen Angaben erteilen (§ 13a Abs. 2 SchKG).

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

Seit der Reform des § 219a StGB im Jahr 2019 ist es also nicht mehr strafbar, wenn Ärzt*innen auf ihrer Internetseite **über das „Ob“ der Leistung informieren** und angeben, dass sie Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, die nach dem Beratungsmodell straflos sind. Tatbestandsmäßig bleibt es jedoch, wenn sie öffentlich **über das „Wie“ der Leistung informieren**. Strafbar ist damit weiterhin⁸ die nicht-werbende öffentliche Angabe von Informationen zu Methoden, Kosten und Ablauf der angebotenen Schwangerschaftsabbrüche.⁹

16.06.1993 nach Maßgabe der Nrn. 2 bis 9 der Entscheidungsformel gem. BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 u.a., BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II.

⁷ Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch vom 22.03.2019, BGBl. I S. 350.

⁸ Grop/Wörner zufolge sei bis zur Reform nach Auslegung im Zusammenhang mit der Überschrift von Abs. 1 nur die werbende Angabe erfasst gewesen; die sachliche Angabe sei somit erst seit dieser Reform strafbar, s. dazu Grop/Wörner in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2021, § 219a Rn. 2, 11b.

⁹ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.12.2020 – 1 Ss 96/20; KG Berlin, Urt. v. 19.11.2021 – (3) 121 Ss 143/19 (80 + 81/19); Eschelbach in: BeckOK StGB, 52. Ed. 01.02.2022, § 219a Rn. 21; Duttge in: Dölling/Duttge/Rössner, HK-GS, 5. Aufl. 2022, § 219a StGB, Rn. 12. Es ergibt sich zudem aus der

Umstritten ist, ob es strafbar ist, wenn Ärzt*innen auf die Internetseite einer in § 219a Abs. 4 StGB gelisteten Stelle hinweisen oder Auszüge der dort veröffentlichten Informationen als gekennzeichnetes Zitat wiedergeben.¹⁰ Unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung¹¹ wird dies jedoch überwiegend verneint.

Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 20.11.2019, dass sich keine Mehrheit dafür gefunden hat, Ärzt*innen die Möglichkeit einzuräumen, über Behandlungsmethoden zu informieren, BT-Drucks. 19/7965.

¹⁰ Gropp/Wörner in: MüKo, StGB, 4. Auf. 2021, § 219a Rn. 11b.

¹¹ BT-Drucks. 19/7693 S. 2, 9, 11.

D. Verletzung des Bestimmtheitsgebots, Art. 20 Abs. 3 und 103 Abs. 2 GG

Die Regelung des § 219a StGB ist derart missverständlich, unklar und widersprüchlich, dass sie das in Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnde Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Bestimmtheitsgebot verletzt. Es gebietet, grundrechtsrelevante Vorschriften in ihren Voraussetzungen und ihrem Inhalt klar, nachvollziehbar und widerspruchsfrei zu formulieren, sodass die Rechtslage für den Betroffenen erkennbar ist und er sein Verhalten danach ausrichten kann.¹² Die Anforderungen an die Normenklarheit sind dann erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert.¹³

Das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht ist in Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB gesondert normiert und regelt, dass eine Tat nur dann bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Daraus folgt die Verpflichtung, die wesentlichen Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind. Jeder Mensch soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.¹⁴ Das Grundgesetz will auf diese Weise sicherstellen, dass jedermann sein Verhalten auf die Strafrechtsslage eigenverantwortlich einrichten kann und keine unvorhersehbaren staatlichen Reaktionen befürchten muss.¹⁵

Diesen Anforderungen wird § 219a StGB nicht gerecht. Nach Absatz 1 werden vier verschiedene Tathandlungen unter Strafe gestellt: öffentliches Anbieten, Ankündigen, Anpreisen oder Bekanntgeben von Erklärungen entsprechenden Inhalts. Die bekannten Strafverfahren gegen Ärztinnen betrafen die Tathandlung des „Anbietens“. Absatz 4 sieht eine Ausnahme von der Strafbarkeit nach Absatz 1 vor, wenn Ärzt*innen, Krankenhäuser oder Einrichtungen auf die Tatsache „hinweisen“, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 vornehmen (Nr. 1) oder wenn sie auf Informationen bestimmter Stellen

¹² BVerfGE 21, 73 (79); 31, 255 (264); 108, 52 (75).

¹³ BVerfGE 108, 52 (75) Hinweis auf 45, 400 (420); 58, 257 (278); 62, 169 (183); 83, 130 (145).

¹⁴ BVerfGE 126, 170 (194 f.); 75, 329 (340 f.).

¹⁵ Heintschel-Heinegg in: BeckOK StGB, 52. Ed. 1.2.2022, StGB § 1, Rn. 11.

hinweisen, nämlich der zuständigen Bundes- oder Landesbehörden, Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer (Nr. 2).

Es ist nur schwer erkennbar, wie sich das nach Absatz 4 Nr. 1 straflose „Hinweisen“ auf die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1–3 StGB zu der Strafbarkeit der Handlungsalternative des öffentlichen „Anbietens“ von Diensten in Absatz 1 verhält.¹⁶ Denkbar wäre, dass mit der Einführung des Absatzes 4 nur noch der Hinweis auf nicht nach § 218a Abs. 1–3 StGB straflose Abbrüche als „Anbieten“ strafbar bleibt. Die unterschiedliche Wortwahl lässt jedoch einen Unterschied vermuten, wodurch unklar bleibt, wann das „Hinweisen“ auf die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen i.S.d. § 218a Abs. 1–3 StGB nach Absatz 4 die Schwelle zum „Anbieten“ eigener Dienste i.S.d. Absatzes 1 überschreitet.¹⁷ Damit ist unklar, wann die Strafbarkeit einsetzt; dies ist mit dem Bestimmtheitsgebot unvereinbar.

Hinzu kommen weitere Unklarheiten und Wertungswidersprüche. So ist weiterhin aufgrund des Wortlauts des Absatzes 4 unklar, ob er sich auf alle Handlungsalternativen des Absatzes 1 bezieht, ob also etwa auch das grob anstößige Anpreisen vom Tatbestand ausgenommen werden soll. Nach dem Wortlaut der Norm wäre es tatbestandslos, wenn eine Ärztin grob anstößig eigene Schwangerschaftsabbrüche anpreist, solange sie dabei ebenfalls auf Informationen der benannten Stellen hinweist. Darin besteht ein eindeutiger Widerspruch.¹⁸ Gesetzgeberische Intention mag es gewesen sein, die Tatbestandsausnahme auf Fälle zu beschränken, in denen „nur“ ein Hinweis nach Absatz 4 erfolgt – dem Wortlaut der Norm ist das jedoch nicht zu entnehmen.

Ein eklatanter Wertungswiderspruch ergibt sich auch daraus, dass nicht an den Inhalt der Information angeknüpft wird: Wenn Ärzt*innen auf die Informationen der Ärztekammer zu Schwangerschaftsabbrüchen hinweisen, bleiben sie straflos, wenn sie die Informationen dagegen

¹⁶ Zu den Unklarheiten siehe Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 219a Rn. 21ff.

¹⁷ Weitergehend Frommel, Eine rätselhafte Neuregelung: Der Kabinettsentwurf zum Schwangerschaftsabbruch, jM 2019, S. 165 (166 f.); vgl. dazu auch KG, Beschl. v. 19.11.2019 – (3) 121 Ss 143/19 (80 + 81/19).

¹⁸ Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 219a, Rn. 21; siehe auch Fischer, Neues aus der Unterwelt, Spiegel Panorama, 12.04.2019, <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/kriminalitaet-neues-aus-der-unterwelt-kolumne-von-thomas-fischer-a-1262445.html> (letzter Zugriff 31. März 2022).

kopieren und in identischer Form auf ihrer eigenen Website bereitstellen, machen sie sich strafbar.¹⁹

Diese Gesetzeslage ist missverständlich, unklar und widersprüchlich und führt dazu, dass für Ärzt*innen nicht zweifelsfrei erkennbar ist, welches Handeln unter den Anwendungsbereich der Strafnorm fällt. Damit verletzt sie das Bestimmtheitsgebot.

¹⁹ Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 219a, Rn. 23; vgl. Hoven, [Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung \(BR-Drs. 71/19\) und Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD \(BT-Drs. 19/7693\) zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch](#), S. 4 f.; Busch, [Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch](#), 16.02.2019, S. 3.

E. Verletzung von Grundrechten von Ärzt*innen

§ 219a StGB ist zudem verfassungswidrig, da auch die reformierte Vorschrift weiterhin verschiedene Grundrechte von Ärzt*innen verletzt.

I. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

§ 219a StGB verstößt gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit von Ärzt*innen, die Schwangerschaftsabbrüche in ihren Praxen durchführen.

1. Schutzbereich

Das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG 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.²⁰ Dass dies auch die ärztliche Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzt*innen umfasst, hat das Bundesverfassungsgericht bereits bestätigt.²¹ 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 (§ 219a Abs. 1 StGB), unter den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit fallen, und zwar unabhängig davon, ob sie der Ausnahme des Absatz 4 unterfallen.²² Denn diese Tätigkeiten stehen in einem inhaltlichen Zusammenhang 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

²⁰ BVerfGE 101, 331 (346 f.); Hinweis auf 75, 284 (292); 54, 301 (313).

²¹ BVerfG, Urt. v. 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96, Rn. 151 f.

²² Statt vieler Gropp/Wörner, MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 219a Rn 2.

Schwangerschaftsabbruch zeitlich vorgelagert und implizieren, dass ein solcher medizinischer Eingriff in der Zukunft vorgenommen werden könnte.

2. Eingriff

Staatliche Maßnahmen, die geschäftliche oder berufliche Werbung beschränken, sind Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung.²³

§ 219a Abs. 4 StGB erlaubt Ärzt*innen seit der Reform 2019 zwar die Information über das „Ob“ der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen in ihrer Praxis („auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 vornehmen“, Nr. 1) sowie den Hinweis „auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch“ (Nr. 2). Indem § 219a StGB jedoch für Ärzt*innen sämtliche weiterführende Angaben zu angebotenen Schwangerschaftsabbrüchen unter Strafe stellt, insbesondere solche zum „Wie“ des Angebots, etwa zu den angewandten Methoden und ihren Vor- und Nachteilen, dem Ablauf eines Schwangerschaftsabbruchs oder den Kosten, greift die Norm in ihre Berufsfreiheit ein.

3. 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 gesetzlichen 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 im Grundsatz 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

²³ BVerfGE 94, 372 (389); Hinweis auf BVerfGE 85, 248 (256).

Gemeinwohls begründen können und darf seine Rechtsetzungsmacht nicht zu sachfremden Zwecken missbrauchen.²⁴

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 eingesetzten Mittel gegeneinander abgewogen werden.²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷ Dies gilt umso mehr, wenn die Berufsausübung mit den Mitteln des Strafrechts eingeschränkt wird. Das Strafrecht muss sich darauf beschränken, „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“, „die Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens“ zu schützen.²⁸

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.

a) Legitimer Zweck

Der Gesetzesbegründung von 1974 zufolge soll die Vorschrift „verhindern, daß der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“.²⁹ Die unmittelbare Zielbestimmung ist danach ausschließlich in der gesellschaftlichen „Klimapflege“ zu suchen, also einem Kollektivrechtsgut.³⁰ Der Lebensschutz war nur

²⁴ BVerfGE 30, 292 (316); Hinweis auf BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 23, 50 (56).

²⁵ BVerfGE 30, 292 (315); 38, 61 (86); 30, 292 (305).

²⁶ BVerfGE 11, 30 (42 f.).

²⁷ BVerfGE 30, 351; 16, 167; 17, 242 (276); BVerfGE 61, 311; 77, 106.

²⁸ BVerfGE 27, 18 (29); 39, 1 (46); 45, 187 (253), 88, 203 (257).

²⁹ BT-Drucks. 7/1981 (neu), S. 17.

³⁰ So auch Gropp/Wörner in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2021, § 219a Rn. 2; zu § 219 a.F. Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 2.

indirektes Ziel. Zwar ist auch die „Klimaschutz“ ein legitimes gesetzgeberisches Ziel, ihm kommt im Vergleich zum Lebensschutz jedoch ein geringeres Gewicht zu.³¹

Die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 219a Abs. 4 StGB hingegen führt explizit das ungeborene Leben als Schutzgut der Regelung an. So soll die Neuregelung zwar Informationslage und Rechtssicherheit verbessern, das Werbeverbot jedoch „erhalten bleiben, um das Rechtsgut des ungeborenen Lebens zu schützen“.³²

Beide Zwecke sind als gewichtige Gemeinwohlbelange legitim.³³

b) Geeignetheit

Es bestehen aber erhebliche Zweifel, ob das in § 219a StGB normierte Werbeverbot auch geeignet ist, diese Zwecke zumindest zu fördern. Zwar ist für das Merkmal der Geeignetheit einer gesetzlichen Regelung nicht entscheidend, ob der gewünschte Erfolg tatsächlich eintritt.³⁴ Das Mittel darf aber nicht schlechterdings ungeeignet sein, den Zweck zu fördern.

Die Geeignetheit des Informations- und Werbeverbots in § 219a StGB zur Erreichung beider Zwecke ist jedoch sehr grundsätzlich in Frage zu stellen, weil eine Fülle anderer Informationsquellen den Zugang zu – freilich nicht immer sachlichen oder zutreffenden – Informationen prägt (dazu unter (1)). Außerdem steht der Zweckförderlichkeit hinsichtlich des Lebensschutzes entgegen, dass die Regelung in § 219a StGB diesen Zweck in keiner Weise plausibel fördert und weder historisch diesem Zweck zu dienen bestimmt war noch innerhalb der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etablierten Beratungs- und Fristenlösung hierzu benannt wird (dazu unter (2)).

³¹ Merkel, [Stellungnahme für die Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 18.02.2019 zu dem Thema „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“](#), S. 3.

³² BT-Drucks. 19/7693, S. 1.

³³ Vgl. BVerfGE 39, 1 (42 f.); 88, 203 (251, 309f.). Vereinzelt geblieben ist hingegen die Auffassung, § 219a StGB diene seit der Entscheidung des BVerfG von 1998 einzig der Entscheidungsfreiheit der Schwangeren, die nicht durch unangemessene Werbung einiger Abtreibungsärzte zu einer vorschnellen Entscheidung motiviert werden soll; siehe Frommel, Verbot des öffentlichen „Anbietens“ zum Schwangerschaftsabbruch, ZRP 2019, 1.

³⁴ BVerfGE 81, 156 (192), Hinweis auf BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (175).

(1) Zum Schutz des „gesellschaftlichen Klimas“ nicht geeignet

Das in § 219a StGB normierte Informationsverbot ist zur Erreichung beider Zwecke schon deshalb ungeeignet, weil der gesellschaftliche Diskurs zu Schwangerschaftsabbrüchen hierdurch kaum beeinflusst werden kann. Aufgrund der im digitalen Zeitalter bestehenden Vielfalt an Informationsquellen lassen sich Informationen über den medizinischen Abtreibungsvorgang keineswegs nur von Ärzt*innen erlangen. Dies gilt umso mehr seit der Neufassung des § 219a StGB im Jahr 2019. Seither findet sich auf der Internetseite der Bundesärztekammer eine Liste mit Ärzt*innen und Einrichtungen, die Schwangerschaftsabbrüche anbieten – freilich unvollständig, weil dort nur diejenigen Ärzt*innen und Stellen gelistet sind, die sich gemeldet haben, und diese dabei nur teilweise Angaben zu Methoden gemacht haben.³⁵ Nicht-gewinnorientierte Beratungsstellen und die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) stellen zudem detaillierte Informationen über den chirurgischen und medikamentösen Schwangerschaftsabbruch im Internet zur Verfügung. Zudem finden sich in Internetforen sowie in journalistischen Beiträgen aus dem In- und Ausland Informationen zu Schwangerschaftsabbrüchen, darunter auch von Abtreibungsgegner*innen oder Personen, die einen Abbruch durchgeführt haben und ihre Erfahrungsberichte teilen.

Personen, die über eine potentielle Abtreibung nachdenken, haben also Möglichkeiten, anders als durch die Beratung nach § 219 StGB an Informationen über Schwangerschaftsabbrüche zu gelangen. Zugleich erfasst das auch nach der Reform verbleibende Verbot keineswegs nur die in der amtlichen Überschrift der Norm genannte „Werbung“ (dazu bereits oben unter C.) sondern auch rein sachliche Informationen über die in einer Praxis eingesetzten Methoden des Schwangerschaftsabbruchs und deren Vor- und Nachteile.

Vor dem Hintergrund der Vielzahl an verfügbaren, auch unsachlichen Informationen über Schwangerschaftsabbrüche ist auch in Ansehung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers höchst zweifelhaft, ob die erschwerte Möglichkeit für Ärzt*innen, über Methoden und Hintergründe von Schwangerschaftsabbrüchen zu informieren, die öffentliche Meinung und

³⁵ Auf der Liste finden sich 365 Einträge, Stand: 31. März 2021. Tatsächlich verzeichnet das Statistische Bundesamt jedoch 2021 noch 1.110 Ärzt*innen und Einrichtungen, die Schwangerschaftsabbrüche melden, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabelle/meldestellen-2021.html>.

gesellschaftliche Akzeptanz von Schwangerschaftsabbrüchen mitbestimmt. Ein Informationsverbot für gewinnorientiert handelnde Akteure – einschließlich Ärzt*innen, die den medizinischen Eingriff durchführen – ist damit spätestens in Zeiten des Internets nicht mehr zweckförderlich, um einer „Normalisierung“ bzw. „Kommerzialisierung“ von Schwangerschaftsabbrüchen durch mangelnde Verfügbarkeit entsprechender Informationen entgegenzuwirken. § 219a StGB verändert nicht eine gesellschaftliche Grundhaltung zu Schwangerschaftsabbrüchen, sondern hat lediglich zur Folge, dass Schwangere keine verlässlichen Angaben auf Internetseiten ärztlicher Praxen finden und sich anderer (evtl. weniger verlässlicher und möglicherweise veralteter, oft auch gerade nicht sachlich gehaltener) Informationsquellen bedienen.

Darüber hinaus ist bereits die gesetzgeberische Annahme fragwürdig, das bloße Bereitstellen von Informationen über einen medizinischen Vorgang habe seine Normalisierung und Akzeptanz zur Folge. Die Wirkung eines Informationstextes hängt von seinem Gehalt und seinem Stil wie auch in erheblichem Maße von seinen Empfänger*innen ab. Diese mögen einen faktengetreu beschriebenen medizinischen Vorgang wie den Schwangerschaftsabbruch durchaus als gravierend (evtl. sogar abschreckend) wahrnehmen. Zweckgerichtet ist vor diesem Hintergrund also nur das Verbot, einen Schwangerschaftsabbruch im Hinblick auf das ungeborene Leben zu verharmlosen, die medizinischen Risiken zu negieren oder in anstößiger Weise für ihn zu werben. § 219a StGB sanktioniert demgegenüber schon, wenn Ärzt*innen den medizinischen Abtreibungsvorgang in ihrem Leistungsspektrum rein deskriptiv darstellen. Dass das Verbot solcher sachlich gehaltener Informationen geeignet sein soll, die „Normalisierung“ und „Kommerzialisierung“ von Schwangerschaftsabbrüchen zu verhindern, überzeugt nicht.

(2) Zum Schutz des ungeborenen Lebens nicht geeignet

Auch zum Schutz des ungeborenen Lebens ist § 219a StGB ungeeignet. Auch oder gerade in der Neuregelung des § 219a StGB handelt es sich beim Schutz des ungeborenen Lebens allenfalls um ein mittelbares Ziel.³⁶ Zwar ist der Gesetzgeber grundsätzlich frei darin, die Ziele seiner Gesetze zu bestimmen. Eingeschränkt wird diese Auswahl aber durch das Erfordernis der

³⁶ So wohl auch Grop/Wörner in: MüKo, StGB, 4. Aufl. 2021, § 219a Rn. 2, Duttge in: Dölling/Duttge/Rössner, HK-GS, 5. Aufl. 2022, § 219a StGB, Rn. 1; Eschelbach in: BeckOK StGB, 52. Ed. 2022, § 219a Rn. 1. Unzutreffend insofern LG Bayreuth, Urt. v. 13.01.2006 – 2 Ns 118 Js 12007/04.

Geeignetheit: Dieses Erfordernis zwingt die Gesetzgebung dazu, Ziele zu bestimmen, die durch seine Gesetze überhaupt tatsächlich gefördert werden können. Es verhindert, dass er einer beliebigen gesetzlichen Regelung hohe Ziele von Verfassungsrang zuordnet, die realistischerweise weder erreicht noch gefördert werden können.

Bereits diesem Standard hält § 219a StGB hinsichtlich des Schutzes des ungeborenen Lebens nicht Stand. Denn soweit § 219a StGB darauf abzielen soll, Schwangere im Sinne des Schutzes des ungeborenen Lebens davon abzuhalten, abzutreiben, ist es schlicht nicht plausibel, inwiefern zwar die Angabe über das „Ob“ des Angebots von Schwangerschaftsabbrüchen vor dem Hintergrund dieses Zieles zulässig ist, aber das Fehlen wesentlicher Angaben zu Methoden, Kosten und dem Ablauf eines Abbruchs Schwangere sodann umstimmen, überzeugen oder sonst (anders als durch Unwissen) vom Abbruch abhalten soll.

Gegen die Geeignetheit von § 219a StGB spricht denn auch, dass er historisch nicht dem Lebensschutz diene und auch nicht Teil des Schutzkonzeptes des Bundesverfassungsrechts ist (dazu unter (i)). § 219a StGB kann aber auch nicht deshalb als zum Lebensschutz geeignet gelten, weil er darauf abzielt, Schwangere durch Unwissen von einem Abbruch abzuhalten. Denn diese würde der aus der Menschenwürde und weiteren Grundrechten abgeleiteten Entscheidungsfreiheit Schwangerer widersprechen (dazu unter (ii)).

(i) § 219a StGB dient weder historisch noch systematisch dem Schutz des ungeborenen Lebens

Gegen die Geeignetheit spricht denn auch die Historie der Norm, die den Lebensschutz immer nur als mittelbares „Fernziel“ der Norm benannte. Erst die Gesetzesbegründung der Reform des § 219a hat das indirekte Ziel der ursprünglichen Regelung zum Hauptziel erklärt. Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beratungs- und Fristenlösung zeigt, dass § 219a StGB diesem Zweck nie zu dienen bestimmt war. § 219a StGB ist kein essentieller Bestandteil des gesetzgeberischen Konzepts zum Lebensschutz; die Regelung steht diesem Konzept vielmehr entgegen.

Die Vorschrift des § 219a StGB geht in weiten Teilen auf Regelungen von 1933 zurück³⁷, die 1974 durch das 5. Gesetz zur Reform des Strafrechts nicht hinterfragt wurden. Sie wurden im Rahmen dieser Reform neugefasst und mit einem neuen Zweck (dem „Klimaschutz“) unterlegt³⁸, aber inhaltlich weitgehend übernommen³⁹, und sind seitdem bis zur Reform im März 2019 inhaltlich unverändert geblieben.⁴⁰ Das Informationsverbot des § 219a StGB ist insofern ein Überbleibsel eines gänzlich anderen Regelungskonzepts.

So wurde 1933, nachdem die Sozialdemokraten 1926 eine Lockerung erreicht hatten, wieder ein absolutes Verbot von Schwangerschaftsabbrüchen eingeführt und dieses erstmalig mit dem im heutigen § 219a StGB fortbestehenden Verbot flankiert, diese Dienste „anzubieten“.⁴¹ Dieses strenge Regime fügte sich in die NS-Ideologie ein, nach welcher Mutterschaft nicht private Entscheidung und Angelegenheit, sondern die gesellschaftliche Pflicht jeder Frau war, um so den Fortbestand des Volkes zu sichern.

Das Verbot des öffentlichen Anbietens von Schwangerschaftsabbrüchen im heutigen § 219a StGB entstammt damit historisch einem Kontext, in welchem das Verbot von Schwangerschaftsabbrüchen absolut galt und aus ideologischen Gründen mit besonderer Schärfe durchgesetzt wurde. Es ist nicht auf das derzeit geltende Konzept der Beratungspflicht als prozeduraler Lösung für Schwangerschaftsabbrüche zurückzuführen, das in Folge der beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht aus den Jahren 1975⁴² und 1993⁴³ durch den Gesetzgeber in §§ 218a Abs. 1, 219 StGB und §§ 9-11 SchKG umgesetzt wurde.

³⁷ Siehe Einführung der §§ 219, 220 StGB durch das Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933, RGBl. 1933, S. 296.

³⁸ BT-Drucks. 7/1981 (neu), S. 17

³⁹ BT-Drucks. 7/1981 (neu), S. 17; es wurde hinzugefügt, dass sich strafbar mache, wer „seines Vermögensvorteils wegen“ die Tathandlung ausführt.

⁴⁰ Bis auf eine zeitweise Umnummerierung in § 219b StGB vom 18.05.1976 (BGBl. I, S. 1213 (1215)) bis 27.07.1992 (BGBl. I, S. 1398 (1403)).

⁴¹ Vgl. RGBl. I 1926, S. 239 zur geltenden Regelung seit 1926, während der Zeit der Nationalsozialisten kam es zu Verschärfungen und Scheinliberalisierungen in Bezug auf „unwertes Leben“ im Sinne der NS-Doktrin, Von Behren, Kurze Geschichte des Paragrafen 218 Strafgesetzbuch, APUZ 20/2019, <https://www.bpb.de/apuz/290795/kurze-geschichte-des-paragrafen-218-strafgesetzbuch> (zuletzt abgerufen am 18. Juni 2020). Siehe zudem Frommel, Eine rätselhafte Neuregelung: Der Kabinettsentwurf zum Schwangerschaftsabbruch, jM 2019, S. 165 (168).

⁴² BVerfGE 39, 1.

⁴³ BVerfGE 88, 203.

Insofern ist es konsequent, dass die Regelung des § 219a StGB in den beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch gerade nicht unter den „für das vorliegende Verfahren wesentlichen Vorschriften“⁴⁴ bzw. unter den Vorschriften, die „in diesem Verfahren von Interesse sind“⁴⁵ aufgeführt wird; auch ihr Inhalt wird nicht erwähnt. § 219a StGB dient also auch bei systematischer Auslegung nicht dem Lebensschutz.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch stattdessen 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.⁴⁶ Hierzu zählt, dass der Schwangerschaftsabbruch für die gesamte Zeit der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen und dementsprechend rechtlich verboten ist.⁴⁷

Diese sich aus der Schutzpflicht des Staates gegenüber dem ungeborenen Leben ergebenden Anforderungen wären nicht verletzt, wenn der Gesetzgeber sachliche Information durch Ärzt*innen über Schwangerschaftsabbrüche, die nach dem Regelungskonzept straffrei bleiben,

⁴⁴ BVerfGE 39, 1 (4 ff.).

⁴⁵ BVerfGE 88, 203 (226 ff.).

⁴⁶ BVerfGE 88, 203 (261 f.).

⁴⁷ 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).

vollumfänglich zulassen würde.⁴⁸ Schwangerschaftsabbrüche wären auch ohne ein 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.

(ii) Schwangere durch Unwissen von Schwangerschaftsabbrüchen abzuhalten, widerspricht dem Schutzkonzept des Bundesverfassungsgerichts

§ 219a StGB kann auch nicht insofern als geeignet gelten, dem Schutz ungeborenen Lebens zu dienen, weil er Schwangere durch Unwissen von Abtreibungen abhalten mag. Die Begründung des Informationsverbots mit dem Lebensschutz, den der Gesetzgeber mit der Reform 2019 in den Vordergrund gestellt hat, beruht bereits auf der – stereotypisierenden (dazu F.IV.) – Fehlannahme, die Verfügbarkeit solcher Informationen würde Frauen zu unbedachten Entscheidungen verleiten und damit den Zweck der Beratung konterkarieren, bzw. das Zurückhalten von Informationen würde Schwangere von einer Entscheidung für einen Abbruch abhalten.

Schwangere durch Unkenntnis darüber, wie Abbrüche funktionieren bzw. darüber, welche Ärzt*innen welche Methoden anbieten, von Abbrüchen abhalten zu wollen, würde bedeuten, ihnen aufgrund der Unkenntnis über diese Aspekte eine selbstbestimmte Entscheidung über einen Abbruch unmöglich zu machen. Eine dies bezweckende Regelung ist nicht nur ungeeignet, dem Lebensschutz zu dienen, sie ist unvereinbar mit dem Patient*innen-Selbstbestimmungsrecht und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Schwangeren aus Art. 2 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG (dazu noch unter F.I. und F.II.). Zudem stünde sie in dieser Hinsicht gerade im Widerspruch zu dem Konzept der lebensschützenden Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch.

Der Schutz des ungeborenen Lebens soll nach dem Willen des Gesetzgebers und im Einklang mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durch ergebnisoffene Beratungen erreicht werden, die nach § 219 Abs. 1 StGB von dem Bemühen geleitet sind, die schwangere Person durch das Aufzeigen von Hilfsangeboten und Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zur

⁴⁸ So auch der Regierungsentwurf zur Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) vom 09.03.2022, S. 1, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_219a_StGB.pdf (letzter Zugriff 31. März 2022); anders aber OLG Hamm Beschl. v. 21.10.2021 – 4 RVs 102/21, Rn. 6; Kubiciel, Reform des Schwangerschaftsabbruchrechts, ZRP 2018, 13.

Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen, ihr die Entscheidung darüber aber selbst zu überlassen. Das Bundesverfassungsgericht hat 1998 in seiner Entscheidung zum bayerischen Schwangerenilfeergänzungsgesetz betont, dass dieses Konzept auf der Einsicht beruht, dass der Schutz des ungeborenen Lebens nur im Zusammenwirken mit der schwangeren Person und unter Einbindung anderer Berufsgruppen (insbesondere auch Ärzt*innen) erreicht werden kann.⁴⁹ Daher soll bereits nach dem Wortlaut des § 219 Abs. 1 StGB eine „verantwortliche“ und „gewissenhafte“ Entscheidung der schwangeren Person ermöglicht werden.

Diesem Konzept steht aber das Verbot ärztlicher Informationen über den Schwangerschaftsabbruch in § 219a StGB diametral entgegen. Es ist gerade nicht geeignet, Schwangeren eine verantwortliche Entscheidung unter Einbeziehung aller Informationen zu ermöglichen, sondern zielt darauf ab, ihnen Informationen vorzuenthalten, selbst wenn diese von Ärzt*innen stammen, die straffreie Schwangerschaftsabbrüche durchführen, und sie sachlich gehalten und zutreffend sind.

Ob eine Abtreibung zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich vorgenommen wird, hängt von der Entscheidung der Schwangeren ab. Diese autonome Entscheidung tritt maßgeblich zwischen ein Informationsangebot und eine mögliche Gefährdung des ungeborenen Lebens. So betonte auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, dass keine unmittelbare Verbindung zwischen der Information schwangerer Frauen über Abtreibungsmöglichkeiten im Ausland durch irische Organisationen und dem Rechtsgut des ungeborenen Lebens bestehe.⁵⁰

Die Regelung des § 219a StGB ist damit zum Schutz des Rechtsguts des ungeborenen Lebens ungeeignet.

c) Erforderlichkeit

Das Informationsverbot des § 219a StGB ist auch nicht erforderlich, um den Regelungszweck zu erreichen. Dem Gesetzgeber stehen mildere, gleich geeignete Mittel zur Verfügung. Wie gesehen, hat das Bundesverfassungsgericht das Informationsverbot des § 219a StGB auch nicht

⁴⁹ BVerfGE 98, 265 (304).

⁵⁰ EGMR Urt. v. 29.10.1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Nr. 14234/88, Rn. 75.

in die verfassungsrechtlich gebotene Strafbewehrung des Schwangerschaftsabbruchs einbezogen.⁵¹

Strafnormen stellen mit den vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten von Geld- und Freiheitsstrafen die *ultima ratio* der gesetzgeberischen Handlungsformen zur Regelung von gesellschaftlichem Leben dar.⁵² Aufgabe des Strafrechts ist es, „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“ zu schützen und „die Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens“ zu sichern.⁵³ Insofern ist das Strafrecht auf solches Verhalten zu beschränken, das „über das Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“.⁵⁴

Aufgrund des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialemischen Unwerturteils ist dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zuzumessen.⁵⁵ Eine strafrechtliche Norm ist nur dann erforderlich, wenn sie unabdingbar ist, also etwa eine verwaltungsrechtliche Kontrolle, eine zivilrechtliche Haftung oder Ordnungswidrigkeitentatbestände zur Durchsetzung der Verhaltensgebote nicht genügen würden.⁵⁶ Der Gesetzgeber hat grundsätzlich auf gleich wirksame, aber weniger grundrechtsverkürzende Mittel zurückzugreifen.⁵⁷

Insbesondere mit Hinblick darauf, dass die Bundesärztekammer auf ihrer Liste weitergehende Informationen veröffentlichen darf als Ärzt*innen, ist bereits fraglich, worin das strafwürdige Unrecht liegt, das das Verbot der Verbreitung sachlicher Informationen durch Ärzt*innen in § 219a StGB rechtfertigt.

Was werbende, anpreisende oder irreführende Inhalte betrifft, ist das Verbot ebenfalls nicht erforderlich. Denn Ärzt*innen unterlägen, selbst wenn § 219a StGB gestrichen würde, auch weiterhin den ärztlichen Berufsregeln, die ein eingeschränktes Werberecht und berufsrechtliche

⁵¹ BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

⁵² Zum Einsatz strafrechtlicher Regeln als *ultima ratio* im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs: BVerfGE 39 (1); 88, 203.

⁵³ BVerfGE 27, 18 (29); 39, 1 (46); 45, 187 (253), 88, 203 (257).

⁵⁴ BVerfGE 88, 203 (258); 120, 224 (240).

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 120, 224 (240); 90, 145 (172); 92, 277 (326); 96, 10 (25).

⁵⁶ Vgl. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 (976 ff.).

⁵⁷ Eisele in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB vor § 13 Rn. 10a.

Sanktionierungsmöglichkeiten vorsehen.⁵⁸ Gemäß § 27 der Musterberufsordnung 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 Sanktionierungsregime des Strafgesetzbuches zurückzugreifen.

Möglich wäre auch – wie dies der aktuelle Regierungsentwurf der Bundesregierung vorsieht – durch eine Änderung des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) sicherzustellen, dass keine irreführende oder anstößige Werbung für Schwangerschaftsabbrüche betrieben wird.⁵⁹ § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG verbietet bestimmte Werbung für Mittel, Verfahren, Behandlungen und Gegenstände, soweit sich die Werbeaussage auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden beim Menschen bezieht. Medizinisch nicht indizierte Schwangerschaftsabbrüche sind davon bislang aufgrund eines fehlenden Krankheitsbezuges nicht erfasst. Durch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auch auf nicht-indizierte Schwangerschaftsabbrüche könnte sichergestellt werden, dass irreführende Werbung für diese verboten ist.⁶⁰

Denkbar wäre auch, dass der Gesetzgeber die Regelung im Strafgesetzbuch darauf beschränkt, das aktive Werben im Sinne eines Anpreisens und das Verbreiten unzutreffender Informationen zu Schwangerschaftsabbrüchen 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 ein Bußgeld beizubehalten. Dies entspräche auch der Regelungssystematik in anderen Bereichen

⁵⁸ Vgl. § 27 der Muster-Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – in der Fassung des Beschlusses des 124. Deutschen Ärztetages 2021 in Berlin, Link: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Recht/ Bek_BAEK_MBO-AE_Online_final.pdf (letzter Zugriff: 31. März 2022); beispielhaft für berufsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen Berufspflichten sieht § 76 Abs. 1 des Berliner Heilberufekammergesetzes folgende Sanktionsmöglichkeiten vor: Verweise, Geldbuße bis zu 100.000 Euro, Weisung, an einer bestimmten Maßnahme oder Fortbildung teilzunehmen, Entziehung des aktiven und passiven Kammerwahlrechts, Feststellung der Unwürdigkeit zur Ausübung des Heilberufs.

⁵⁹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) vom 09.03.2022.

⁶⁰ Die Bundesärztekammer weist darauf, dass dabei sichergestellt werden solle, dass auch Angaben zu Atmosphäre oder Behandlungsphilosophie erfolgen dürfen, siehe Stellungnahme des Bundesärztekammer zum Referentenentwurf vom 16.02.2022, S. 3.

unerlaubter Werbung, wie beispielsweise für Alkohol und Tabakerzeugnisse (vgl. § 35 Abs. 2 Nr. 9 iVm § 20 TabakerzG).⁶¹ 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.

d) Angemessenheit

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.

Auch an die Angemessenheit einer strafrechtlichen Norm stellt das *Ultima-ratio*-Gebot besondere Anforderungen. Selbst wenn nicht hinreichend sicher feststeht, ob andere Mittel gleich geeignet sind, und die strafrechtliche Regelung zumindest geringfügig geeigneter scheint, das Regelungsziel zu erreichen, so zwingt das *Ultima-ratio*-Gebot dennoch zu einer sorgfältigen Prüfung, ob nicht auf den Einsatz des Strafrechts zugunsten alternativer Regelungsmöglichkeiten verzichtet werden kann.⁶² Im Cannabis-Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht zudem klargestellt, dass auch bei der Verfolgung wichtiger Gemeinschaftsbelange⁶³ deren Gefährdung in bestimmten Fällen ein so geringes Maß erreichen könne, dass eine Bestrafung mit Blick auf die Freiheitsrechte des Betroffenen und unter Berücksichtigung der individuellen Schuld des Täters und darauf abhebender spezialpräventiver kriminalpolitischer Ziele eine übermäßige und deshalb verfassungswidrige Sanktion darstellt.⁶⁴

(1) Zum Schutz des gesellschaftlichen Klimas unangemessen

Das Informationsverbot des § 219a StGB erweist sich vor diesem Hintergrund bei einer Abwägung der Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit hinsichtlich des Zweckes des „Klimaschutzes“ auch nach der Reform von 2019 als unangemessen.

⁶¹ Vgl. dazu die Stellungnahme des Kriminalpolitische Kreises zu § 219a StGB, <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2017/12/stellungnahme-219a-stgb-krimk.pdf>, 2017 (letzter Zugriff: 31. März 2022), 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 Urt. v. 04.10.1991, Rs. C-159/90 – *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan*.

⁶² Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, S. 629.

⁶³ BVerfGE 90, 145 (184).

⁶⁴ BVerfGE 90, 145 (185).

In der Kommentarliteratur wird teilweise von einem „Klimaschutz“ im Sinne der Verhinderung eines befürchteten kollektiven Wahrnehmungsverlustes gegenüber der ethischen Herausforderung von Schwangerschaftsabbrüchen gesprochen.⁶⁵ Dies 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. Der „Klimaschutz“, also die gesellschaftliche Grundeinstellung zu dem Thema Schwangerschaftsabbruch, ist zwar – wie gesehen – ein legitimer Gemeinwohlbelang, aber kein Gut von Verfassungsrang. Denn Güter von Verfassungsrang sind nur solche, deren Schutz im Grundgesetz selbst bestimmt ist. Der Schutz der öffentlichen Wahrnehmungen ethischer Risiken eines bestimmten (straffreien) Verhaltens ist dort nicht vorgesehen.

Dieses Rechtsgut kann den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, der aus mehreren Gründen erheblich ist, nicht überwiegen.⁶⁶

Der Eingriff wiegt schon deshalb schwer, weil es sich um eine **mit Strafe bewehrte Regelung** handelt, die zudem einen nicht unerheblichen Strafraum von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe eröffnet.⁶⁷ Jede strafgerichtliche Verurteilung enthält ein sozialetisches Unwerturteil, das den in der Menschenwürde wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch der verurteilten Person berührt.⁶⁸ Zwar ist die Regelung des § 219a StGB seit ihrer Änderung im Jahr 2019 im Ergebnis deutlich differenzierter als die Vorgängerregelung. Ärzt*innen dürfen schließlich nunmehr auf das „Ob“ des Angebots von Schwangerschaftsabbrüchen hinweisen. Weiter ist es straflos, wenn sie auf weitergehende Informationen an entscheidender Stelle verlinken oder – so jedenfalls die überwiegende Auffassung – dort veröffentlichte Informationen als Zitat kennzeichnen.

Der Eingriff in die Berufsfreiheit von Ärzt*innen wiegt jedoch weiterhin schwer, weil sie noch immer **wesentliche Informationen zu ihrem Leistungsspektrum** nicht angeben dürfen. Auch in der Neufassung des § 219a StGB steht es unter Strafe, wenn sie die angebotenen Methoden

⁶⁵ Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 2.

⁶⁶ So jedenfalls für nicht-werbende Informationen auch Gropp/Wörner in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 219a Rn. 2.

⁶⁷ Anders das KG Berlin, demzufolge es sich nicht nur um einen Eingriff auf „unterster Ebene“ handelt, KG Berlin Urt. v. 19.11.2019 – (3) 121 Ss 143/19 (80 + 81/19), NStZ 2020, 550 Rn. 25.

⁶⁸ BVerfGE 96, 245 (249).

angeben (wie im Fall von Bettina Gaber), Hinweise zu den Kosten beifügen, wenn sie angeben, bis zu welchen Fristen sie behandeln, wenn sie Erklärungen und Hintergrundinformationen zu Schwangerschaftsabbrüchen angeben oder zusenden (wie im Fall von Kristina Hänel) oder sonstige Angaben machen („in geschützter Atmosphäre“ im Fall Gaber). Gerade diese weitergehenden Informationen sind aber wichtig für die Entscheidung potentieller Patient*innen und damit von grundlegender Bedeutung für die Berufsfreiheit der tätigen Ärzt*innen. Die Angabe der Methoden kann entscheidend für die Wahl Schwangerer für eine Praxis sein, beispielsweise da medikamentöse Schwangerschaftsabbrüche in anderen Fristen möglich sind als operative Schwangerschaftsabbrüche.⁶⁹ Weitergehende Hintergrundinformationen oder Zusatzangaben können zudem eine besondere Expertise herausstellen oder auch Ausdruck einer Behandlungsphilosophie oder Einstellung sein. Sie können damit den Grundbaustein für das in ärztlichen Behandlungsverhältnissen zentrale Vertrauen legen.

Dass Ärzt*innen weiterführende Angaben nicht auf ihrer eigenen Internetseite zur Verfügung stellen dürfen, wird auch nicht dadurch aufgewogen, dass sie sich auf die Liste der Bundesärztekammer setzen lassen und dort auch die von ihnen angebotenen Methoden angeben können. Denn viele Ärzt*innen schrecken davor zurück, sich auf zentrale Listen setzen zu lassen, weil sie befürchten müssen, dadurch die Aufmerksamkeit von Abtreibungsgegner*innen auf sich zu ziehen. Das kann zum Beispiel zu Belästigungen ihres Personals und ihrer Patient*innen vor dem Praxisgebäude führen (sogenannte „Gehsteigbelästigungen“). Die Liste ist deshalb unvollständig und wird es absehbar auch bleiben (siehe bereits unter E.I.3.b)).⁷⁰

Weiter führt der in seinem genauen Anwendungsbereich schwer verständliche § 219a StGB auch jenseits seines Regelungsgehalts zu einer **Abschreckungswirkung**. Ohne juristischen Rat ist schwer nachvollziehbar, welche Angaben zulässig sind und welche hingegen zu einer Strafbarkeit führen mögen, insofern verstößt § 219a StGB auch gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (dazu unter D). Mit einer strafrechtlichen Verurteilung drohen neben dem sozialemischen

⁶⁹ Arp, Medikamentöser Schwangerschaftsabbruch: Frauen sollten die Wahl haben, Deutsches Ärzteblatt 50/2013; A-2422-A-2423.

⁷⁰ Auf der Liste finden sich 365 Einträge, Stand: 31. März 2021. Tatsächlich verzeichnet das Statistische Bundesamt jedoch 2021 noch 1.110 Ärzt*innen und Einrichtungen, die Schwangerschaftsabbrüche melden, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabelle/meldestellen-2021.html>. Grundlegend zur Problematik siehe Ratzsch, Schwangerschaftsabbrüche - 327 Ärzte stehen auf der BÄK-Liste, Ärztezeitung vom 28.07.2020.

Unwerturteil immer auch berufsrechtliche Folgen. Der drohende Strafraum von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe ist dabei erheblich. Das führt zu einer deutlichen, über die Grenzen der Strafnorm hinausgehenden Abschreckung und Einschränkung der Berufsfreiheit von Ärzt*innen.

Die Schwere des Eingriffs ergibt sich auch aus der engen Verbindung des strafbewehrten beruflichen Verhaltens zu **anderen Grundrechten**. So steht die Berufsausübungsregelung des § 219a StGB in engem Bezug zu dem schrankenlos gewährleisteten Grundrecht der Ärzt*innen auf Freiheit von Religion, Weltanschauung, Glauben und Gewissen aus Art. 4 Abs. 1 GG (dazu ausführlich unten E.II.) und zu der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG geschützten Meinungsfreiheit von Ärzt*innen (dazu unten E.III.). Der Eingriff in die Berufsfreiheit hat darüber hinaus weitreichende grundrechtsrelevante Folgen für andere Akteure, namentlich Schwangere, die über eine Abtreibung nachdenken. Ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 3 GG sind ebenso betroffen wie ihr damit im Zusammenhang stehender Anspruch auf Informationen aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG (dazu unten F.).

Dem gegenüber steht mit dem gesellschaftlichen „Klimaschutz“ ein Schutzgut ohne Verfassungsrang, bei dem wenigstens unklar bleibt, ob dieses gesetzgeberische Ziel mit der Regelung des § 219a StGB überhaupt erreicht werden kann (s.o., E.I.3.b.). § 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 sachliche Informationen** zu angebotenen, straffreien Schwangerschaftsabbrüchen betreffen, etwa über die angebotenen Methoden, den Ablauf, die Risiken und Kosten.

Unerheblich für die Abwägung ist der Umstand, dass die Zahl der Verurteilungen nach § 219a StGB gering ist.⁷¹ Die **Verurteilungshäufigkeit** ist nicht aussagekräftig für die präventive, also 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.

⁷¹ BT-Drucks. 18/9595, 09.09.2016, S. 28 f.

(2) Zum Schutz des ungeborenen Lebens unangemessen

Der Eingriff in die Berufsfreiheit durch § 219a StGB ist auch nicht zum Schutz des ungeborenen Lebens angemessen. Der Schutz des ungeborenen Lebens genießt zwar einen besonders hohen Rang und wäre prinzipiell geeignet, auch intensive Eingriffe in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen. Wie bereits dargestellt, dient § 219a StGB diesem Schutzgut jedoch allenfalls mittelbar, weshalb bereits seine Geeignetheit zu dessen Schutz zumindest zweifelhaft ist. Der Schutz ist auch nicht absolut; nicht jede staatliche Maßnahme, die den Lebensschutz fördert, ist deswegen zwingend verfassungsrechtlich geboten. Ansonsten wäre es etwa nicht denkbar, Autobahnen ohne Geschwindigkeitsbegrenzung zuzulassen, obwohl durch ihre Benutzung Dritte zu Tode kommen können und diese Gefahr durch Geschwindigkeitsbegrenzungen verringert werden könnte. Unterstellt, § 219a StGB könnte (anders als durch Unwissen von Schwangeren) dazu beitragen, die Zahl an Schwangerschaftsabbrüchen zu senken, wäre die Auswirkung derart marginal, dass der mit ihm verbundene, intensive Eingriff in die Berufsfreiheit dazu außer Verhältnis steht.

II. Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG

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

1. Schutzbereich

Mit der Freiheit des Glaubens, der Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses und der Freiheit der Religionsausübung schützen Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als einheitliches Grundrecht das Interesse der Grundrechtsträger*innen 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;⁷² vollumfänglich geschützt ist also auch eine **von einem weltanschaulichen oder religiösen Bekenntnis geleitete Entscheidung zur Ausgestaltung der beruflichen Tätigkeit.**

⁷² BVerfGE 105, 279 (293).

Die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen und das öffentliche Bekenntnis dazu ist eine individuelle Entscheidung, die im engen Zusammenhang mit ethischen und moralischen Grundhaltungen der Person steht. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass Teile der Gesellschaft und gerade kirchliche Einrichtungen Schwangerschaftsabbrüchen teilweise sehr kritisch gegenüberstehen und sich intensiv mit der Fragestellung des Schutzes des ungeborenen Lebens auseinandersetzen. Das realistische Risiko, Gegenstand von Anfeindungen durch Abtreibungsgegner*innen zu werden, gilt neben der geringen Vergütung als Grund für die abnehmende Zahl an Ärzt*innen, die Schwangerschaftsabbrüche anbieten. Vor diesem Hintergrund bedeutet die Aufnahme von Schwangerschaftsabbrüchen in das Leistungsspektrum sowie die öffentliche Kommunikation dazu für viele individuell tätige Ärzt*innen eine Entscheidung, die zutiefst mit ethischen, moralischen und weltanschaulichen Grundanschauungen verknüpft ist.

In Anerkennung dieser Verknüpfung kann gem. § 12 Abs. 1 SchKG keine Person dazu gezwungen werden, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken. Umgekehrt ist auch die Entscheidung, daran mitzuwirken und dies kundzutun, eng mit dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG verbunden. § 2 der Musterberufsordnung regelt daher, dass Ärzt*innen ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit ausüben.⁷³ Auch der EGMR betont in *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* die Nähe der Frage der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen zur Glaubens- und Gewissensfreiheit.⁷⁴

§ 219a StGB lässt seit der Reform zwar den Hinweis auf die Bereitschaft zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen zu; weiterhin aber ist es als „Anpreisen“ strafbar, wenn Ärzt*innen zugleich anführen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche für ethisch-moralisch vertretbar halten, und damit ihre weltanschauliche oder religiöse Überzeugung erkennbar werden lassen. Gerade die Art, in der ärztliche Praxen auf vorgenommene Schwangerschaftsabbrüche hinweisen, kann zudem – explizit oder implizit – eine Haltung und Wertung zum Thema Schwangerschaftsabbruch und im Behandlungsverhältnis zu Patient*innen zum Ausdruck bringen. Wenn etwa Bettina Gaber auf ihrer Homepage angibt, Schwangerschaftsabbrüche „in geschützte Atmosphäre“ anzubieten, dann kommt darin auch eine ethische und moralische

⁷³ (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (oben Fn. 58).

⁷⁴ EGMR Ur. v. 29.10.1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Nr. 14234/88, Rn. 68.

Grundhaltung sowie eine Behandlungsphilosophie zum Ausdruck. Auch wenn Kristina Hänel weiterführende Informationen zu Schwangerschaftsabbrüchen versendet, bringt dies eine derartige Haltung zu Schwangerschaftsabbrüchen wie auch im Verhältnis zu Patient*innen zum Ausdruck.

2. Eingriff

Ein Eingriff in die Religions- und Weltanschauungsfreiheit ist jedes staatliche Verbot, einer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung entsprechend zu handeln. § 219a StGB greift in die Religions- und Weltanschauungsfreiheit von Ärzt*innen ein, in dem es ihnen unter Strafandrohung untersagt wird, ihrer weltanschaulichen oder religiösen Überzeugung entsprechend nicht nur Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen, sondern auch öffentlich genauere Angaben zu angebotenen Schwangerschaftsabbrüchen in ihrem Leistungsspektrum zu machen.

3. Rechtfertigung

Eine Rechtfertigung dieses Eingriffs in das schrankenlos gewährleistete Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG kommt nur durch andere Güter von Verfassungsrang in Betracht. Das Schutzgut des gesellschaftlichen „Klimaschutzes“, also der gesellschaftlichen Grundeinstellung zu dem Thema Schwangerschaftsabbruch, ist kein solches Gut von Verfassungsrang. Um eine zunehmende „Kommerzialisierung“ und „Normalisierung“ von Schwangerschaftsabbrüchen zu verhindern, ist der mit § 219a StGB verbundene Eingriff in Art. 4 Abs. 1 GG also nicht zu rechtfertigen.

Das ungeborene Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG ist zwar ein solches Schutzgut von Verfassungsrang, kann aber den Eingriff nicht rechtfertigen. § 219a StGB dient, wie dargestellt (oben E.I.3.b)(2)), allenfalls mittelbar dem Schutz ungeborenen Lebens, ist zu dessen Schutz jedoch weder geeignet noch erforderlich, zumal der Beitrag des § 219a StGB zur Verhinderung von Schwangerschaftsabbrüchen (anders als durch Unwissenheit der Schwangeren) jedenfalls gering ist. Diese Einsicht spiegelt sich auch darin, dass das Schutzkonzept der §§ 218-219 StGB bereits ohne § 219a StGB konzipiert wurde und, wie dargestellt, auch ohne § 219a StGB aufrecht erhalten bleiben kann (oben E.I.3.b)(2)).

Demgegenüber greift das Verbot des § 219a StGB erheblich in die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Religionsfreiheit von Ärzt*innen ein. Wie sich am Beispiel der Ärztinnen

Bettina Gaber und Kristina Hänel zeigt, ist die Entscheidung, Schwangerschaftsabbrüche in einem zunehmend aggressiven politischen Klima anzubieten, oft tief von persönlichen, ethischen, weltanschaulichen und auch religiösen Überzeugungen geprägt. Das unterscheidet Schwangerschaftsabbrüche grundlegend von der weit überwiegenderen Zahl anderer Gesundheitsleistungen. Zwar können Ärzt*innen einer tieferen inneren Überzeugung entsprechend Schwangerschaftsabbrüche anbieten und seit der Reform des § 219a StGB auch öffentlich auf diesen Umstand hinweisen. § 219a StGB hindert sie aber an der entscheidenden Möglichkeit, weitere und für Schwangere entscheidende Informationen anzugeben. Soweit ihre Entscheidung für das Angebot von Schwangerschaftsabbrüchen aber gerade auf einer tiefen inneren Überzeugung fußt, dann sind diese weiteren Angaben zentrale Betätigung einer weltanschaulichen oder religiösen Bekenntnis.

Der Eingriff in die Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit von Ärzt*innen aus Art. 4 Abs. 1 GG ist damit nicht gerechtfertigt.

III. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG

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

1. Schutzbereich

Meinungen sind durch das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, der Beurteilung geprägt.⁷⁵ Ein solches stellungbeziehendes Dafürhalten in Form eines Werturteils liegt offensichtlich für die Variante des „Anpreisens“ vor. Auf einen etwaigen wirtschaftlichen Zweck der Äußerung kommt es dabei gerade nicht an. Auch kommerzielle Werbung zum Zwecke der Beeinflussung des Verbrauchers fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.⁷⁶

Auch die Varianten des „Anbietens“ (also der Erklärung, es gebe seitens des Anbietenden eine Bereitschaft, Abtreibungsdienste oder -mittel zugänglich zu machen⁷⁷) – und des Ankündigens – also das in Aussicht stellen der möglichen Inanspruchnahme von Diensten oder Mitteln für

⁷⁵ BVerfGE 61, 1 (8) – *Wahlkampf*.

⁷⁶ BVerfGE 71, 162 (175); 102, 347 (359).

⁷⁷ Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 11-12.

die nähere Zukunft⁷⁸ – betreffen den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.⁷⁹ Denn auch das Verbreiten von Tatsachenbehauptungen ist von der Meinungsfreiheit erfasst, wenn zumindest irgendein Bezug zu einer Meinungsbildung besteht.⁸⁰ Auch die neutrale Darstellung im Leistungsspektrum einer Arztpraxis ist im Kontext einer kontroversen gesellschaftspolitischen Debatte zu verstehen und enthält damit eine Wertung.

2. Eingriff

Indem § 219a StGB das Anpreisen, Anbieten und Ankündigen von eigenen oder fremden Diensten zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs weiterhin unter bestimmten Voraussetzungen sanktioniert greift er in die Meinungsfreiheit von Ärzt*innen ein.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Zwar findet die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 2 GG ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen; § 219a StGB ist wohl auch ein in diesem Sinne „allgemeines“ Gesetz, weil er sich zwar gegen eine bestimmte Äußerung wendet, sowohl der „Klimaschutz“ als auch der Schutz des ungeborenen Lebens aber in der Rechtsordnung allgemein und nicht nur gegen Meinungsäußerungen geschützt ist.⁸¹ Ein solches Gesetz zur Beschränkung der Meinungsfreiheit (hier also § 219a StGB) muss aber wiederum verfassungskonform und vor allem verhältnismäßig sein.

Die Schutzgüter des § 219a StGB rechtfertigen den Eingriff in das hohe Gut der Meinungsfreiheit, das in enger Verbindung zu Art. 20 Abs. 1 und 2 GG sowie zur Glaubens- bzw. Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG steht, aus den bereits (oben unter E.II.3.) dargestellten Gründen nicht.

Das Strafrecht muss *ultima ratio* sein (dazu bereits oben unter E.I.3). Das gilt jedoch umso mehr im Rahmen der Meinungsfreiheit: Vor dem Hintergrund der zentralen Bedeutung der

⁷⁸ Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 11-12.

⁷⁹ Siehe auch Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb), St-18-08, 26.06.2018, S. 12.

⁸⁰ BVerfGE 61, 1 (8).

⁸¹ Zu diesem Erfordernis BVerfGE 124, 300 (322, Rn. 54), unter Verweis auf BVerfGE 111, 147 (155, Rn. 20); 117, 244 (260, Rn. 47); ebenso BVerfGE 113, 63 (79, Rn. 60); 120, 180 (200, Rn. 50); BVerfGK 9, 245 (251 f.); 13, 82 (90).

Meinungsfreiheit in einem demokratischen System ist das Verbot der öffentlichen Kundgabe von Meinungen mit großer Vorsicht zu genießen.⁸²

Der Eingriff in die Meinungsfreiheit durch § 219a StGB wiegt zudem schwer. Ärzt*innen, die angeben, Schwangerschaftsabbrüche anzugeben, unterliegen einem weitreichenden Äußerungsverbot zum Thema Schwangerschaftsabbrüche. Sie dürfen weder angeben, in welcher Atmosphäre sie Schwangerschaftsabbrüche anbieten, wie diese ablaufen oder welche Methoden sie anbieten, noch dürfen sie (anderweitig) darstellen, wie sie persönlich zu Schwangerschaftsabbrüchen stehen. So ist es als „Anpreisen“ strafbar, wenn sie nicht nur darauf hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche anbieten, sondern zugleich anführen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche für ethisch-moralisch vertretbar halten. Dass Äußerungen im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit stehen, macht sie vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit nicht weniger schutzwürdig.

Im Hinblick auf die Ziele des § 219a StGB steht dieser Eingriff in die Meinungsfreiheit außer Verhältnis. Hinsichtlich des Schutzes des ungeborenen Lebens ist – wie bereits eingehend dargestellt – nicht ersichtlich, wie § 219a StGB (anders als durch Unwissen der Schwangeren) zu diesem beiträgt. Eine Maßnahme, deren Beitrag zum Schutz dieses Rechtsgutes bestenfalls gering ist, kann aber kein derart weitreichendes strafrechtliches Verbot der Darstellung von Meinungen rechtfertigen.

Das Ziel, eine „Kommerzialisierung“ von Schwangerschaftsabbrüchen zu verhindern, ist hingegen kein vergleichbar geschütztes Gut von Verfassungsrang. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit von § 219a StGB auch zur Erreichung dieses Ziels lässt sich bezweifeln. In einer Abwägung ist deshalb der Meinungsfreiheit der Ärzt*innen auch diesbezüglich der Vorrang zu gewähren.

Das gilt schließlich auch bezüglich der Tatbestandsvariante des „Anpreisens“, die anders als die anderen Varianten des § 219a Abs. 1 StGB gerade nicht nur sachliche Informationen erfasst. Die Meinungsfreiheit dient gerade auch dem Schutz zugespitzter oder polemischer Meinungen. Wenngleich eine berufsrechtliche Regelung denkbar erscheint, muss das Strafrecht auch

⁸² Grabenwarter in: Dürig/Herzog/Scholz, 95. EL Juli 2021, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 66-74.

diesbezüglich jedoch *ultima ratio* bleiben. Eine Strafbewehrung mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe im Hinblick auf das bereits bestehende ärztliche Berufsrecht (dazu oben E.I.3.d.) ist weder erforderlich noch angemessen. Anders mag sich das allenfalls darstellen, soweit es sich um grob anstößige Meinungen handelt; dies kann angesichts der Bedeutung des Schwangerschaftsabbruchs nicht nur für das ungeborene Leben sondern auch für die Grundrechte der Schwangeren (dazu sogleich F.) hier jedoch nicht angenommen werden.

F. Verletzung von Grundrechten von Schwangeren

Die Ärztinnen Bettina Gaber und Kristina Hänel haben als Beschwerdeführerinnen mit ihren Verfassungsbeschwerden gerügt, dass ihre Verurteilung nach § 219a StGB sie in eigenen Grundrechten verletzt. In normativen Dreiecksverhältnissen, in denen mit den im Verfahren geltend gemachten Interessen die Rechtspositionen Dritter funktional verschränkt sind, müssen aber auch diese Rechtspositionen in eine Abwägung mit einbezogen werden.⁸³ In die Abwägung sind dann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch die Rechte derjenigen einzustellen, die unmittelbar von der Regelung betroffen sind.⁸⁴ Verstößt eine Regelung gegen Grundrechte Dritter, so verstößt sie gegen objektives Verfassungsrecht und ist folglich auch gegenüber den Normadressant*innen nichtig.⁸⁵

Hier verletzt § 219a StGB in mehrfacher Hinsicht die Grundrechte Schwangerer. Verletzt werden dabei eng miteinander verwobene Schutzbereiche mehrerer Grundrechte sowie des Menschenrechts auf Gesundheit, insbesondere nämlich ein **Recht auf informierte Entscheidung über Gesundheitsleistungen**, das sich aus der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 und Art. 1 Abs. 1 GG ableitet (Recht auf Patient*innen-Selbstbestimmung, dazu unter E.I.) sowie einem **Recht auf Entscheidungsautonomie bezüglich Schwangerschaftsabbrüchen**, das sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG ableitet (dazu unter E.II.). Schließlich verbürgt sich ein Anspruch auf Informationen auch in der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG geschützten Informationsfreiheit (dazu unter E.III.)

Darüber hinaus etabliert § 219a StGB ein Sonderrecht für Frauen, und die damit verbundenen geschlechtsspezifischen Nachteile sind nicht im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 und Abs. 2 gerechtfertigt (dazu unter E.IV.1.-2.).

⁸³ Siehe Gersdorf, Zur Verfassungswidrigkeit des § 219a Abs. 1 iVm Abs. 4 StGB, Rechtsgutachten im Auftrag des Instituts für Weltanschauungsrecht (ifw), S. 23 ff.

⁸⁴ So bezogen auf die Internetnutzer*innen im Recht auf Vergessen II zuletzt, BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, Rn. 110.

⁸⁵ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 Rn. 331.

I. Patient*innen-Selbstbestimmungsrecht, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG

Verletzt ist auch das Recht der Patient*innen auf Selbstbestimmung im Rahmen ihres Rechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, das eng mit der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG sowie dem Menschenrecht auf Gesundheit verbunden ist und dass insbesondere eine informierte und selbstbestimmte Entscheidung über Gesundheitsleistungen verbürgt („informed consent“).

1. Schutzbereich

Autonomie und Selbstbestimmung sind Leitprinzipien der Grundrechte, und die Menschenwürde in Artikel 1 Abs. 1 GG selbst, als Menschenrecht und zentrales Leitprinzip der Verfassung, verbürgt die Achtung der Eigenverantwortlichkeit und menschlichen Selbstbestimmung.⁸⁶ Das Recht auf Schutz der körperlichen Unversehrtheit erfasst ein diesbezügliches Selbstbestimmungsrecht⁸⁷ und begründet damit auch ein Recht, eigenverantwortliche Entscheidungen im Bereich sexueller und reproduktiver Gesundheit zu treffen.⁸⁸ Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG iVm der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG ein Patient*innen-Selbstbestimmungsrecht ab.⁸⁹ Voraussetzung der Ausübung dieses Selbstbestimmungsrechts ist die ärztliche Aufklärung über den Gesundheitszustand von Patient*innen und die medizinischen Handlungsoptionen. Umfassender verstanden zielt die das Grundrecht mit seiner Abwehr- wie Schutzfunktion auf die Respektierung des persönlichen Status und schützt ganz allgemein vor Beeinträchtigungen autonomer Selbstbestimmung und Selbstentfaltung.⁹⁰ Eine in diesem Sinne selbstbestimmte

⁸⁶ BVerfGE 45, 187 (228); speziell bezüglich Schwangerschaftsabbrüche verweist auf die Menschenwürde der schwangeren Person auch BVerfGE 88, 203 (254).

⁸⁷ Speziell bei Schwangerschaftsabbrüchen BVerfGE 88, 203 (254); siehe auch BVerfG NJW 2017, 2017 (2982); BVerfGE 133, 112 (129), BVerfGE 129, 269 (280); BVerfGE 128, 282 (300); Lang, in: BeckOK GG, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 2, Rn. 63q.

⁸⁸ Wapler, Reproduktive Autonomie: Rechtliche und rechtsethische Überlegungen in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 185–214 (191).

⁸⁹ BVerfGE 128, 282 (300); so auch Sondervotum Hirsch, Niebler, Steinberger, BVerfGE 52, 131 (173 ff.), auf Art. 2 Abs. 1 GG abstellend hingegen noch BVerfGE 52, 131 (168).

⁹⁰ Lang in: BeckOK GG, 50. Ed. 15.2.2022, Art. 2 Rn. 58-63.

Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch erfasst immer auch ein Recht auf freien Zugang zu Informationen hierüber.

Das **Recht auf Gesundheit** ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich benannt, wird jedoch sowohl aus den staatlichen Schutzpflichten für die körperliche Unversehrtheit abgeleitet (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)⁹¹ und auch im Sinne eines gesundheitlichen Existenzminimums als Bestandteil des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums anerkannt.⁹² Das deutsche Verfassungsrecht – und hier das Patient*innen-Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG – ist im Lichte des Völkerrechts auszulegen,⁹³ welches seinerseits dem Recht auf Gesundheit und einem damit in Zusammenhang stehenden Recht auf Informationen erhebliche Bedeutung zumisst.

Art. 12 UN-Sozialpakt, Art. 11 Abs. 1 lit. f und Art. 12 UN-Frauenrechtskonvention, Art. 24 der UN-Kinderrechtskonvention und Art. 25 UN-Behindertenrechtskonvention sowie Artikel 11 der Europäischen Sozialcharta garantieren das Recht auf Gesundheit. Es besteht dabei große Einigkeit zwischen den UN-Vertragsorganen, dass das Recht auf Gesundheit auch das Recht erfasst, **freie und selbstverantwortliche Entscheidungen über mögliche Gesundheitsleistungen im Bereich der sexuellen und reproduktiven Gesundheit** treffen zu können, sowie einen Anspruch auf einen **ungehinderten Zugang** zu einem breiten Spektrum an Gesundheitseinrichtungen, Dienstleistungen und Informationen im Bereich der reproduktiven Gesundheit verbürgt.⁹⁴

⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, NJW 2006, 891.

⁹² BVerfG, NZS 2020, 13 (24); vgl. auch BVerfGE 132, 134 (160); BVerfGE 125, 175 (223); BVerfG, Beschl. v. 13.02.2008 – 2 BvL 1/06 –, wonach Versicherungsbeiträge für eine gesundheitliche Mindestversorgung (Sozialhilfeniveau) als existenznotwendiger Aufwand nicht besteuert werden dürfen.

⁹³ Völkerrechtliches Abkommen kommt verfassungsrechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes, BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 83, 119 (128); BVerfGE 111, 307 (316 f., 329); BVerfGE 120, 180 (200 f.); BVerfGE 128, 326 (367 f.); BVerfGE 142, 313 (345).

⁹⁴ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 22 on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2016, UN Doc. [E/C.12/GC/22](#), §§ 5, 11, 15, 16, 18, 21, 34, 38, 40-41, 49, 58, 63-64; CESCR, General Comment No. 14 on the right to the highest attainable standard of health (Art. 12), 2000, [UN Doc. E/C.12/2000/4](#), § 8; UN Human Rights Committee (CCPR), General Comment no. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (Right to life), 2019, UN Doc. [CCPR/C/GC/36](#), § 8; hierzu DIMR, Das Recht auf Leben, Artikel 6 des UN-Zivilpaktes: Allgemeine Bemerkung Nr. 36 des UN-Menschenrechtsausschusses, 2019; European Committee of Social Rights (ECSR), *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy*, 2014, complaint no. [87/2012](#).

2. Eingriff

Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG durch § 219a StGB liegt vor. Auch indirekte Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit führen, verletzen den Schutzbereich des Grundrechts, sofern sie das Maß einer als sozialadäquat eingestuften Beeinträchtigung übersteigen und als adäquate Folge der staatlichen Tätigkeit normativ zurechenbar sind.⁹⁵ So wurde ein Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts im Falle der gesetzgeberischen Beschränkung von Organtransplantationen für lebende Organspender*innen⁹⁶ bejaht.

Eine aufgeklärte und selbstbestimmte Entscheidung Schwangerer 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 kriminalisiert Informationen über Schwangerschaftsabbrüche und gewährleistet damit gerade nicht, dass sich betroffene Menschen wertfrei und eigenständig über einen Schwangerschaftsabbruch aufklären und damit eine autonome Entscheidung treffen können.

3. Rechtfertigung

Ein 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 überwiegen die mit § 219a StGB verfolgten Zwecke des gesellschaftlichen „Klimaschutzes“ und des Schutzes des ungeborenen Lebens nicht den Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

a) **Menschenrechtlicher Rechtfertigungsmaßstab beim Zugang zu Informationen über Gesundheitsleistungen**

Das Menschenrecht auf Gesundheit ist auch im Rahmen der Rechtfertigung in die Auslegung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit und Patient*innen-Autonomie mit

⁹⁵ BVerfGE 66, 39 (60).

⁹⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.08.1999 – 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399.

einzu beziehen. Vor seinem Hintergrund ergibt sich ein deutlich erhöhter Rechtfertigungsmaßstab, dem § 219a StGB nicht gerecht wird.

(1) Informationszugang als Teil des Menschenrechts auf sexuelle und reproduktive Gesundheit

Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass den Menschenrechten verfassungsrechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes zukommt.⁹⁷ Bei der Auslegung des Inhalts der Verpflichtungen aus den UN-Menschenrechtsverträgen ist die Interpretation durch UN-Vertragsorgane nicht bindend, ihnen kommt aber erhebliches Gewicht zu.⁹⁸ Nationale Gerichte sollten sich im Rahmen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung des nationalen Rechts mit der Auffassung derartiger Vertragsorgane auseinandersetzen.⁹⁹

Der UN-Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (auch: WSK-Ausschuss) hat klargestellt, dass Vertragsstaaten rückschrittliche Maßnahmen, die Barrieren im Zugang zu Informationen darstellen, vermeiden sollen und, wo solche Maßnahmen Anwendung finden, ihre Aufrechterhaltung besonders rechtfertigungsbedürftig ist.¹⁰⁰ Der WSK-Ausschuss und der UN-Sonderberichterstatter für Gesundheit Anand Grover kommen übereinstimmend zu dem Schluss, dass Vertragsstaaten durch das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit positiv dazu verpflichtet sind, **die Bereitstellung von Informationen über sexuelle und reproduktive Gesundheit zu entkriminalisieren**,¹⁰¹ und dass strafrechtliche Verbote zu Informationen über Gesundheitsdienstleistungen im Bereich sexueller und reproduktiver Rechte unvereinbar mit dem Recht auf Gesundheit sind und beseitigt werden müssen.¹⁰²

⁹⁷ BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 83, 119 (128); BVerfGE 111, 307 (316 f., 329); BVerfGE 120, 180 (200 f.); BVerfGE 128, 326 (367 f.); BVerfGE 142, 313 (345).

⁹⁸ BVerfGE 139, 293 (331), umfassend dazu Payandeh, NVwZ 2020, 125 (126f.).

⁹⁹ BVerfGE 151, 1 (29); BVerfGE 142, 313 (346 f. Rn. 90).

¹⁰⁰ UN, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 22 on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2016, UN Doc. [E/C.12/GC/22](#), § 38.

¹⁰¹ CESCR, General Comment No. 14 on the right to the highest attainable standard of health (Art. 12), 2000, UN Doc. [E/C.12/2000/4](#), §§ 11, 14, 21; 40-41; Anand Grover, Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, Interim Report, 2011, UN Doc. [A/66/254](#); § 65(e).

¹⁰² „Criminal and other laws restricting access to comprehensive education and information on sexual and reproductive health are thus incompatible with the full realization of the right to health and should be

Der Fachausschuss zur UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) hat dementsprechend im aktuell laufenden **Staatenprüfverfahren** den reformierten § 219a StGB als Einschränkung des Rechts von Frauen auf Zugang zu Gesundheitsleistungen im Bereich sexueller und reproduktiver Medizin und Informationen erachtet und die Bundesregierung aufgefordert zu erklären, inwiefern diese Einschränkungen gerechtfertigt sind.¹⁰³

Die UN-Vertragsorgane messen damit bei der Auslegung des Rechts auf Gesundheit dem Zugang zu Informationen eine derart grundlegende Bedeutung für den Zugang zu Gesundheitsleistungen sowie als Grundlage für eine selbstbestimmte Entscheidung über Gesundheitsleistungen zu, dass dessen Kriminalisierung damit unvereinbar ist. Im Lichte der völkerrechtlichen Verpflichtungen ist vor diesem Hintergrund der mit § 219a StGB einhergehende Eingriff in das Patient*innen-Selbstbestimmungsrecht nicht gerechtfertigt.

(2) Resolution 1607 (2008) des Europarats

Von einem solchen erhöhten Rechtfertigungsmaßstab geht auch die *Resolution 1607 (2008) des Europarates über den Zugang zu sicheren und legalen Abtreibungen in Europa* des Europarates aus, die den Grundsatz auf freien Zugang zu abtreibungsrelevanten Informationen betont.

Darin stellt der Europarat fest, dass in der großen Mehrzahl seiner Mitgliedstaaten der Schwangerschaftsabbruch unter unterschiedlichen Voraussetzungen gestattet ist, den Frauen allerdings nicht immer auch ein effektiver Zugang zur Nutzung dieser Rechte garantiert ist, wenn die gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ Die Mitgliedstaaten des Europarates sollen dazu beitragen,

removed by States“, Interim report of the Special Rapporteur on the right to health (2011), UN Doc. [A/66/254](#), §§ 56, 64.

¹⁰³ UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW): List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany (2020), UN Doc. [CE-DAW/C/DEU/QPR/](#), § 16; zur hierzu wenig aufschlussreichen Antwort der Bundesregierung siehe BMFSFJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), 2021, S. 43.

¹⁰⁴ Resolution 1607 (2008) EPA „Access to safe and legal abortion in Europe“, Ziff. 3.

¹⁰⁵ Ebd., Ziff. 6.

Frauen die effektive Ausübung ihres Rechtes auf Zugang zu sicheren und legalen Abtreibungen zu garantieren.¹⁰⁶

Insbesondere soll Frauen **Entscheidungsfreiheit durch freie und aufgeklärte Entscheidungen ermöglicht werden**, ohne spezifisch Abtreibung anzupreisen¹⁰⁷; 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 werden.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

Die menschenrechtlichen Standards gehen insofern von einer Unvereinbarkeit der Kriminalisierung von Informationen durch § 219a StGB mit dem Recht Schwangerer auf freien Informationszugang über Abtreibungen aus. Dies ist bei der Auslegung des Rechts auf Patient*innen-Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 2 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG zu beachten.

b) Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Patient*innen-Selbstbestimmungsrecht

Der Eingriff in das Patient*innen-Selbstbestimmungsrecht von Schwangeren aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG ist unverhältnismäßig. Das Informationsverbot ist – wie bereits unter E.I.3. dargestellt – weder geeignet noch erforderlich, um die Normalisierung und Kommerzialisierung von Schwangerschaftsabbrüchen oder das ungeborene Leben zu schützen.

Demgegenüber genießt die Patient*innenselbstbestimmung eine hohe Bedeutung. Dies steht im Einklang mit der Praxis der Menschenrechtsorgane zum Menschenrecht auf Gesundheit (soeben unter F.I.3.a.), die zudem die hohe Bedeutung des Zugangs zu Informationen für dieses Recht herausstreichen.

¹⁰⁶ Ebd., Ziff. 7.2.

¹⁰⁷ Ebd., Ziff. 7.3.

¹⁰⁸ Ebd., Ziff. 7.4.

¹⁰⁹ Ebd., Ziff. 7.5.

Den Stellenwert des Patient*innenselbstbestimmungsrechts verdeutlicht § 7 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte.¹¹⁰ Danach hat jede medizinische Behandlung unter Wahrung der Menschenwürde und unter Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patient*innen, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, zu erfolgen. Das Recht der Patient*innen, empfohlene Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen abzulehnen, ist zu respektieren. Ärzt*innen achten zudem das Recht ihrer Patient*innen, den*die behandelnde Ärzt*in frei zu wählen oder zu wechseln. Ein menschenrechtliches Selbstbestimmungsrecht für medizinische Eingriffe findet sich auch in Art. 5 des *Übereinkommens des Europarates über Menschenrechte und Biomedizin*. Es beinhaltet 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 der Aufklärungspflicht ist es schwer zu vereinbaren, dass Ärzt*innen ihre potenziellen Patient*innen nicht auch öffentlich und genau darüber informieren dürfen, welche medizinischen Eingriffe sie mit welchen Methoden anbieten und was darunter zu verstehen ist. Diese medizinisch relevanten Informationen – und das vertrauliche ärztliche Gespräch, das ihnen folgt – können für Schwangere schon von Relevanz sein, bevor sie sich von einer staatlich anerkannten Stelle beraten lassen, die solche Informationen vorhalten darf. Das Recht auf Information über einen medizinischen Eingriff umfasst sowohl die Frage, ob bzw. welche Ärzt*innen einen solchen Eingriff vornehmen, als auch die Information, welche Methode angeboten wird und welche Gründe für oder gegen die Wahl einer bestimmten Methode bestehen. Erfasst sind Informationen, die als Grundlage für eine autonome Entscheidung über den eigenen Körper dienen. Das sind alle Informationen, die notwendig sind, um sich ein umfassendes Verständnis von der Art des medizinischen Eingriffs zu verschaffen, um sich für oder gegen eine Methode entscheiden zu können, und um den*die behandelnde Ärzt*in frei zu wählen.

Der Zugang auch zu öffentlichen, dem vertraulichen ärztlichen Gespräch noch vorgelagerten Informationen kommt für die autonome Entscheidungen über den Schwangerschaftsabbruch

¹¹⁰ (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (oben Fn. 58).

auch deshalb besondere Bedeutung zu, weil Schwangere in einer regional teils schwierigen Versorgungslage erst einmal Ärzt*innen finden müssen, die Schwangerschaftsabbrüche anbieten. Die unvollständige Liste der Bundesärztekammer hilft dabei nicht ausreichend weiter (siehe E.I.3.b) und E.I.3.d)). Und zudem stehen sie unter hohem zeitlichem Druck und müssen deshalb schnell und unkompliziert alle Informationen finden, die ihnen eine informierte und selbstbestimmte Entscheidung über eine möglicherweise belastende und sehr persönliche Frage ermöglichen.

Die von neutraler Stelle angebotenen Informationen sind unzulänglich und können dies nicht aufwiegen.¹¹¹ Die Liste mit Ärzt*innen bei der Bundesärztekammer ist, wie bereits (unter E.I.3.b) und E.I.3.d)) dargestellt, unvollständig und wird dies auch bleiben, weil Ärzt*innen teils davon absehen, sich hier eintragen zu lassen. Außerdem fehlen dort weiterhin wesentliche Informationen, teilweise bereits zu den Methoden, jedenfalls zu den Erwägungsgründen, warum in der jeweiligen Praxis bestimmte Methoden präferiert werden, und darüber hinausgehend auch dazu, bis zu welcher Frist dort Schwangerschaftsabbrüche angeboten werden.

Auch die Beratungspflicht aus § 219 StGB bietet keine Möglichkeit für Schwangere, sich neutral und frei zugänglich darüber zu informieren, welche Ärzt*innen welche Art von Schwangerschaftsabbrüchen vornehmen und wie dieser abläuft. Der Gesetzestext schreibt in § 219 StGB eine auf den Schutz des ungeborenen Lebens ausgerichtete Beratung mit dem Ziel vor, die schwangere Person zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen. Vor allem kann die Information über Beratungsstellen nicht eine eigenständige Information anhand selbst gewählter Quellen ersetzen.

Nach wie vor führt § 219a StGB dazu, schwangeren Frauen gezielt Informationen über für sie im Rahmen der Rechtsordnung verfügbare Gesundheitsleistungen vorzuenthalten. Indem der Gesetzgeber mit der Reform 2019 den Lebensschutz in den Vordergrund gestellt hat, soll das Informationsverbot offenbar dazu führen, dass die Betroffenen mangels umfassender Informationen davon absehen, diejenigen Grundrechte zu nutzen, die das Bundesverfassungsgericht in Abwägung mit dem Lebensschutz gerade anerkannt hat und denen der Gesetzgeber mit der

¹¹¹ Dazu ausführlich Gersdorf, Zur Verfassungswidrigkeit des § 219a Abs. 1 iVm Abs. 4 StGB, Rechtsgutachten im Auftrag des Instituts für Weltanschauungsrecht (ifw), S. 36ff.

Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1–3 StGB Rechnung getragen hat. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aufgetragen, auch in diesen Fällen „durch Rat und Hilfe der Frau beizustehen und sie dadurch womöglich doch für das Austragen des Kindes zu gewinnen“¹¹². Nicht aufgetragen hat es ihm, die Schwangere durch Informationsverbote in einem Zustand der Unmündigkeit zu halten, damit sie möglichst keine informierte Entscheidung über den Abbruch oder die Fortführung der Schwangerschaft treffen kann. Dem stünde nicht nur die aus der Menschenwürde in Verbindung mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit abgeleiteten Patient*innenautonomie entgegen, sondern auch ihre vom Bundesverfassungsgericht anerkannte Entscheidungsfreiheit (dazu unten E.II) sowie die Informationsfreiheit der Schwangeren (dazu unten E.III).

Wie bereits dargelegt, ist schließlich davon auszugehen, dass § 219a StGB aufgrund der schweren Verständlichkeit der Regelung wie auch der hohen Strafandrohung von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe zu einer deutlichen Abschreckungswirkung auch jenseits der exakt normierten Strafbarkeit führt und Ärzt*innen davon abhält, zulässige Angaben zum Leistungsspektrum Schwangerschaftsabbrüche zu machen.

Der Schutz des ungeborenen Lebens, der durch das Informationsverbot nur indirekt erreicht werden kann, kann diesen schweren Eingriff aus den bereits oben (unter E.I.3) ausgeführten Gründen nicht rechtfertigen. Dasselbe gilt für das Ziel des gesellschaftlichen „Klimaschutzes“. Das strafbewehrte Informationsverbot in § 219a StGB ist zur Verfolgung dieser Zwecke unangemessen und damit nicht verhältnismäßig.

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 der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG** steht. Zum Schutz ungeborenen Lebens kann § 219a StGB, wie gesehen (oben E.I.3.b)(2)) nur einen mittelbaren und damit allenfalls geringen Beitrag leisten. Gerade Schwangere 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. Auch im Rahmen des Lebensschutzes muss der Staat daher

¹¹² BVerfGE 88, 203 (257) – *Schwangerschaftsabbruch II*.

die Voraussetzungen dafür sicherstellen, dass sie mündige und informierte Entscheidungen treffen können. Das beinhaltet einen entkriminalisierten Zugang zu Informationen über straffreie Abbrüche.

II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG

Auch das Recht auf autonome Entscheidung über den Abbruch einer Schwangerschaft als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Schwangeren aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG ist durch das Informationsverbot des § 219a StGB verletzt.

1. Schutzbereich

Der Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist durch das Bundesverfassungsgericht nicht abschließend umschrieben. Übergeordnet schützt dieses aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Grundrecht 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.¹¹³ Teil des Grundrechtes ist das Recht auf Selbstbestimmung.¹¹⁴

Die Schwangerschaft selbst fällt als Teil der Intimsphäre in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hiervon ist auch die Selbstverantwortung der Schwangeren umfasst, sich gegen eine Elternschaft und die daraus resultierenden Pflichten zu entscheiden.¹¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch als berührtes Rechtsgut – ausgehend von einem Anspruch auf Schutz und Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) – auch auf das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) abgestellt.¹¹⁶

¹¹³ Vgl. beispielhaft BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (350 f.); 32, 373 (379); 34, 238 (245 f.); 44, 353 (372 f.).

¹¹⁴ BVerfGE 141, 186.

¹¹⁵ BVerfGE 39, 1 (42); BVerfGE 88, 203 (254); Wapler, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 185–214 (191).

¹¹⁶ BVerfGE 88, 203 (254).

Ebenfalls vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst ist daher – in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 GG – die auf „informed consent“ basierende privatautonome Entscheidung von Patient*innen über ärztliche Eingriffe.¹¹⁷ Die Einzelnen sind grundsätzlich frei, über Eingriffe in ihre körperliche Integrität und den Umgang mit seiner Gesundheit nach eigenem Ermessen zu entscheiden. So hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass die Freiheit der Entscheidung über medizinische Maßnahmen „Ausdruck der persönlichen Autonomie des Einzelnen und als solche durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in der Ausprägung des **Selbstbestimmungsrechts des Patienten** geschützt“ sei.¹¹⁸ Dies setze voraus, „dass der Betroffene seine Entscheidung mit freiem Willen und im Bewusstsein über ihre Reichweite getroffen hat“.¹¹⁹

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 verbürgt.¹²⁰ Das Privatleben betrifft unter anderem auch das Sexualleben eines Menschen¹²¹ sowie die geistige und körperliche Gesundheit; dies umfasst auch die Entscheidung über die Geburt eines Kindes.¹²² 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.¹²³ Nach Art. 8 EMRK ist der Staat verpflichtet, effektiven Schutz für körperliche und geistige Gesundheit zu garantieren, was auch Regelungen über den Zugang zu

¹¹⁷ BVerfGE 52, 131 (168); offenbar a.A., für Art. 2 Abs. 2 GG allein, Sondervotum Hirsch, Niebler, Steinberger, BVerfGE 52, 131 (173 ff.).

¹¹⁸ BVerfG Beschl. v. 08.06.2021 – 2 BvR 1866/17, Rn. 71 – *Zwangsbehandlung*; dort Verweis auf BVerfGE 142, 313 (339 Rn. 74); im Ergebnis ebenso BVerfGE 128, 282 (302); 129, 269 (280); 133, 112 (131 Rn. 49); jeweils unter Berufung auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; vgl. zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben BVerfGE 153, 182 (259 f. Rn. 202 ff.).

¹¹⁹ BVerfG Beschl. v. 08.06.2021 – 2 BvR 1866/17, Rn. 74 – *Zwangsbehandlung*.

¹²⁰ EGMR, Urt. v. 29.04.2002, *Pretty v. the United Kingdom*, application no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III.

¹²¹ EGMR Urt. v. 22.10.2007, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Ser. A no. 45, pp. 18-19, § 41; Urt. v. 19.02.1997, *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, Rep. 1997-I, p. 131, § 36.

¹²² EGMR Urt. v. 10.04.2007, *Evans v. the United Kingdom*, no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV: 71.

¹²³ Eur.Comm. HR, Entsch. v. 12.07.1977, *Bruggeman and Scheuten v. Germany*, no. 6959/75, 12.07.1977; EGMR Urt. v. 05.09.2002, *Boso v. Italy*, no. 50490/99, ECHR 2002-VII; Urt. v. 08.07.2004, *Vo v. France*, no. 53924/00, § 76, ECHR 2004-VIII; Urt. v. 16.12.2010, *A, B and C v. Ireland*, no. 25579/05, § 212.

Informationen über die eigene Gesundheit umfasst.¹²⁴ Diese Interpretation von Art. 8 EMRK ist auch bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.¹²⁵

So bestätigte der EGMR 2011 im Fall *R.R. v. Poland*¹²⁶ mit Blick auf nationale Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch, dass das Recht auf Zugang zu Informationen im Geltungsbereich des Rechts auf Privatleben aus Art. 8 EMRK ein Recht auf Zugang zu verfügbaren Informationen zum eigenen gesundheitlichen Zustand umfasse. Die Ausübung dieses Rechtes sei 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, der durch die Fristen für einen Schwangerschaftsabbruch entsteht.

2. Eingriff

§ 219a StGB greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Schwangeren in seiner Dimension als Recht auf Patient*innenautonomie ein, indem die Norm die Vorenthaltung von Informationen zur Folge hat, die für Schwangere, die über eine Abtreibung nachdenken, von elementarer Bedeutung sind.

3. Rechtfertigung

Dieser Eingriff ist nicht gerechtfertigt. 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. Dies ist als einfacher Gesetzesvorbehalt zu verstehen, da mit der verfassungsmäßigen Ordnung die Gesamtheit aller Normen gemeint ist, die formell oder materiell mit der Verfassung in Einklang stehen, darunter Gesetze ebenso wie Rechtsverordnungen und Satzungen. § 219a StGB selbst ist, wie oben (E.I.3) festgestellt, aufgrund seines umfassenden Sanktionscharakters unverhältnismäßig und steht somit nicht im

¹²⁴ EGMR Urt. v. 19.02.1998, *Guerra and Others v. Italy*, § 60, Rep. 1998-I; Urt. v. 19.10.2005, *Roche v. the United Kingdom*, no. 32555/96, § 155, ECHR 2005-X; Urt. v. 28.04.2009, *K.H. and Others v. Slovakia*, no. 32881/04, §§ 50-56.

¹²⁵ BVerfGE 111, 307 (317).

¹²⁶ EGMR Urt. v. 26.05.2011, *R.R. v. Poland*, no. 27617/04, Rep. 2011-III.

Einklang mit der Verfassung. Damit ist diese Norm kein zur Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geeigneter Ausdruck der verfassungsmäßigen Ordnung.

Die Kriminalisierung von Informationen zu Schwangerschaftsabbrüchen betrifft die Entscheidungsgrundlage über Schwangerschaftsabbrüche und damit über eine zutiefst persönliche Entscheidung. § 218 StGB etabliert eine Austragungspflicht für Schwangere, die nur durch die Ausnahmetatbestände des § 218a Abs. 1-3 StGB durchbrochen wird. Damit die Schwangeren durch diese Pflicht zur Austragung eines Kindes nicht zum Objekt staatlichen Handelns 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 vom Grundgesetz verbürgten Autonomieanspruch in Einklang steht. Schwangere müssen in der Lage sein, über legale Abtreibungen eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen.

Dies gilt umso mehr, weil der Gegenstand der Entscheidung – der Schwangerschaftsabbruch – dem Kern privater Lebensführung, also der Intimsphäre zuzuordnen ist. Ob eine schwangere Person ein Kind gebären möchte oder sich dazu in der Lage sieht es auszutragen, oder auch wie sie zu einem Schwangerschaftsabbruch steht, ist eine zutiefst individuelle Entscheidung, die alle Schwangeren aufgrund der inneren und äußeren Lebensumstände und persönlicher Überzeugungen zu treffen haben. Die Entscheidung über eine Schwangerschaft (oder deren Beendigung) hat weitreichende Konsequenzen für das Privatleben einer Person, die gesamte Zukunft des Lebensverlaufs, die wirtschaftlichen Lebensverhältnisse, das Verhältnis zu Freunden, Familie, den Beruf etc. Auch der EGMR betont im Fall *R.R. v. Poland*¹²⁷, welche hohe Bedeutung dem Zugang zu Informationen im Fall einer Schwangerschaft für das (in weiten Teilen dem Persönlichkeitsrecht entsprechende) Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK zuzumessen ist.

Schwangere 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 in einer so elementaren Frage

¹²⁷ EGMR Urte. v. 26.05.2011, *R.R. v. Poland*, no. 27617/04, Rep. 2011-III.

mangels Informationszugang verwehrt wird. Ihnen Informationen über eine solch relevante Lebensentscheidung vorzuenthalten, widerspricht dem Autonomieversprechen des Grundgesetzes und ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, da es Frauen nicht als autonomes Subjekt behandelt. Soweit der gesetzlichen Regelung in § 219a StGB die Vorstellung zugrunde liegen mag, Frauen seien derart leicht zu beeinflussen, dass der bloße Zugang zu sachlichen Informationen über Schwangerschaftsabbrüche sie zu unreflektierten Abbrüchen verleite, so widerspricht auch die darin liegende Missachtung der Mündigkeit und Subjektqualität von Frauen ihrem Achtungsanspruch und Persönlichkeitsrecht (siehe dazu auch F.IV.).

Wie bereits (unter F.I) ausgeführt, kommt dem Zugang zu Informationen als Grundlage für diese zutiefst persönlichen Entscheidung eine fundamentale Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der kurzen Fristen, in denen Schwangere diese Entscheidung treffen müssen.

Da andererseits ausgesprochen zweifelhaft ist, inwieweit § 219a StGB überhaupt erforderlich oder geeignet ist, die angestrebten Ziele zu verwirklichen, ist der Eingriff auch in das allgemeine Persönlichkeitsrecht Schwangerer im Ergebnis unverhältnismäßig.

III. Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG

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

1. Schutzbereich

Das Grundrecht auf Informationsfreiheit schützt das Recht, sich selbst aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Es hat damit das Recht auf Informationsempfang zum Gegenstand, dazu zählen Hören, Lesen, Sehen oder sonstige Wahrnehmen.¹²⁸ 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.¹²⁹

¹²⁸ Grabenwarter in: Dürig/Herzog/Scholz, 95. EL Juli 2021, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 996, 1014.

¹²⁹ BVerfGE 27, 71 (81f.).

Werden Methoden angegeben und weitergehende 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 *Grogan*¹³⁰, den der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Jahr 1991 zu entscheiden hatte, kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass ein Verbot hinsichtlich der Verbreitung von Informationen über Kliniken, in denen ärztliche Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden, in die Informations- und Meinungsfreiheit eingreift, obwohl in dem Land der Informationsverbreitung Abtreibungen unter Strafe gestellt sind. Auch weitergehende Informationen, die für die Entscheidung von Patient*innen bedeutend sein können, fallen zweifellos mit darunter.

2. Eingriff

Zwar richtet sich § 219a StGB gegen das Veröffentlichende bestimmter Informationen. Er behindert den Zugang zu derart veröffentlichten Quellen daher nur mittelbar. Auch darin ist jedoch ein Eingriff in die Informationsfreiheit zu sehen.

Zur Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG gehört auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des EGMR im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes führt wiederum dazu, dass die EMRK zur Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes heranzuziehen ist. Daher ist die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung der deutschen Grundrechte – soweit möglich – zu berücksichtigen.¹³¹

In dem Fall *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*¹³² entschied der EGMR, dass es die Freiheit auf Information und Meinungsäußerung aus Art. 10 EMRK verletzt, wenn in einem Konventionsstaat, 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 ging davon aus, dass auch das Verbot der Organisationen, das also auch

¹³⁰ EuGH Urt. v. 04.10.1991, Rs. C-159/90.

¹³¹ BVerfGE 111, 307 (LS 1) – *Görgülü*.

¹³² EGMR Urt. v. 29.10.1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Nr. 14234/88.

eine Informationsquelle für Schwangere behinderte, bereits deren Recht auf freien Informationszugang verletzte. Das lässt sich auf die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Satz. 1 Alt. 2 GG übertragen. Auch ein an Ärzt*innen gerichtetes Verbot, relevante Informationen zu teilen, greift in die Informationsfreiheit von Schwangeren ein.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Zwar kann die Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 2 GG aufgrund eines allgemeinen Gesetzes eingeschränkt werden. Dieses allgemeine Gesetz (§ 219a StGB) muss wiederum verfassungsgemäß, also auch verhältnismäßig sein. Das Rechtsgut der Informationsfreiheit überwiegt jedoch das in § 219a StGB geschützte Rechtsgut. § 219a StGB ist demnach unverhältnismäßig.

Ein strafrechtliches Verbot, das den Zugang zu Informationen über Schwangerschaftsabbrüche behindert, unterliegt hohen verfassungs- und völkerrechtlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen, denen § 219a StGB auch in seiner reformierten Fassung nicht gerecht werden kann.

§ 219a StGB dient – wie bereits ausgeführt – legitimen Zwecken, zu deren Förderung er allerdings bereits weitestgehend ungeeignet und nicht erforderlich ist. Der mit ihm verbundene Eingriff in die Informationsfreiheit Schwangerer ist jedoch unangemessen. Denn der Zugang zu Informationen über Schwangerschaftsabbrüche ist besonders schutzwürdig, weil er zugleich eine Ausprägung des Rechts auf Patient*innen-Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG und des Rechts auf Gesundheit (dazu unter F.I) wie auch des im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verbürgten Recht auf Entscheidungsautonomie ist (dazu unter F.II).

Der EGMR hatte im Fall *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*¹³³ die Frage zu entscheiden, ob die Freiheit auf Information und Meinungsäußerung aus Art. 10 EMRK verletzt ist, wenn in einem Konventionsstaat, 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

¹³³ EGMR Urte. v. 29.10.1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Nr. 14234/88.

zugunsten des Schutzes des ungeborenen Lebens und der Moral und der Prävention von Straftaten verhältnismäßig ist.

Der EGMR kam zu dem Ergebnis, dass die Konventionsstaaten zwar einen großen Ermessensspielraum hätten, was den Schutz der Moral betreffe, insbesondere was die Notwendigkeit einer Strafe angehe. Allerdings sei 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.

Diese Wertungen aus dem Fall *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* können auf die deutsche Situation übertragen werden.¹³⁴ Auch hier stellt sich die Frage, ob auch neutral gehaltene Informationen darüber, wer welche Art von Schwangerschaftsabbrüchen vornimmt und wie dieser abläuft, verboten werden können. 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.

¹³⁴ Zur Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des EGMR 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*.

IV. Gleichheitsgrundrechte, Art. 3 GG

Das Werbeverbot des § 219a StGB verstößt zudem gegen das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, gegen das Gleichstellungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 wie auch gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

1. 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.¹³⁵ Dieses Gleichheitsgrundrecht enthält damit ein Differenzierungsverbot aufgrund des Geschlechts auch für mittelbare Ungleichbehandlungen.¹³⁶ 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“.¹³⁷ 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.¹³⁸

Auch wenn der Gesetzgeber bei der Regelung des § 219a StGB stets Frauen im Sinn hatte, wirkt sich die Regelung auch auf transgeschlechtliche, intergeschlechtliche und nicht-binäre Menschen aus, die schwanger sind oder werden können. Sie sind gleichermaßen aus Gründen des Geschlechts betroffen und die folgenden Erwägungen insofern auf sie übertragbar.

a) Benachteiligung

§ 219a StGB hat u.a. zur Folge, dass Ärzt*innen auf ihrer Internetseite keine zusätzlichen Angaben zu Methode und Ablauf von Schwangerschaftsabbrüchen machen dürfen, die sich in

¹³⁵ BVerfGE 85, 191 (206); 114, 357 (364).

¹³⁶ BVerfGE 97, 35 (43); 104, 373 (393).

¹³⁷ BVerfGE 85, 191 (207).

¹³⁸ BVerfGE 132, 72 (98 Rn. 58).

ihrem Leistungsspektrum befinden. Schwangere können weder abstrakt noch in einem konkreten Abtreibungsfall Informationen aus erster Hand darüber erlangen, ob Ärzt*innen ihres Vertrauens bestimmte Arten von Leistungen zum Schwangerschaftsabbruch vornehmen, warum bestimmte Methoden präferiert werden, welche Risiken damit verbunden sind, in welchem Umfeld der Abbruch stattfindet usw. Diese Verwehrung von Informationen über im Rahmen der geltenden Rechtsordnung verfügbare Gesundheitsleistungen stellt einen Nachteil dar.

Dieser Nachteil ist auch eine Benachteiligung wegen des weiblichen Geschlechts. Er knüpft an das biologische Geschlecht – die Gebärfähigkeit – an und betrifft damit als Patientinnen weit überwiegend Frauen. Schwangerschaften männlicher oder nicht-binärer Personen sind demgegenüber äußerst selten.

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. Hierin spiegelt sich nur zum Teil die Einschränkung im Patient*innen-Selbstbestimmungsrecht wieder, welches für schwangere Frauen zum Schutz des ungeborenen Lebens begrenzt wird. Außerhalb der §§ 218 ff. StGB existiert keine Möglichkeit, gesunde Personen zu einem derart weitreichenden körperlichen Eingriff zugunsten Dritter (wie einer Geburt) zu zwingen. Lebensrettende Organspenden, Blutspenden etc. bedürfen immer des informierten Einverständnisses der spendenden Person. Die §§ 218 ff. StGB etablieren demgegenüber eine Austragungspflicht auch für ungewollt schwangere Frauen, die nur unter den sehr begrenzten Möglichkeiten des § 218a Abs. 1–3 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. Auch in diesen Fällen jedoch – und damit über den Vorrang des Schutzes des ungeborenen Lebens

hinaus – greift das Informationsverbot des § 219a StGB, das Frauen den Zugang zu Informationen über nicht strafbare Gesundheitsleistungen unter Strafandrohung verwehrt.

Zwar können nur Frauen Schwangerschaftsabbrüche vornehmen lassen. Dies schließt jedoch eine Geschlechtsdiskriminierung nicht aus.¹³⁹ 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. Knüpft ein Nachteil an die Schwangerschaft oder Mutterschaft an, liegt darin eine rechtfertigungsbedürftige Benachteiligung wegen des weiblichen Geschlechts.¹⁴⁰ Die Verweigerung von Informationen über im Rahmen der geltenden Rechtsordnung verfügbare Gesundheitsleistungen durch § 219a StGB stellt damit einen Nachteil für Frauen dar.

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 Personen einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen bzw. sich über einen potenziellen Eingriff am eigenen Körper informieren können.

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.

b) Rechtfertigung

Biologische Unterschiede, die mit dem körperlichen Geschlecht in Zusammenhang stehen – wie die Schwangerschaft – können eine Ungleichbehandlung nur dann rechtfertigen, wenn diese zwingend erforderlich ist. Es ist nicht erkennbar, weshalb es Frauen aufgrund ihrer

¹³⁹ BVerfGE 132, 72 (97 Rn. 57); BVerfGK 18, 401 (410); Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 108. 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 – *Danos*; Urt. v. 08.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker*; Urt. v. 27.02.2003, Rs. C-320/01 – *Busch*; Urt. v. 29.10.2009, Rs. C-63/08 – *Alabaster*.

¹⁴⁰ Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 108.

Fähigkeit Kinder zu bekommen verwehrt sein sollte, freien und selbstbestimmten Zugang zu relevanten Informationen über verfügbare Gesundheitsleistungen durch Ärzt*innen zu bekommen.

Zwar ist es eine Besonderheit dieser Gesundheitsleistung, dass sie den Schutz des ungeborenen Lebens betrifft. Dies rechtfertigt jedoch, wie gesehen, nicht das in § 219a StGB enthaltene Verbot von sachlichen Informationen über diese Gesundheitsleistung. Sind reproduktive Gesundheitsleistungen straflos, wie dies für bestimmte Schwangerschaftsabbrüche in § 218a StGB geregelt ist, besteht ein Wertungswiderspruch, wenn schwangere Frauen aufgrund von § 219a StGB beim Zugang zu ärztlichen Informationen diskriminiert werden dürfen. Die Verhinderung der „Normalisierung“ und „Kommerzialisierung“ des Schwangerschaftsabbruchs kann, wie gesehen, diese Benachteiligung nicht zwingend erforderlich erscheinen lassen; selbst nach einem für faktische Benachteiligungen auf „Sachgründe ... von erheblichem Gewicht“ abgemilderten Maßstab kann dieser Gesetzeszweck die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen.

Dass in der Situation einer (ggf. 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 (oben E.III) und selbstbestimmte Informierung (oben E.I und E.II) 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.

2. 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.¹⁴¹

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

¹⁴¹ Vgl. dazu BVerfGE 85, 191 (206 f.); 92, 91 (109).

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.“¹⁴²

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**.¹⁴³ Klarstellend kommt dies seit 1994 im expliziten Gestaltungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zum Ausdruck.¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵ Gleichzeitig ist es ihm **verwehrt, dabei existierende Rollenmuster zu verfestigen**.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷ Hiervon umfasst sind über eine solche unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus auch die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung für Frauen und Männer.¹⁴⁸

§ 219a StGB enthält, wie gesehen (oben E.IV.1.) 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

¹⁴² BVerfGE 147, 1 (Rn. 60) – *Dritte Option*, Hinweis auf BVerfGE 85, 191 (206 f.).

¹⁴³ BVerfGE 89, 276 (285), Hinweis auf BVerfGE 85, 191 (207).

¹⁴⁴ BVerfGE 147, 1 (Rn. 60).

¹⁴⁵ BVerfGE 92, 91 (109), Hinweis auf BVerfGE 74, 163 (180); 85, 191 (207).

¹⁴⁶ BVerfGE 85, 191 (207).

¹⁴⁷ BVerfGE 84, 9 (17), Hinweis auf BVerfGE 74, 163 (179).

¹⁴⁸ BVerfGE 113, 1, (15 f.); vgl. ferner BVerfGE 126, 29 (53).

zukünftige Lebensplanung, die wirtschaftliche, berufliche, soziale und evtl. auch die gesundheitliche Situation einer Frau.

Darüber hinaus führt § 219a StGB dazu, Frauen durch die gezielte Vorenthaltung relevanter medizinischer Informationen in einem **Zustand der Unmündigkeit** zu halten, um sie dadurch von einer selbstbestimmten Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch abzuhalten; dies hat der Gesetzgeber im Rahmen der Reform 2019 durch die Betonung des Ziels des Lebensschutzes noch einmal deutlich nahegelegt. Denn nur so ist zu erklären, dass die Vorschrift weiterhin auch Informationen über straflose Abbrüche unter Strafe stellt. Hiermit werden zumindest indirekt tradierte Stereotype über Frauen aufrechterhalten, wonach diese in besonderer Weise vor unbedachten Entscheidungen bewahrt werden müssen¹⁴⁹ und deswegen nicht in gleicher Weise wie Männer als autonome Subjekte behandelt werden können. Soweit der gesetzlichen Regelung in § 219a StGB die Vorstellung zugrunde liegen mag, Frauen seien derart leicht zu beeinflussen, dass der bloße Zugang zu sachlichen Informationen über Schwangerschaftsabbrüche sie zu unreflektierten Abbrüchen verleite, so widerspricht die darin liegende Missachtung der Mündigkeit und Subjektqualität von Frauen ihrem Achtungsanspruch und Persönlichkeitsrecht. Hiermit werden entgegen Art. 3 Abs. 2 GG sexistische Stereotype bedient und Rollenmuster verfestigt.

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

Dies ergibt sich auch bei einer Auslegung von Art. 3 Abs. 2 GG im Lichte des von Deutschland ratifizierten Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (**CE-DAW**). Art. 12 CEDAW regelt, dass die Vertragsstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur

¹⁴⁹ Vgl. Wapler, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 185–214 (196–198).

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. Dort heißt es, dass Staaten insbesondere gewährleisten müssen, Barrieren abzubauen, die den Zugang von Frauen zu Gesundheitsdienstleistungen, Bildung, Informationen, inklusive des Bereichs der sexuellen und reproduktiven Gesundheit erschweren.¹⁵⁰

Art. 16 Abs. 1 lit. e CEDAW verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, 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 ein „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“ zu gewährleisten.

G. Keine 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.¹⁵¹ 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.¹⁵²

Der Wortlaut des § 219a StGB ist zwar schwer verständlich und regelungstechnisch missglückt. Er lässt aber **keine Auslegung zu, die noch verfassungsgemäß wäre**. § 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

¹⁵⁰ CEDAW, General Recommendation no. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health), 1999, UN Doc. A/54/38/Rev.1, Kap. I, § 31(b).

¹⁵¹ BVerfGE 19, 1 (5); 49, 89 (157).

¹⁵² Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Band I, Art. 1 Abs. 3 Rn. 85.

Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs anzubieten, anzukündigen, anzupreisen oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntzugeben.

Grenze der verfassungskonformen Auslegung ist der Wortlaut der Norm. Nach dem eng gefassten Wortlaut („auf die Tatsache hinweisen, dass“) ist es auch weiterhin zwingend strafbar, wenn Ärzt*innen **zusätzliche Angaben über Methoden, Kosten oder Hintergründe** machen. Bereits diese Punkte begründen die Verfassungswidrigkeit der Norm. Nach der Rechtsprechung ist es zudem weiterhin strafbar, wenn Ärzt*innen Patient*innen auf deren Bitte **Informationsmaterial zuschicken**¹⁵³ oder wenn sie **zusätzliche Angaben über die Atmosphäre** machen, in welcher Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden.¹⁵⁴

Eine Lesart dafür, eine verfassungskonforme Auslegung vorzunehmen, die rein deskriptive Darstellung zur Art und Weise, Kosten und Ablauf eines Schwangerschaftsabbruchs im Leistungszentrum auszunehmen, würde dem Wortlaut widersprechen.

¹⁵³ OLG Frankfurt, Urt. v. 15.01.2021 – 1 Ss 15/19.

¹⁵⁴ KG Berlin, Urt. v. 19.11.2019 – (3) 121 Ss 143/19 (80 + 81/19), mit dem Hinweis, der auf der Internetseite der ärztlichen Praxis veröffentlichter Zusatz „in geschützter Atmosphäre“ stelle jedenfalls mehr als eine neutrale Informationsbereitstellung dar.