

# Anfängerklausur: Werbung für den Schwangerschaftsabbruch

Von Wiss. Mitarbeiter **Alexander Hobusch**, Düsseldorf\*

*Die Strafvorschrift der „Werbung für den Schwangerschaftsabbruch“ in § 219a StGB ist spätestens nach einer öffentlichkeitswirksamen Verurteilung einer Medizinerin in aller Munde. Der vorliegende Fall behandelt die Verfassungsmäßigkeit der Norm im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde. Die Klausur bereitet in rechtlicher Hinsicht weniger Schwierigkeiten, es bieten sich aber an einigen Stellen Einfallstore für eine überdurchschnittliche Bearbeitung, ansonsten ist das Ergebnis der Klausur vor allem von der Argumentation des Bearbeiters in der Verhältnismäßigkeit geprägt. Mit der Meinungs- und Berufsfreiheit werden hier zum anderen zwei „Klassiker“ gegen das Gesetz in Stellung gebracht, welche auch bereits im ersten Semester zum Handwerkszeug eines jeden Juristen zählen sollten.*

## Sachverhalt

A ist niedergelassene Ärztin in der Gemeinde G. Zu ihren Leistungen zählt unter anderem auch die Assistenz bei Schwangerschaftsabbrüchen. A beschreibt auf ihrer Webseite ihre beruflichen Tätigkeiten. Auf der Homepage wird die gute Beratung und die hervorragende Reputation der A hervorgehoben. Dort ist unter der Rubrik „Leistungen“ unter anderem ein Feld mit der Bezeichnung „Schwangerschaftsabbruch“ sichtbar.

Das Amtsgericht verurteilt die A auf Grundlage von § 219a StGB zu einer Geldstrafe von 6000 €. Eingelegte Rechtsmittel haben keinen Erfolg, auch letztinstanzlich wird die Entscheidung des Amtsgerichts bestätigt.

Im Urteil wird ausgeführt, dass der Tatbestand des § 219a StGB erfüllt sei, auch die reine Information falle unter die Norm, dies sei Absicht des Gesetzgebers gewesen. Dieser habe es verhindern wollen, dass über einen Schwangerschaftsabbruch „wie über jedes andere Thema“ gesprochen werde. Das ergebe sich, wie das Gericht zutreffend ausführt, aus der Gesetzesbegründung. Darüber hinaus verhindere das Verbot der Werbung effektiv, dass Betroffene sich leichtfertig für einen Abbruch entscheiden. Beim Schutz des ungeborenen Lebens handle es sich auch um ein elementares Rechtsgut, hinter das die Meinungsfreiheit und auch die Berufsfreiheit zurücktreten müssten.

A sieht sich durch das Urteil in ihren Grundrechten verletzt. Bei der reinen Information auf der Webseite handle es sich doch um keine „Werbung“ für den Schwangerschaftsabbruch. Sie meint, der Gesetzgeber habe bei der Regelung des Rechts zum Schwangerschaftsabbruch den Fokus auf die verpflichtende Beratung im Sinne des § 219 StGB gelegt. Unter gewissen Voraussetzungen sei der Abbruch der Schwangerschaft schließlich erlaubt (§§ 218, 218a, 219

StGB), damit könne ein „Werben“ für ein legales Handeln doch nicht unter Strafe stehen. Außerdem sei überhaupt nicht gezeigt, dass das Verbot der Werbung zu einer Reduzierung der Schwangerschaftsabbrüche führe.

Die A erhebt dagegen die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde begründet?

## Bearbeitervermerk

Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist ggf. hilfsgutachterlich einzugehen. Gehen Sie in Ihrer Bearbeitung davon aus, dass § 219a StGB formell verfassungsgemäß ist.

*Hinweis:* Auf §§ 218 ff. StGB wird hingewiesen.

## Lösungsvorschlag

### A. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde der A ist begründet, soweit diese durch die gerichtliche Entscheidung in spezifisch verfassungsrechtlicher Weise in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist.

### I. Prüfungsmaßstab

Da K gegen ein Urteil eines Fachgerichts vorgeht, muss zunächst die Kontrolldichte der Gerichtsbarkeit des BVerfG gegenüber den Fachgerichten festgelegt werden.

Das BVerfG ist keine „Superrevisionsinstanz“. Das bedeutet, dass die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts ausschließlich Sache der Fachgerichte ist und nicht der Verfassungsgerichtsbarkeit zuzuordnen ist. Eine vollständige Rechtmäßigkeitskontrolle am Maßstab des einfachen Rechts ist durch das BVerfG deshalb ausgeschlossen. Um seine Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen zu beschränken, prüft das BVerfG deshalb ausschließlich die Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“. Der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung der Grundrechte liegen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das Fachgericht nicht erkannt hat, dass ein oder mehrere Grundrechte überhaupt anwendbar sind, oder die Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts nicht erfasst hat und die gerichtliche Entscheidung auf diesem Fehler beruht.

Vorliegend ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass das Gericht die Reichweite oder Bedeutung der Meinungs- und Berufsfreiheit verkannt hat.

### II. Verletzung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG. Dazu müsste der Schutzbereich eröffnet sein, ein grundrechtlicher Eingriff vorliegen und dieser dürfte nicht gerechtfertigt sein.

---

\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtslehre und Rechtssoziologie an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (Prof. Dr. Martin Morlok). Die Fallgestaltung wurde im Wintersemester 2017/2018 als Probeklausur in der Vorlesung „Grundrechte“ von Prof. Dr. Martin Morlok angeboten.

1. *Schutzbereich*

a) *Persönlich*

Bei der Meinungsfreiheit handelt es sich um ein „Jedermannrecht“, sodass sich auch die A als natürliche Person darauf berufen kann.

b) *Sachlich*

Dem Wortlaut nach schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG das Äußern und Verbreiten der „Meinung“. Der Begriff der „Meinung“ allerdings ist umstritten. Unstreitig ist, dass jedenfalls Werturteile darunterfallen. Werturteile sind Äußerungen, die von den Elementen der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind. Abzugrenzen sind Werturteile von reinen Tatsachen. Tatsachenbehauptungen sind als solche dem Wahrheitsbeweis zugänglich, sind also objektiv wahr oder falsch.

Vorliegend enthält die Webseite der A unter „Leistungen“ den Punkt „Schwangerschaftsabbruch“. Es handelt sich dabei nicht nur um eine schlichte Aufzählung der Leistungen, die kein Werturteil erkennen lassen, sondern rein informativen Charakter haben. Die Frage, ob die A Schwangerschaftsabbrüche als Leistung anbietet oder nicht ist dem Wahrheitsbeweis zugänglich. Es handelt sich mithin um eine Tatsache. Ob Tatsachen unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen, ist streitig. Eine Ansicht geht davon aus, dass auch Tatsachenbehauptungen unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen sollen.<sup>1</sup> Danach wäre der Schutzbereich hier eröffnet.

Eine andere Ansicht hingegen begrenzt den Schutzbereich dem Grunde nach nur auf Werturteile. Tatsachen sollen jedoch dann auch erfasst werden, wenn sie Voraussetzung zur Meinungsbildung sind,<sup>2</sup> mit dem Werturteil also verknüpft sind, kurz gesagt also Meinungsbezug aufweisen. Danach fallen umgekehrt nur solche Tatsachen aus dem Schutzbereich, die keine Verbindung zu Werturteilen haben und auch nicht für die Bildung von Meinungen relevant sind,<sup>3</sup> etwa Statistiken.<sup>4</sup> Bei den vorliegenden Äußerungen handelt es sich um Tatsachen, die für sich genommen nicht mit einem speziellen Werturteil verknüpft sind. Andererseits ist hier auch der Gesamtzusammenhang der Webseite zu beachten. Diese enthält sehr wohl auch Werturteile und ist somit insgesamt auf die Bildung einer Meinung gerichtet. Damit dürften auch die einzelnen Aufzählungen nicht isoliert, sondern im Kontext dieser „Werbung“ gesehen werden. Die genannten Tatsachen sind also jedenfalls für die Meinungsbildung relevant und damit Grundlage der Meinungsbildung. Folglich ist auch nach dieser Ansicht der Schutzbereich eröffnet. Einer Streitentscheidung bedarf es somit nicht.

<sup>1</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, Rn. 209; Payandeh, JuS 2016, 690 (691).

<sup>2</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BVerfGE 54, 208 (219); zuletzt BVerfGE 90, 241 (247).

<sup>3</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Rn. 63.

<sup>4</sup> Dazu etwa BVerfGE 65, 1 (41).

*Hinweis:* Mit entsprechender Argumentation ist es wohl auch vertretbar, die Eröffnung des Schutzbereiches abzulehnen.

Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG schützt nicht nur die Bildung, sondern auch die Äußerung der Meinung. Die Aufzählung „in Wort, Schrift oder Bild“ ist dabei nicht abschließend,<sup>5</sup> sodass auch die Veröffentlichung auf der Internetseite dazu zählt. Somit ist der sachliche Schutzbereich eröffnet.

2. *Eingriff*

Bei dem angegriffenen, letztinstanzlichen Urteil handelt es sich um eine finale, unmittelbare, rechtsförmige und mit Zwang durchsetzbare staatliche Maßnahme, mithin um einen Eingriff im klassischen Sinne.

3. *Rechtfertigung*

Der Eingriff in die Meinungsfreiheit könnte gerechtfertigt sein.

a) *Schranke (= Beschränkbarkeit)*

Die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG, also insbesondere die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG unterstehen dem einheitlichen Gesetzesvorbehalt aus Art. 5 Abs. 2 GG. Danach ist die Meinungsfreiheit einschränkbar durch allgemeine Gesetze, Gesetze zum Schutze der Jugend und Gesetze zum Schutz der persönlichen Ehre. Somit handelt es sich bei Art. 5 Abs. 2 GG um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt.<sup>6</sup>

b) *Schranken-Schranke (= Grenzen der Beschränkbarkeit)*

Die Beschränkbarkeit des Grundrechts unterliegt aber selbst Beschränkungen. Um den Grundrechtseingriff rechtfertigen zu können, bedarf es zunächst einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, auf die das Handeln des Staates gestützt werden kann. Dies fordert der sog. Vorbehalt des Gesetzes, der als rechtsstaatliches Gebot für alle Grundrechte gilt. Die gesetzliche Grundlage für die Verurteilung ist vorliegend § 219a StGB.

aa) *Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes*

(1) *Anforderungen an den qualifizierten Gesetzesvorbehalt*

Nach den obigen Feststellungen ist ein die Meinungsfreiheit einschränkendes Gesetz nur dann verfassungsgemäß, wenn es ein allgemeines Gesetz darstellt, es dem Schutz der Jugend, oder dem Recht der persönlichen Ehre dient. Nach dem BVerfG<sup>7</sup> müssen auch Gesetze zum Schutze der Jugend oder der persönlichen Ehre allgemein sein, womit die beiden anderen Schranken ihren eigenständigen Anwendungsbereich weitestgehend verloren haben.

Was unter einem „allgemeinen“ Gesetz zu verstehen ist, wird unterschiedlich beurteilt.

<sup>5</sup> Schulze-Fielitz (Fn. 3), Art. 5 Rn. 67 f.

<sup>6</sup> Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 644.

<sup>7</sup> BVerfGE 124, 300 (326 f., 338); zur Kritik daran siehe etwa Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 645.

Nach der *Sonderrechtslehre* ist ein Gesetz dann allgemein, wenn es nicht gegen die Meinungsäußerung oder eine bestimmte Meinung als solche gerichtet ist.<sup>8</sup> Die *Abwägungslehre* hingegen stellt für die Allgemeinheit darauf ab, ob das von dem einschränkenden Gesetz geschützte Rechtsgut wichtiger als die Meinungsfreiheit ist und daher Vorrang verdienen.<sup>9</sup> Das Bundesverfassungsgericht kombiniert beide Lehren und sieht ein Gesetz dann als allgemein an, wenn es nicht gegen eine Meinung als solche gerichtet ist und dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu gewährleisteten Rechtsgutes stehen, welches der Meinungsfreiheit nicht nachsteht (*Kombinationslehre*).<sup>10</sup>

Das gesetzliche Verbot des § 219a StGB untersagt die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche. Hier ließe sich kurz überlegen, ob damit die Meinung „Werbung für den Schwangerschaftsabbruch“ als solche verboten wird. Allerdings ist zu bedenken, dass nicht alle Äußerungen über Schwangerschaftsabbrüche erfasst sind, sondern nur „grob anstößige“ oder kommerzielle, die Meinung also nicht schlechthin, sondern nur in gewissen Fallgestaltungen beschränkt wird. Sie dient außerdem dem Schutz des werdenden Lebens, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und damit einem Rechtsgut, das der Meinungsfreiheit nicht nachsteht. Somit ist das Gesetz nach allen Ansichten, jedenfalls aber nach der Abwägungslehre als allgemein zu qualifizieren.

Die gesetzliche Regelung des § 219a StGB stellt als allgemeines Gesetz eine taugliche Schranke im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG dar.

*Hinweis:* Eine nähere Problematisierung, ob das Gesetz der Sonderrechtslehre entspricht – wie es hier nur angedeutet wird –, kann im ersten Semester wohl nicht erwartet werden. Hier ließe sich mit entsprechender Begründung wohl auch vertreten, dass es an der Allgemeinheit nach der Sonderrechtslehre fehlt. Dann müsste freilich thematisiert werden, ob die Meinungsfreiheit – neben Art. 5 Abs. 2 GG – auch durch verfassungsimmanente Schranken beschränkbar ist.<sup>11</sup>

## (2) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die formelle Verfassungsmäßigkeit ist laut Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

## (3) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das Gesetz müsste weiterhin materiell verfassungsgemäß sein. Verfassungswidrig ist das Gesetz, wenn es gegen Verfassungsprinzipien oder Grundrechte Dritter verstößt.

### (a) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Regelung des § 219a StGB könnte einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG darstellen. Danach kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt ist.

Das Bestimmtheitsgebot ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG, letztendlich aber auch Ausprägung des Vorbehalts des Gesetzes: Die Bestimmtheit beschränkt die Befugnisse zu Grundrechtseingriffen und legt die abstrakten Voraussetzungen fest. Dies dient der Vorhersehbarkeit für den Betroffenen.<sup>12</sup> Bei Art. 103 Abs. 2 GG handelt es sich um eine Verschärfung des allgemeinen Bestimmtheitsgebots.<sup>13</sup>

Rechtsvorschriften sind so genau zu formulieren, „wie dies nach den zu ordnenden Lebenssachverhalten mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.“<sup>14</sup> Die Rechtslage muss für den Betroffenen erkennbar sein, damit das Verhalten darauf ausgerichtet werden kann.<sup>15</sup>

Das Gesetz spricht davon, dass das „Anbieten, Ankündigen, Anpreisen oder das Abgeben von Erklärungen“ von eigenen oder fremden Diensten zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs strafbar ist. Unter dem „Abgeben von Erklärungen“ kann sich auch ein juristischer Laie vorstellen, dass dies auch Inhalte auf einer Webseite sind, der Tatbestand ist sogar mit diversen Begehungsvarianten gespickt, die verdeutlichen, welches Verhalten der Gesetzgeber im Blick hatte. Insofern war die Rechtslage für die A durchaus erkennbar.

Auch der Begriff „grob anstößig“ könnte zu unbestimmt sein. Allerdings ist auch hier zu bedenken, dass der Begriff durch rechtswissenschaftliche Literatur und Rechtsprechung hinreichend präzisiert ist. Außerdem führt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht zwangsläufig zu einer Verfassungswidrigkeit, vielmehr besteht dann auf Ebene der Gesetzesanwendung ein Präzisierungsgebot,<sup>16</sup> dem durch die ständige Spruchpraxis wohl hinreichend nachgekommen ist.

### (b) Verhältnismäßigkeit

Außerdem müsste das Gesetz verhältnismäßig sein.

#### (aa) Mittel-Zweck-Relation

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit stellt sich die Frage, in welcher Relation der Eingriff zu seinen Zwecken steht (Mittel-Zweck-Relation). Zweck des Eingriffs ist der Schutz des ungeborenen Lebens. Dies hat der Gesetzgeber unter anderem durch die Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht. Das Verbot von Werbung in Bezug auf Schwangerschaftsabbrüche ist auch ein legitimes Mittel.

<sup>8</sup> Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 649.

<sup>9</sup> Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 651.

<sup>10</sup> BVerfGE 97, 125 (146); Zum Streitstand ausführlich Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 648 ff.

<sup>11</sup> Dazu etwa Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 20 Rn. 83 f.

<sup>12</sup> Jarass (Fn. 11), Art. 20 Rn. 83 f.

<sup>13</sup> Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 63.

<sup>14</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BVerfGE 93, 213 (238 m.w.N.).

<sup>15</sup> Siehe etwa BVerfGE 62, 169 (182 f. m.w.N.).

<sup>16</sup> Degenhart (Fn. 13), Art. 103 Rn. 64, 69.

*(bb) Geeignetheit*

Geeignet ist ein Mittel dann, wenn es dazu dient, den verfolgten Zweck zu erreichen. Eine Teileignung genügt. Vorliegend ließe sich daran jedenfalls zweifeln, denn laut Sachverhalt ist unklar, ob das Verbot der Werbung tatsächlich zu einem Weniger an Schwangerschaftsabbrüchen führt. Allerdings ist dem Gesetzgeber ein gewisser Einschätzungsspielraum einzuräumen: Die Geeignetheit einer Maßnahme kann dieser etwa weniger deutlich abschätzen wie die ausführende Verwaltung. Damit ergibt sich, dass die Maßnahme jedenfalls – auch unter Zugrundelegung des Einschätzungsspielraumes – nicht völlig ungeeignet ist, Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern.

*(cc) Erforderlich*

Erforderlich ist ein Mittel dann, wenn es kein milderes, gleich geeignetes Mittel gibt. Vorliegend ließe sich an staatliche Informationskampagnen denken, die ebenfalls vor den Folgen eines Schwangerschaftsabbruchs warnen könnten. Allerdings ist davon auszugehen, dass eine unverbindliche „Information“ zu dem Thema weit weniger geeignet ist, Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern wie das streitgegenständliche Verbot der Werbung. Auch eine Beschränkung auf das Verbot „sittenwidriger“ Werbung wäre zwar milder, aber nicht gleich geeignet.

*(dd) Angemessen*

Angemessen, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne ist die Regelung dann, wenn der Grundrechtseingriff als Mittel staatlichen Handelns dem Grad und Wert der Zweckerreichung angemessen ist, d.h. die Schwere des Eingriffs durch den Nutzen des verfolgten Zwecks aufgewogen wird.

Vorliegend ist zu bedenken, dass es sich bei dem beschränkten Grundrecht um das der Meinungsfreiheit und damit um ein besonders gewichtiges Grundrecht handelt. Nach der sog. „Wechselwirkungslehre“<sup>17</sup> müssen die Meinungsfreiheit einschränkende Gesetze ihrerseits im Lichte der Meinungsfreiheit ausgelegt werden. Es findet also eine Wechselwirkung zwischen dem einschränkenden Gesetz und der Meinungsfreiheit statt. Grund ist die schlechthin konstituierende Bedeutung der Meinungsfreiheit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Dies bedeutet, dass das einschränkende Gesetz einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen ist.<sup>18</sup>

*Abstrakt* stehen sich mit der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Alt. 1 GG) und dem Schutz des ungeborenen Lebens (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) zwei Werte von Verfassungsrang gegenüber. Zur *konkreten* Betrachtung lässt sich anführen, dass die Beeinträchtigung schwer wiegt: Jegliches Werben, ja jeglicher Hinweis auf eine entsprechende Tätigkeit fällt unter den weiten Tatbestand des § 219a StGB. Damit wird dem Arzt eine derartige Äußerung praktisch unmöglich gemacht. Umgekehrt führt das Mittel nur eingeschränkt zu

einer Zweckerreichung: Denn ob nun Hinweise auf den Seiten der Ärzte existieren oder nicht: Dies führt wohl nicht zwangsläufig dazu, dass die Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche zunimmt. Zum anderen ist zu bedenken, dass das Recht des Schwangerschaftsabbruchs äußerst restriktiv geregelt ist, ferner auch die verpflichtende Konsultation einer in das gesetzliche Schutzkonzept integrierten Beratungsstelle vorsieht. Es ist mithin nicht so, dass ein Schwangerschaftsabbruch leichter oder schwerer durchführbar ist, nur weil die dazugehörigen Informationen, insbesondere ob ein bestimmter Arzt einen solchen Eingriff vornehmen kann, frei verfügbar sind. Der Gesetzgeber hat nach der gesetzlichen Systematik der §§ 218 ff. StGB ferner den höchsten Stellenwert der verpflichtenden Beratung der Schwangeren zugemessen, unter gewissen Voraussetzungen schließlich den Schwangerschaftsabbruch legalisiert.

In Betracht zu ziehen ist, dass das Verbot Kommerzialisierungsaspekten entgegenwirkt. Es soll verhindert werden, dass der Schwangerschaftsabbruch zum Gegenstand von Werbung und Wettbewerb wird. Dies ist in diesem sensiblen Bereich ein legitimes und schützenswertes Ziel. Auch ist das Verbot begrenzt auf den kommerziellen Bereich: Nur, wer mit „Bereicherungsabsicht“ handelt, unterfällt dem Verbot, andernfalls ist § 219a StGB nicht einschlägig. Außerdem lässt sich vorbringen, dass Ärzte nicht auf Werbung angewiesen sein sollen und der Arzt ohnehin nur in Grenzen für seinen Beruf werben kann.

Die konkrete Ausgestaltung des Gesetzgebers führt aber dazu, dass auch die reine Information bereits strafrechtliche Sanktionen auslöst. Hier wird die Grenze der Angemessenheit wohl überschritten sein. Dem Gesetzgeber hätte es offen gestanden, weitergehende Ausnahmetatbestände einzuführen, insbesondere die Art, Umfang oder Form zu reglementieren. Stattdessen wurde – mit Ausnahme der Tatbestandbegrenzungen in Abs. 2 und 3 – ein umfassendes Werbe- und Informationsverbot jedenfalls für mit „Bereicherungsabsicht“ Handelnde eingeführt. Aufgrund der schwachen Prognose in Bezug auf die Zweckerreichung ist der Eingriff aber zu intensiv: Weniger einschneidende – jedenfalls Informationshandeln ausnehmende – Regelungen wären ebenso möglich gewesen.

Somit ist die Regelung unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

*Hinweis:* Eine andere Ansicht ist mit guter Begründung sicherlich vertretbar; allerdings wird ein gewisser Argumentationsaufwand notwendig sein, um die bestehenden Bedenken, die auch im Sachverhalt angelegt sind, zu zerstreuen.

*bb) Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes*

Aufbauend auf das verfassungswidrige Gesetz ist damit auch das angegriffene Urteil verfassungswidrig.

*cc) Zwischenergebnis*

Das letztinstanzliche Urteil verstößt gegen die Meinungsfreiheit der A aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG und ist damit verfassungswidrig.

<sup>17</sup> Grundlegend zur Wechselwirkungslehre etwa *Schulze-Fielitz* (Fn. 3), Art. 5 Rn. 158 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> *Michael/Morlok* (Fn. 1), Rn. 653.

**III. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG**

A könnte ferner in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sein. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG stehen hier in Idealkonkurrenz,<sup>19</sup> sind also nebeneinander zu prüfen.

**1. Schutzbereich****a) Persönlich**

Bei der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um ein Deutschengrundrecht, auf das sich A berufen kann.

**b) Sachlich**

Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht sowohl die Berufsausübung als auch die Berufswahl. Beruf ist dabei jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>20</sup>

A kann sich als niedergelassene Ärztin auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen.

*Hinweis:* Besonders aufmerksame Bearbeiter könnten auf die Idee kommen, die Problematik der Gemeenschädlichkeit<sup>21</sup> anzubringen: Wenn also der Beruf der A (ausschließlich) darin bestünde, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, könnte man jedenfalls kurz überlegen, dass dies eine gemeinschädliche Tätigkeit sei. Man müsste dies jedoch mit dem Hinweis auf die Zielrichtung – Schutz der Gesundheit der Schwangeren – freilich verneinen. Eine Streitentscheidung, ob es der Einschränkung des Schutzbereiches bedarf, kann damit hier dahinstehen.

**2. Eingriff**

In dem Urteil liegt ein Eingriff im klassischen Sinne, siehe oben.

**3. Rechtfertigung**

Der Eingriff in den Schutzbereich könnte aber gerechtfertigt sein.

**a) Schranke (= Beschränkbarkeit)**

Die Berufswahl und -ausübung unterliegt als einheitliches Grundrecht nach h.M. auch einem einheitlichen einfachen Gesetzesvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.

**b) Schranken-Schranke (= Grenzen der Beschränkbarkeit)**

Die Beschränkbarkeit des Grundrechts unterliegt aber selbst Beschränkungen. Um den Grundrechtseingriff rechtfertigen zu können, bedarf es zunächst einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, auf die das Handeln des Staates gestützt werden kann. Dies fordert der sog. Vorbehalt des Gesetzes, der als rechtsstaatliches Gebot für alle Grundrechte gilt.

Die gesetzliche Grundlage für die Verurteilung ist vorliegend § 219a StGB.

**aa) Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes****(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Laut Bearbeitervermerk zu unterstellen.

**(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit****(a) Bestimmtheitsgebot**

Zum Bestimmtheitsgebot siehe oben.

**(b) Verhältnismäßigkeit**

Das Gesetz müsste ferner verhältnismäßig sein.

**(aa) Mittel-Zweck-Relation**

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit stellt sich die Frage, in welcher Relation der Eingriff zu seinen Zwecken steht (Mittel-Zweck-Relation). Zweck des Eingriffs ist der Schutz des ungeborenen Lebens. Dies hat der Gesetzgeber unter anderem durch die Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht. Das Verbot von Werbung in Bezug auf Schwangerschaftsabbrüche ist auch ein legitimes Mittel.

Ausgehend von der auf dem Normtext des Art. 12 Abs. 1 GG basierenden Erkenntnis, dass die Berufswahl stärker als die Berufsausübung geschützt werden soll, hat das Bundesverfassungsgericht die sog. Drei-Stufen-Theorie zur Rechtfertigung von Eingriffen entwickelt.<sup>22</sup> Hierbei hat es drei „Intensitäts“-Stufen auf Eingriffsseite mit entsprechenden Anforderungen an die Rechtfertigung versehen. Bei der Drei-Stufen-Theorie handelt es sich damit letztendlich um eine schematisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>23</sup> Sie kann nur Anhaltspunkt für die Abwägung sein, ob ein Eingriff gerechtfertigt ist – eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung ersetzt sie indes nicht.<sup>24</sup>

Bei dem „Werbeverbot“ handelt es sich um eine Regelung zur Berufsausübung, die nach der Drei-Stufen-Theorie jedenfalls Gründe des Allgemeinwohls zur Einschränkung bedarf. Der einschränkende Gesetzgeber hat einen derartigen Zweck jedenfalls mit dem Schutz des ungeborenen Lebens (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) – und damit eines Gutes von Verfassungsrang – „erst recht“ im Blick gehabt. Darauf, ob mit Blick auf eine mögliche *Durchbrechung der Drei-Stufen-Theorie*<sup>25</sup> wegen der Intensität des Eingriffs eine höhere Rechtfertigungsanforderung angezeigt wäre, kommt es daher an dieser Stelle nicht an.

**(bb) Geeignetheit**

Das Verbot der Werbung ist geeignet, siehe oben.

**(cc) Erforderlich**

Die Regelung ist auch erforderlich, siehe oben.

<sup>22</sup> Grundlegend BVerfGE 7, 377 ff.

<sup>23</sup> Wieland, in: Dreier (Fn. 3), Art. 12 Rn. 92.

<sup>24</sup> Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 682.

<sup>25</sup> Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 682, zur Notwendigkeit der Modifikation siehe auch insbesondere Rn. 687.

<sup>19</sup> Jarass (Fn. 11), Art. 5 Rn. 4.

<sup>20</sup> Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 340.

<sup>21</sup> Jarass (Fn. 11), Art. 12 Rn. 8.

*(dd) Angemessen*

*Abstrakt* stehen sich mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und dem Schutz des ungeborenen Lebens aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zwei Werte von Verfassungsrang gegenüber. Zu bedenken ist, dass die Berufsfreiheit hier allerdings nur in der Berufsausübung betroffen ist, mithin in der „niedrigsten Stufe“.

Im Rahmen der *konkreten* Gegenüberstellung ist zu bedenken, dass dem Arzt weiterhin unbenommen ist, mit der Behandlung Geld zu verdienen. Lediglich der Hinweis auf seine Tätigkeit ist verboten. Dieses Werbeverbot ist aber gerade in den Tätigkeitsfeldern intensiv, in denen der Patient nicht aufgrund medizinischer Indikation, sondern aufgrund freier Arztwahl zu seinem Arzt findet. Ohne Hinweis auf das Angebot kann der Arzt nur eingeschränkt wahrgenommen werden.

Auch hier ist zu bedenken, dass das Mittel nur zu einer – wenn überhaupt – ungewissen und jedenfalls nicht vollständigen Zweckerreichung führt. Maßgebliche Normen zum Schutz vor „vorschnellen“ Schwangerschaftsabbrüchen sind vielmehr die obligatorischen Beratungsgespräche als der Hinweis zu Leistungen auf Webseiten der Ärzteschaft.

Zu bedenken ist, dass das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit die Rechtfertigungsanforderungen für Werbeverbote angehoben hat: So ist den Angehörigen freier Berufe „nicht jede, sondern lediglich die berufswidrige Werbung verboten“<sup>26</sup>. Sachangemessene Informationen, die den möglichen Patienten nicht verunsichern, sondern ihn als mündigen Menschen befähigen, von der freien Arztwahl sinnvoll Gebrauch zu machen, sind zulässig.<sup>27</sup>

Insofern wäre es auch denkbar, als milderer Mittel das Verbot berufswidriger Werbung zu sehen. Auch so könnte der Gesetzgeber sein legitimes Ziel, nämlich die Zurückdrängung der Kommerzialisierung bei den Heilberufen, mit der Berufsfreiheit der Ärzte in Einklang bringen. Auch besteht nach wie vor – wie oben erwähnt – die Möglichkeit, die Werbung nach Inhalt, Form o.Ä. zu beschränken, sie nicht komplett zu verbieten.

Die Regelung ist damit unverhältnismäßig, das Gesetz wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

*Hinweis:* Andere Ansicht mit entsprechender Begründung vertretbar.

*bb) Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes*

Aufbauend auf das verfassungswidrige Gesetz ist damit das angegriffene Urteil ebenso verfassungswidrig.

*cc) Zwischenergebnis*

Das Urteil ist somit auch wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

**B. Ergebnis**

Damit ist A durch das Urteil in ihren Grundrechten aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG sowie Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet und wird Erfolg haben.

<sup>26</sup> BVerfGE 71, 162 (174); 85, 248 (257).

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 82, 18 (28).