

Das Verbot der Werbung für den ärztlichen Schwangerschaftsabbruch (§219a StGB) verstößt gegen vorrangiges europäisches Recht

Am 24. November 2017 verurteilte das Gießener Amtsgericht die Ärztin Dr. Kristina Hänel zu einer Geldstrafe von 6.000,- Euro wegen Verstoßes gegen Paragraph 219a des deutschen Strafgesetzbuchs (StGB). Im Falle einer Berufung wäre es sinnvoll, die EU-Rechtskonformität dieser Bestimmung überprüfen zu lassen und den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen.

Der höchst umstrittene Paragraph 219a verbietet bekanntlich, mit wenigen Ausnahmen, Werbung für den ärztlichen Schwangerschaftsabbruch zu betreiben. Darunter versteht diese Bestimmung insbesondere: *„öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (...) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise (...) eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs“ anzubieten, anzukündigen, anzupreisen oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntzugeben.*

Somit wird das Verbot von „Werbung“ im Grunde mit einem umfassenden Informationsverbot gleichgesetzt.

Der Tatbestand dieses "Werbeverbots" wurde in der Strafrechtsreform im Mai 1933 auf dem Hintergrund der nationalsozialistischen Bevölkerungspolitik eingeführt. Sein Fortbestehen ist allein schon deswegen zu verurteilen.

Es wird daher auch zu Recht verlangt, die Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung festzustellen. Jacqueline Neumann, wissenschaftliche Koordinatorin des Instituts für Weltanschauungsrecht (ifw) fordert: „Der § 219a StGB ist abzuschaffen. Denn er folgt religiösen Glaubensvorstellungen und der nationalsozialistischen Weltanschauung, die mit einem demokratischen, weltanschaulich neutralen Rechtsstaat in der Ausrichtung auf die Europäische Menschenrechtskonvention unverträglich sind.“ (<https://weltanschauungsrecht.de/meldung/219aSTGB-verfassungswidrig-Haenel>)

Darüber hinaus verstößt die Bestimmung aber auch gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (EUAV) und gegen deren Charta der Grundrechte (EU-GrCh) – und damit gegen vorrangiges EU-Recht – sowie gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).

In den folgenden sieben Schritten lässt sich dieser Verstoß anhand der einschlägigen Rechtsprechung des EuGHs auch für juristische Laien leicht nachvollziehbar darstellen. Ziel des Beitrages ist aufzuzeigen, wie sehr das EU-Recht und die Rechtsprechung des EuGHs bereits in auf den ersten Blick rein nationale Sachverhalte und Debatten hineinwirken. Ziel ist es aber auch, deutlich zu machen, wie die europäische Rechtsprechung positiven Einfluss nehmen kann auf empörende und antiquierte Regelungen des innerstaatlichen Rechts.

1. Anwendbarkeit der EU Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit

Die Grundfreiheiten des EU-Rechts, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 56 EUAV, sind dann anwendbar, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, wobei es ausreicht, dass die Dienstleistung potentielle Kunden in anderen Mitgliedstaaten angeboten wird oder angeboten werden soll.

So stellt sich die Frage, ob der Umstand, dass es sich bei den fraglichen Dienstleistungen um bloße Angebote handelt und es für sie noch keinen bestimmten Empfänger gibt, der Anwendung des Artikels 56 EUAV entgegensteht. In diesem Zusammenhang hat der EuGH bereits darauf hingewiesen, „dass der freie Dienstleistungsverkehr illusorisch würde, wenn nationale Regelungen das Anbieten von Dienstleistungen“ nach Belieben behindern könnten. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr kann demnach „nicht von der vorherigen Existenz eines bestimmten Empfängers abhängig gemacht werden.“ (Urteil vom 10. Mai 1995, Alpine Investments, Rechtssache C-384/93, Randnr. 19.)

Trotz dessen bleiben „rein interne Sachverhalte“, also Sachverhalte, deren sämtliche Merkmale „nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“ grundsätzlich von der Anwendung der Personen- und Dienstleistungsfreiheit ausgeschlossen.

Allerdings hat der EuGH auch festgestellt, dass die Grundfreiheiten Anwendung finden können, wenn „sich nicht ausschließen lässt, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Staatsangehörige Interesse daran hatten oder haben, von diesen Freiheiten Gebrauch zu machen, um in dem Mitgliedstaat, der die betreffende nationale Regelung erlassen hat, Tätigkeiten auszuüben, und dass folglich diese unterschiedslos auf Inländer und Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten anwendbare Regelung Wirkungen entfalten kann, die sich nicht auf diesen Mitgliedstaat beschränken“. (Urteil vom 15. November 2016, Rechtssache C-268/15, Fernand Ullens de Schooten, Randnr. 50.)

Damit scheint hinreichend geklärt, dass eine Regelung wie der §219a StGB, die zum einen den freien Dienstleistungsverkehr illusorisch macht und zum anderen auch Ärzte aus anderen Mitgliedstaaten mit dem Wunsch, sich in Deutschland niederzulassen, betrifft, in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt.

2. Das Verbot jeglicher Beschränkungen gilt auch für Regelungen des Staats der Ansässigkeit

Artikel 56 EUAV verbietet die „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union“. Darunter fallen auch solche, die von dem Staat erlassen wurden, in dem der Erbringer der Dienstleistung ansässig ist. Wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, kann sich „ein Leistungserbringer gegenüber dem Staat, in dem er ansässig ist, auf dieses Recht berufen, sofern die Leistungen an Leistungsempfänger erbracht werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind. (Urteil vom 11. Juli 2002, Mary Carpenter, Rechtssache C-60/00, Randnr. 30.)

3. Ein ärztlicher Schwangerschaftsabbruch ist eine Dienstleistung im Sinne des EU-Rechts

Der EuGH hatte bereits Gelegenheit klar festzustellen, dass „der ärztliche Schwangerschaftsabbruch, der im Einklang mit dem Recht des Staates vorgenommen wird, in dem er stattfindet, eine Dienstleistung im Sinne von Artikel 56 EUAV darstellt.“ (Urteil vom 4. Oktober 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd gegen Stephen Grogan u. a., Rechtssache C-159/90, Randnr. 21.)

4. Paragraph 219a StGB ist eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Somit wird unverkennbar: § 219a stellt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar und behindert diese grenzüberschreitende Grundfreiheit des EU-Rechts.

Derartige Beschränkungen sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGHs prinzipiell verboten, es sei denn, sie sind a) durch Gründe des Allgemeininteresses

gerechtfertigt, b) geeignet diese zu erreichen und c) gehen nicht über die Maßnahmen hinaus, die zur Erreichung des Ziels notwendig sind.

Im vorliegenden Fall könnte die Bundesregierung zwar möglicherweise verschiedene Rechtfertigungen durch Gründe des Allgemeininteresses vorbringen, es bleibt aber sehr zweifelhaft, ob ein umfassendes Informationsverbot zum ärztlichen Schwangerschaftsabbruch geeignet ist, diese auch zu erreichen, und ob es nicht weit darüber hinausgeht, was dazu notwendig wäre. Allerdings besteht dann immer noch die Möglichkeit sich auf die Ausnahme der öffentlichen Ordnung zu berufen.

5. Die Ausnahme der öffentlichen Ordnung greift vermutlich nicht

Gemäß Artikel 62 EUAV in Verbindung mit Artikel 52 EUAV können beschränkende Rechts- und Verwaltungsvorschriften „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt“ sein, selbst wenn sie „eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen“, was ja hier nicht einmal der Fall ist.

Der EuGH hat diese Ausnahme aber stets sehr eng ausgelegt. Dass ein Mitgliedstaat sich auf eine vom EG-Vertrag vorgesehene Ausnahme berufen kann, verhindert, erstens, nicht die gerichtliche „Nachprüfung der Maßnahmen, mit denen diese Ausnahme angewandt wird“.

Zweitens, ist der Begriff der öffentlichen Ordnung im EU-Recht, „insbesondere, wenn er eine Ausnahme von der Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen soll, eng zu verstehen, so dass seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden darf.“

Eine Berufung auf die öffentliche Ordnung ist folglich nur möglich, „wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.

Allerdings können die konkreten Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, „von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein. Insoweit ist den zuständigen innerstaatlichen Behörden daher ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den EG-Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen.“ (Urteil vom 14. Oktober 2004, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH gegen Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Rechtssache C-36/02, Randnr. 30-31.)

6. Die Grundrechte der EU-GRCh sind zu respektieren

Da der Anwendungsbereich des EU-Rechts, durch das Vorliegen einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, eröffnet ist, sind auch die Grundrechte der EU-GRCh zu beachten, insbes. Artikel 11 der GRCh in Verbindung mit Artikel 10 EMRK.

Paragraph 219a StGB verstößt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gegen die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit der EU Grundrechtecharta (Artikel 11).

Der EuGH hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass „sich ein Mitgliedstaat nur dann auf Gründe des Allgemeininteresses berufen kann, um eine innerstaatliche Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu behindern, wenn diese Regelung mit den Grundrechten, deren Wahrung der Gerichtshof sichert, im Einklang steht“. (Urteil in der Rechtsache Mary Carpenter, Randnr. 40.)

Es handelt sich hier um einen Eingriff in die (gewerbliche) Meinungs- und Informationsfreiheit.

Wie der EuGH bereits entschieden hat, ist die Meinungsfreiheit „in Artikel 10 EMRK ausdrücklich anerkannt und stellt eine wesentliche Grundlage einer demokratischen Gesellschaft dar“. Sie kann aber, „wie sich aus Artikel 10 Absatz 2 ergibt, bestimmten durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigten Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese gesetzlich vorgesehen sind, einem oder mehreren nach Artikel 10 legitimen Zielen entsprechen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, d. h. durch ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt sind und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Ziel stehen.“

Dabei ist „der Entscheidungsspielraum, über den die zuständigen Stellen bei der Abwägung zwischen der Freiheit der Meinungsäußerung und den oben genannten Zielen verfügen“, „je nach dem Ziel, das eine Beschränkung dieses Rechts rechtfertigt, und je nach der Art der Tätigkeit, um die es geht, unterschiedlich. Trägt die Ausübung der Meinungsfreiheit nichts zu einer Debatte von allgemeinem Interesse bei und erfolgt sie darüber hinaus in einem Kontext, in dem die Staaten einen gewissen Entscheidungsspielraum haben, beschränkt sich die Kontrolle auf die Prüfung, ob der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht.“

Dies gilt „namentlich für den Gebrauch der Meinungsfreiheit im Geschäftsverkehr, besonders in einem Bereich, der so komplex und wandelbar ist wie die Werbung“. (Urteil vom 25. März 2004, Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH gegen Troostwijk GmbH, Rechtssache C-71/02, Randnr. 50-51.)

Im Fall des Paragraphen 219a StGB handelt es sich aber nicht nur um ein Verbot von Werbung, sondern um ein weit umfassenderes Informationsverbot. Somit würde der EuGH, im Rahmen eines Vorlageverfahrens nach Artikel 267 EUAV auch eine umfassendere Kontrolle ausüben.

7. Der EuGH würde sich mit großer Sicherheit der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) anschließen

In einem Urteil vom 29. Oktober 1992, in der Sache „Open Door and Dublin Well Woman gegen Irland“ (deutscher Text in EuGRZ 1992, 484 ff.), hat der EGMR entschieden, dass das irische Informationsverbot zur Möglichkeit, Schwangerschaftsabbrüche im Ausland vorzunehmen, den Proportionalitätstest verfehlt und somit gegen Artikel 10 EMRK verstößt (siehe insbesondere Randnr. 71-77). Dieser Ansicht würde sich der EuGH sicherlich anschließen, was den deutschen Paragraphen 219a StGB und das darin enthaltene Informationsverbot angeht.

Die Folge wäre, dass der Paragraph 219a StGB im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr nicht mehr angewandt werden darf. Daher wäre es rechtspolitisch wohl wünschenswert, ihn vorher abzuschaffen.

Prof. Dr. Jörg Gerkrath
Professor für Europarecht
Universität Luxemburg