

---

**Öffentlich-rechtliche Mitteilungsrechte und -pflichten der Ärzte**

schriften über den Ausschluss wegen Befangenheit im öffentlichen Dienst (vgl. § 24 StPO,<sup>24</sup> § 42 ZPO,<sup>25</sup> § 54 VwGO,<sup>26</sup> § 21 VwVfG<sup>27</sup>).

Da sich die tatsächliche Befangenheit im Einzelfall ebenfalls nur schwerlich nachweisen lässt, wird an dieser Stelle bereits die nach außen erkennbare Möglichkeit der Befangenheit als ausreichend erachtet. Die Beurteilung dieser Möglichkeit erfolgt nach dem objektiven Empfängerhorizont, wobei auf die Erkenntnismöglichkeit eines verständigen Durchschnittsbürgers abzustellen ist. Es reicht demnach der „böse Schein“ bzw. begründetes Misstrauen, um die Besorgnis der Befangenheit zu bejahen.

Aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage – dort geht es um die Lauterkeit der öffentlichen Verwaltung bzw. des Gerichts, hier um die Lauterkeit des ärztlichen Berufsstandes – ist auch bei der Frage nach einem Verstoß gegen die Regelungen der MBO der bloße Anschein der Unlauterkeit als ausreichend zu erachten.

Diesen Anschein begründet – wie bereits aufgewiesen – jede Gewinnbeteiligung eines Dritten an den wirtschaftlichen Ergebnissen einer Arztpraxis.

## V. Rechtsfolgen berufsrechtswidriger Kooperationen

Eine vertraglich eingegangene Verpflichtung, die gegen die Normen der MBO verstößt, ist nichtig, da es sich bei den Vorschriften der ärztlichen Berufsordnung um Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB handelt.<sup>28</sup>

---

24 Vgl. dazu Meyer-Gofner, StPO, 52. Aufl. 2009, § 24 Rz. 6 ff.

25 Vgl. dazu Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl. 2008, § 42 Rz. 9 ff.

26 Vgl. dazu Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 54 Rz. 10 ff.

27 Vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 21 Rz. 13 ff.

28 Vgl. dazu BayObLG, Urt. v. 6.11.2000 – 1 Z RR 612/98, MedR 2001, 206 (209 f.).

29 Vgl. Taupitz, MedR, 1992, 271 (272); JZ 1994, 221 (225).

30 Vgl. BGH, Urt. v. 10.12.1975 – VIII ZR 306/74, BGHZ 65, 368 (370); BGH, Urt. v. 23.10.1980 – IVa ZR 28/80, BGHZ 78, 263 (265); BGH, Urt. v. 22.9.1983 – VII ZR 43/83, BGHZ 88, 240 (243).

31 Vgl. dazu BayObLG, Urt. v. 6.11.2000 – 1 Z RR 612/98, MedR 2001, 206 (210).

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei den Vorschriften der ärztlichen Berufsordnung um Disziplinarvorschriften handelt, die sich einseitig gegen den Arzt richten, nicht auch gegen dessen Vertragspartner.<sup>29</sup> Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts tritt bei einem einseitigen Verbot allerdings nur dann ein, wenn es mit Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen.<sup>30</sup> Insbesondere wenn durch das Verbot zugleich auch besonders wichtige Gemeinschaftsbelange berührt werden oder durch das Verbotsgesetz die Interessen außen stehender Dritter geschützt werden, begründet ein Verstoß die Nichtigkeit auch dann, wenn sich das Verbot nur gegen eine Partei richtet.<sup>31</sup> Dies ist vorliegend der Fall.

Die MBO zielt darauf ab, die Interessen der (außenstehenden) Patienten zu schützen und dient durch die Sicherstellung einer unbeeinflussten Berufsausübung dem Ansehen der Ärzteschaft als besonders wichtigem Gemeinschaftsbelang.

## VI. Schlussbetrachtung

Die Beteiligung eines Dritten an einer Arztpraxis ist vor dem Hintergrund des aktuell geltenden ärztlichen Berufsrechts unzulässig, sobald diese Beteiligung eine *umsatzabhängige* Komponente enthält.

Bei einer umsatzabhängigen Ausgestaltung der Beteiligung, sei diese nun gesellschaftsrechtlicher oder schuldrechtlicher Natur, führt bereits der – in diesen Fällen unvermeidbare – Anschein der Preisgabe der Freiberuflichkeit und des Verstoßes gegen das Gewerblichkeitsverbot zur berufsrechtlichen Unzulässigkeit.

Die Normen der MBO gebieten in diesem Zusammenhang eine restriktive Auslegung. Mangels tauglicher Abgrenzungskriterien zwischen gerade noch zulässiger umsatzabhängiger schuldrechtlicher Beteiligung und bereits unzulässiger umsatzabhängiger gesellschaftlicher Beteiligung, muss unabhängig vom konkreten Einzelfall jeglichen umsatzabhängigen Beteiligungsmodellen eine klare Absage erteilt werden.

---

## ÄRZTLICHES BERUFSRECHT

# Öffentlich-rechtliche Mitteilungsrechte und -pflichten der Ärzte zum Schutz vor weiblicher Genitalverstümmelung?

Dirk Wüstenberg, Offenbach

*Die ärztliche Schweigepflicht in Bezug auf den Befund der traditionellen Genitalverstümmelung wird durch die gesetzlichen Bestimmungen der Länder im Melde- und Bestattungsrecht sowie im Recht über die medizinischen Früherkennungs- und Schuleingangsuntersuchungen nicht eingeschränkt. Insbesondere die neuen*

*Kindergesundheitsschutzgesetze gewährleisten keinen Schutz bedrohter Mädchen. Die Ärzte werden durch die Gesetze nicht zu besseren Staatsanwälten umfunktionierte Politiker, die die Mädchen präventiv schützen möchten, können sich nicht erfolgreich auf Vorschriften und Ärzte berufen.*

## Öffentlich-rechtliche Mitteilungsrechte und -pflichten der Ärzte

### I. Ausgangssituation

Die Tat der weiblichen Genitalverstümmelung<sup>1</sup> wird in Deutschland nicht strafverfolgt. Ein Staatsanwalt in Deutschland geht nicht wie folgt vor: Er sieht auf der Straße ein junges Mädchen, von welchem er aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes annimmt, dass es Eltern bestimmter ausländischer<sup>2</sup> Herkunft hat und fordert es auf, mit ihm in das Gebäude der Staatsanwaltschaft zu gehen, um sich dort von einer Staatsanwältin oder Amtsärztin die Genitalien betrachten zu lassen. Ein Staatsanwalt erfährt auch nichts von den Opfern und dessen Familien- und Clanangehörigen; diese schweigen. Strafverfahren bleiben aus und böten ohnehin keinen Schutz vor drohender traditioneller Genitalverstümmelung oder sonstiger Kindesmisshandlung (Prävention).<sup>3</sup> Dem jüngsten Gesetzentwurf des Bundes steht die Idee des Gesundheitsschutzes durch Abschreckung zur Seite. Die Tat müsse nur ausdrücklich im Strafgesetzbuch erwähnt werden, dann würden die Eltern, oftmals die Anstifter zur Tat, auf künftige Vornahmen der traditionellen Körperverletzungen verzichten. Aber: Die abschreckende Wirkung von Strafandrohung und Strafverurteilung<sup>4</sup> im Bereich tradierter Vorstellungen und Verhaltensweisen ist nicht signifikant. Strafrecht schützt nicht.

Die Ärzte geben keine Auskunft. Kinderärzte beispielsweise haben bisher keinem Staatsanwalt, Jugend- oder Gesundheitsamt mitgeteilt, dass die junge, von ihnen untersuchte Patientin P1 genitalverstümmelt ist. Sie berufen sich auf ihre Schweigepflicht. Ob die Patientin P2 demnächst genitalverstümmelt werden wird bzw. soll, wissen sie nicht; deren Eltern können sich so oder so entscheiden und schweigen ebenso. Inwieweit taugen ärztliche Mitteilungsrechte und -pflichten<sup>5</sup> insbesondere rund um die verpflichtenden ärztlichen Vorsorgeuntersuchungen an Kindern als Alternative zum Aufdecken der Taten? Die Gesetzesänderungen der Länder aus den Jahren 2007 und 2008 setzen auf das Mittel Zwang (zur Teilnahme der Kinder an den medizinischen Untersuchungen). Die Behörden sollen die Eltern, deren Kinder nicht zum Arzt gebracht worden sind, um diese medizinisch untersuchen zu lassen, zu einem Gespräch aufsuchen. Durch den Zwang und etwaigen Besuch würden die Eltern für das Thema Kindesmisshandlung u.Ä. hinreichend sensibilisiert werden sowie künftige Straftaten unterlassen. Zur Absicherung des Schutzes der Kinder sollen Ärzte, welche untersucht haben, den Behörden Auskunft über Gefahr und Befund geben. Zu Recht?

### 1. Grundrecht

Der Patient hat kraft seines Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ein Recht darauf, dass andere, insbesondere der Staat, seine persönlichen Daten wie Personalien, Aufenthaltsort und Gesundheitsbefunde nicht ohne seine Zustimmung erheben und/oder verwerten. „Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muss und darf erwarten, dass alles, was der Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung über seine gesundheitliche Verfassung erfährt, geheim bleibt und nicht zur Kenntnis Unberufener gelangt.“<sup>6</sup> Dieses Recht ist einfachgesetzlich geschützt im Zivilrecht (Gebot der ärztlichen Verschwiegenheit als Nebenpflicht des Arztes aus dem Arzt-Patienten-Vertrag gemäß i.d.R. § 611 BGB; Gebot der ärztlichen Verschwiegenheit aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog oder dasjenige aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB analog, 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB), im Berufsrecht (Schweigepflicht nach z.B. § 24 S. 1 HessHeilberufG i.V.m. § 9 Abs. 1 Berufsordnung für die Ärztinnen und

Ärzte in Hessen<sup>7</sup>), im Sozialversicherungsrecht (§ 67d Abs. 1 SGB X i.V.m. § 35 SGB I), im Strafrecht (Verletzung von Privatgeheimnissen gem. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Diese Verpflichtungen werden durch die verfahrensrechtlichen Aussageverweigerungsrechte, im Zivilprozessrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO und § 376 Abs. 1 ZPO, im Verwaltungsrecht nach § 98 VwGO i.V.m. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO und § 376 Abs. 1 ZPO, im Strafprozessrecht nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO, im Sozialversicherungsrecht nach § 100 Abs. 2 SGB X, im Steuerverfahrensrecht nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 lit. c AO unterstützt.

### 2. Eingriff

Der Staat greift in das Grundrecht durch Erhebung der einschlägigen Daten durch ihn oder Dritte ein, indem er den Ärzten mittels eines Gesetzes das Recht oder gar die Pflicht gibt, Patientendaten weiterzugeben. Der Staat erhebt die Patientendaten durch die Inempfangnahme der schriftlichen Mitteilung des Arztes. Gesetzliche Normen der Verpflichtung zur Mitteilung an letztlich den Staat gibt es im Melderecht mit der Auskunftspflicht nach § 16 Abs. 2 S. 3 MRRG i.V.m. z.B. § 28 Abs. 3 HessMeldeG, im Bestattungsrecht mit der Mitteilungspflicht nach z.B. § 10 Abs. 6 S. 1 HessFBG. Neu sind diejenigen im öffentlichen Arztrecht „zur Verfolgung von Straftaten“ nach z.B. § 4 Abs. 3 HessKiGeSchG bzw. § 12 RhPfKiSchG. Gesetzliche Normen der Verpflichtung zur Mitteilung an Dritte sind diejenigen aus dem Bereich des Sozialversicherungsrechts mit den Auskunftspflichten nach den §§ 100 Abs. 1 SGB X, 294, 294a Abs. 1 S. 1, 295 Abs. 1 SGB V. Insbesondere zu nennen ist hier § 294a Abs. 1 S. 1 SGB V. Nach dieser Vorschrift haben Ärzte den Krankenkassen die für die Abrechnung erforderlichen Angaben über Ursachen und mögliche Verursa-

- 1 Es werden die äußeren Genitalien einer Frau ganz oder teilweise abgeschnitten.
- 2 Afrika: Mauretanien, Senegal, Gambia, Guinea-Bissau, Guinea, Sierra Leone, Liberia, Elfenbeinküste, Mali, Burkina Faso, Ghana, Togo, Benin, Nigeria, Niger, Kamerun, Zentralafrikanische Republik, Demokratische Republik Kongo (im Norden), Tschad, Libyen (im Südosten), Ägypten, Sudan, Eritrea, Dschibuti, Äthiopien, Somalia, Kenia, Uganda (im Norden und Osten), Tansania (im Nordosten). Asien: Jemen, Oman, Saudi-Arabien (im Südosten), Vereinigte Arabische Emirate, Bahrain, Irak (Nordwesten), Indien, Sri Lanka, Malaysia, Indonesien.
- 3 So aber wohl die Hoffnung des Gesetzgebers, zuletzt zum § 226a StGB-E 2009/2010: Gesetzentwurf des BR, BT-Drucks. 17/1217 v. 24.3.2010; BR-Plenarprot. 866 v. 12.2.2010, S. 9; BR-Plenarprot. 865 v. 18.12.2009, S. 470 f.; BR-Drucks. 867/09 v. 8.12.2009; Hahn, ZRP 2010, 37 ff. [mit Anm. Hagemeyer/Bülte, JZ 2010, 406 ff.; Wüstenberg, ZRP 2010, 131 f.]; zuvor zum § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB n.F.: Antrag der Regierungsfrak. v. 3.3.2009, BT-Drucks. 16/12098; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 1.7.2009, BT-Drucks. 16/13671, angenommen in Sitzung des BT v. 2.7.2009; Stenograf. Bericht, Plenarprot. 16/230, 25803–25813 (25812); Gesetzestext in BR-Drucks. 641/09 v. 3.7.2009, S. 10; BGBl. I 2009, 2280 (2285) [mit Anm. Wüstenberg, AZR 2009, 115 ff.].
- 4 Näher Bönitz, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung – zur generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafdrohung, 1991; Vanberg, Verbrechen, Strafe und Abschreckung – die Theorie der Generalprävention im Lichte der neueren sozialwissenschaftlichen Diskussion, 1982; Curti, Abschreckung durch Strafe – eine ökonomische Analyse der Kriminalität, 1999.
- 5 Hier die Vorschriften aus Hessen, teils auch aus Rheinland-Pfalz und Saarland.
- 6 BVerfG v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 (380) = NJW 1972, 1123 (1124); BVerfG v. 6.6.2006 – 2 BvR 1349/05, GesR 2007, 41 = MedR 2006, 586 (587).
- 7 Bzw. § 22 S. 1 RhPfHeilBG i.V.m. § 9 Abs. 1 BerufsO für die Ärztinnen und Ärzte in Rheinland-Pfalz usw.

## Öffentlich-rechtliche Mitteilungsrechte und -pflichten der Ärzte

cher mitzuteilen, d.h. z.B. die Behandlung samt Kosten aufgrund einer früheren Genitalverstümmelung durch die von den Eltern der Patientin beauftragte Beschneiderin B1. Dass eine Krankenkasse solche Informationen erhalten und sodann einen entsprechenden Schadenersatzanspruch geltend gemacht hat, ist nicht bekannt. Strafverfahren jedenfalls haben sich nicht ergeben. Deshalb werden hinfort nur die Rechte und Pflichten ggü. dem Staat näher betrachtet.

### II. Eingriff durch Melderecht

Das Melderecht führt nicht zur Offenbarung von Gesundheitsdaten: Bei Krankenhausaufenthalten von vorübergehender Dauer tritt an die Stelle der Meldepflicht des Patienten betreffend die Begründung einer „Wohnung“ die Pflicht des Leiters der Einrichtung, ein Verzeichnis der Untergebrachten zu erstellen (§§ 15, 16 Abs. 2 MRRG i.V.m. z.B. § 28 Abs. 1 S. 1 HessMeldeG). Die in die Liste einzutragenden Angaben sind u.a. der Tag der Aufnahme, der Tag der voraussichtlichen Entlassung und die Staatsangehörigkeit, nicht aber Gesundheitsdaten (§ 16 Abs. 2 S. 1 MRRG i.V.m. § 28 Abs. 3 HessMeldeG<sup>8</sup>). Auf Verlangen sind der Staatsanwaltschaft „zur Verfolgung von Straftaten“ Angaben aus dem Verzeichnis mitzuteilen,<sup>9</sup> wenn dies „im Einzelfall erforderlich ist“ (§ 16 Abs. 2 S. 3 MRRG). Unabhängig davon, ob diese Auskunftspflicht verfassungswidrig ist oder nicht,<sup>10</sup> wird der Leiter des Krankenhauses, weil Gesundheitsdaten nicht in der Liste eingetragen sind, keine Genitalverstümmelung mitteilen. Das Verzeichnis der Untergebrachten darf auch nicht als Quelle für künftige Ermittlungsverfahren ohne Anfangsverdacht genutzt

werden, indem die Staatsanwaltschaft die gesamte Liste anfordert und sodann spekulative Schlüsse aus der Staatsangehörigkeit der Patienten und dem Namen des Krankenhauses (Spezialisierung wie Frauenklinik, Kinderklinik, Schönheitschirurgische Klinik) zieht. Der für die staatsanwaltliche Anfrage nötige Anfangsverdacht setzt „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ voraus (§ 152 Abs. 2 StPO). Ohne Hinweis auf Anzeichen bezüglich eines bestimmten Patienten von außerhalb der Liste fehlt ein auf einen Einzelfall bezogenes Anzeichen. Ein Generalverdacht rechtfertigt kein Ermittlungsverfahren, keine Auskunft.

### III. Eingriff durch Bestattungsrecht

Die ärztliche Schweigepflicht hinsichtlich der Gesundheitsdaten wird durch das Bestattungsrecht in den Fällen des tatsächlich oder vermutlich kausalen Todes eingeschränkt.<sup>11</sup> Stirbt ein Patient im Krankenhaus, hat der für die Leichenschau zuständige Arzt festzustellen, ob bzw. dass der Tod eingetreten ist, dass der Tod ein natürlicher bzw. ein unnatürlicher ist und was die Todesursache ist. Hierfür hat er alle Körperregionen einschließlich der Körperöffnungen zu untersuchen (§ 12 Abs. 4 HessFBG i.V.m. Anlage 1 Abs. 2 zum HessFBG<sup>12</sup>). Ein Leichenbeschauer kann die weibliche Genitalverstümmelung, entsprechende Fachkenntnis vorausgesetzt, folglich ohne Weiteres feststellen. Die Verstümmelung zusammen mit anderen Umständen während des Eingriffs kann auch Todesursache sein. Der Arzt darf dann im nicht vertraulichen Teil des Leichenschauheins<sup>13</sup> die Rubrik „Unfalltod“ ankreuzen und unter „Art der Verletzung oder der Schädigung (Todesursache)“ „traditionelle Genitalverstümmelung mit [tödlichem] ...-Ereignis“ eintragen mit der Folge, dass zumindest Straftaten nach § 227 StGB<sup>14</sup> bekannt werden, und der Leiter des Krankenhauses müsste den Leichenschauschein der zuständigen Dienststelle der Vollzugspolizei mitteilen (§§ 10 Abs. 6 S. 1, 12 Abs. 4 HessFBG i.V.m. Anlage 1 Abs. 5 S. 1 HessFBG i.V.m. § 13 Abs. 3 HessFBG<sup>15</sup>). Die Vollzugspolizei informiert die Staatsanwaltschaft (§ 159 StPO). Das Risiko des Aufgedecktwerdens ihrer Anstiftung tragen die zur Tat anstiftenden Eltern also, wenn die weibliche Genitalverstümmelung Todesursache geworden ist bzw. geworden sein könnte.

In allen übrigen Fällen bleibt das Vertrauen in die ärztliche Schweigepflicht geschützt. Der den Leichenschauschein ausstellende Arzt wird *nicht* unter der Rubrik „Weitere Angaben ...“ einen Befund wie z.B. „traditionelle Genitalverstümmelung während der Kindheit, jedoch nicht Todesursache“ eintragen. Eine derartige Mitteilung des Arztes ist im Bestattungsrecht nicht vorgesehen, im Strafrecht unter Strafe gestellt (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4 StGB) und im Zivilrecht eine postmortale Persönlichkeitsrechtsverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB).<sup>16</sup>

### IV. Eingriff durch Berufsrecht

Nach § 9 Abs. 2 S. 1 BerufsO für die Ärztinnen und Ärzte des in z.B. Hessen ist ein Arzt zur Offenbarung der von § 9 Abs. 1 S. 1 erfassten Daten<sup>17</sup> befugt, „soweit die Offenbarung zum Schutze eines höherwertigen Rechtsgutes erforderlich ist“. Höherwertige Rechtsgüter können Individualinteressen des Patienten, Gemeininteressen der Gesellschaft und berechnete Individualinteressen des offenbarenden Arztes selbst sein.<sup>18</sup> Im Falle begangener Genitalverstümmelung kommen nur Gemeininteressen der Gesellschaft infrage. Das Strafverfolgungsinteresse

8 Bzw. § 28 Abs. 4 RhPfMeldeG; § 28 Abs. 3 SaarMG.

9 Auskunft nach § 28 Abs. 2 S. 3 HessMeldeG bzw. § 28 Abs. 3 S. 3 RhPfMeldeG, Einsichtnahme (der Polizei) nach § 28 Abs. 4 SaarMG.

10 Bejahend: *Theuner*, Die ärztliche Schweigepflicht im Strafrecht – eine Untersuchung der Interdependenzen zwischen materiellem und formellem Geheimnisschutzstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung seiner Bezüge zu Standesethik und Standesrecht, 2009, 271 f.

11 Verfassungsrechtlich zu Recht. Die Strafbarkeit nach § 203 StGB wird durch die mutmaßliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt; i.E. *Theuner* (o. Fn. 10), 2009, 221, 215 ff., 218 ff., zur Verfassungswidrigkeit der jeweiligen Landesvorschrift *Theuner* (o. Fn. 10), 2009, 214.

12 Ebenso §§ 16 Abs. 1, 52 Nr. 3 SaarBestattG i.V.m. § 3 insb. Abs. 2 BestattVO.

13 Anlage 1 Abs. 4 S. 1 zum HessFBG; ebenso §§ 11 Abs. 5, 20 RhPfBestG i.V.m. § 4 LandesVO zur Durchführung des BestG; §§ 16 Abs. 1, 52 Nr. 3 SaarBestattG i.V.m. § 4 insb. Abs. 2 BestattVO.

14 Die Strafbarkeit des behandelnden Arztes bestünde nach § 227 StGB; in die Tat kann nicht eingewilligt werden (§ 228 StGB). Die Strafbarkeit der Eltern, die ihr Kind in einer Klinik genitalverstümmeln lassen, bestünde nach §§ 227, 26 StGB, meist auch nach §§ 225, 171, 26 StGB.

15 Ähnlich §§ 16 Abs. 1, 52 Nr. 3 SaarBestattG i.V.m. § 4 Abs. 7 BestattVO.

16 Egal ob die Datenweitergabe im Einzelfall gerechtfertigt ist oder nicht (Rechtfertigungsgrund Einwilligung), könnte aber eine derartige Mitteilung/Notiz dem wegen eines unnatürlichen Todes aufgrund einer anderen Ursache ermittelnden Staatsanwalt auf diese Weise einen verwertbaren „Zufallsfund“ liefern. Es wären dann der Ablauf der strafrechtliche Verjährungsfrist von gegenwärtig zehn Jahren ab Volljährigkeit der Toten zu prüfen (§§ 223, 224, 78, 78b StGB) und gegebenenfalls weitere Ermittlungen anzustellen.

17 „Das, was ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut oder bekannt geworden ist.“

18 *Ratzell/Lippert*, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, 5. Aufl. 2010, § 9 Rz. 52.



## Öffentlich-rechtliche Mitteilungsrechte und -pflichten der Ärzte

zählt im weiteren Schritt (Erforderlichkeit der Offenbarung) nicht dazu; denn für die Strafverfolgung ist eine Offenbarung nicht erforderlich. Strafverfolgung ist Sache der Strafverfolgungsbehörden, und diese haben noch andere Recherchemöglichkeiten. In § 9 Abs. 2 S. 2 der rheinland-pfälzischen Berufsordnung etwa steht darüber hinaus der Satz: „Insbesondere gilt die Erlaubnis zur Offenbarung auch bei dem begründeten Verdacht einer Misshandlung, eines Missbrauchs oder einer schwerwiegenden Vernachlässigung.“ Traditionelle Genitalverstümmelung ist Kindesmisshandlung.

Das Berufsrecht *verbietet* dem Arzt mehr als das Strafrecht. Der Arzt darf nämlich auch solche Daten nicht offenbaren, die kein Geheimnis i.S.d. Strafrechts sind.

### 1. Mitteilungsrecht nach StGB?

Nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist es verboten, als Arzt „unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis“ zu offenbaren. Dies gilt auch über den Tod des Betroffenen hinaus (§ 203 Abs. 4 StGB). Gesetzliche Ausnahmen sind in § 203 StGB nicht enthalten. Rechtfertigungsgründe können sich nur aus anderen Vorschriften des StGB oder sonstiger Gesetzen ergeben.

Der Tatbestand des § 138 StGB scheidet generell aus, weil die Genitalverstümmelung wegen des Fehlens eines „Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ kein „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ nach § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB i.V.m. § 7 Abs. 1 vor Nr. 1, Nr. 5, Nr. 8 VStGB ist.

Das strafrechtliche Mitteilungsrecht des Arztes gem. § 34 StGB greift in aller Regel nicht: Es fehlt bereits die *gegenwärtige, nicht anders abwendbare* Gefahr für den Leib eines Menschen. Eine solche bestünde (Prognoseentscheidung), wenn in einem Krankenhaus oder einer Gemeinschaftspraxis der eine Arzt die „Schönheitsoperation“ zu einem bestimmten Termin angesetzt hat und der andere, sein Kollege, noch vor diesem Termin sowohl das wahre Vorhaben als auch eben diesen Termin erfährt (Anhaltspunkte der Wahrscheinlichkeit) und rechtzeitig, aber vergeblich versucht, den Ersteren, z.B. unter Hinweis auf das Berufsrecht<sup>19</sup> umzustimmen (kein milderes Mittel der Gefahrenabwehr Erfolg versprechend<sup>20</sup>). Dann darf der Arzt die Staatsanwaltschaft über das künftige Vorhaben informieren. Ist die Operation dagegen beendet, bestehen weder die Eingriffsgefahr (wegen Verwirklichung) noch die Wiederholungsgefahr (wegen Irreparabilität des Eingriffs).<sup>21</sup> Die Strafverfolgung wöge ebenso wenig als *widerstreitendes Interesse* im Rahmen der Rechtsgüterabwägung nach § 34 StGB; deren Gewicht wäre nur zwecks Verhinderung einer *bevorstehenden* Straftat nach erfolglosem Versuch, den Täter von der Tat abzuhalten, von Belang.<sup>22</sup>

Der Tatbestand des § 193 StGB analog mit einer Abwägung der Schutzgüter kommt im Arztstrafrecht/Gesundheitsstrafrecht prinzipiell nicht infrage.<sup>23</sup>

### 2. Mitteilungsrecht nach BerufsO?

Das Berufsrecht ermächtigt nicht zu mehr als das Strafrecht. Es erlaubt weder vor noch nach der Tat andere Mitteilungen als die gem. §§ 203, 34 StGB; vgl. z.B. § 25 Nr. 1 HessÄWeitBiG und Art. 31 GG.<sup>24</sup> Dies gilt auch für den Zusatzsatz § 9 Abs. 2 S. 2 der ärztlichen BerufsO Rheinland-Pfalz; Tatbestandsmerkmal „insbesondere“. Das Berufsrecht gewährt kein erweitertes Recht. Ärztliche Offenbarungsrechte gibt es deshalb nur

bei (vorheriger) ausdrücklicher oder mutmaßlicher Einwilligung des Patienten.<sup>25</sup>

## V. Eingriff durch Gesundheitsrecht

Für Kleinkinder bis vor dem Zeitpunkt des Einsetzens der Schulpflicht gilt das Kindergesundheitsrecht mit seinen Früherkennungsuntersuchungen U1 bis U9, für die Einschulung gilt das Recht des öffentlichen Gesundheitsdienstes. Für ältere Kinder gibt es die Früherkennungsuntersuchungen J1 und J2.

### 1. Vor der Einschulung

Nach z.B. § 4 Abs. 3 HessKiGeSchG und § 12 S. 1 und S. 2 RhPflKindSchuG sind Ärzte berechtigt, dem zuständigen Jugendamt mitzuteilen, dass tatsächliche Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Wohls des Kindes bestehen, sobald sie dies feststellen. Das Jugendamt kann dann Maßnahmen nach § 8a SGB VIII, im Falle drohender Genitalverstümmelung insbesondere familienrechtliche Verfahren auf der Grundlage von § 1666 BGB (Sorgerechtsbeschränkung) und/oder § 1684 BGB (Umgangsrechtsbeschränkung) einleiten. Die Ermöglichung solcher Maßnahmen ist das Zwischenziel der Befugnisnormen.

Mit dem Tatbestandsmerkmal „Gefährdung des Wohls des Kindes“ im Sinne dieser Vorschriften ist die konkrete<sup>26</sup> gegenwärtige<sup>27</sup> Gefahrenlage gemeint. Der hessische Gesetzgeber schreibt recht vage: „In Abs. 3 wird eine Befugnis der Untersuchungsperson eingeführt, im Falle eines Verdachts auf Kindeswohlgefährdung das Jugendamt zu informieren. Bisher muss dies im Einzelfall durch Rechtsgüterabwägung geklärt werden, vergleiche § 9 Abs. 2 der Hessischen Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte.“<sup>28</sup> Der Begriff „Verdacht“ schränkt den Begriff der Gefahr nicht auf die gegenwärtige ein. Er besagt lediglich, dass einzelfallbezogene Anzeichen für einen Gefahrenzustand bestehen müssen (konkrete Gefahr). Dagegen macht der Begriff „Rechtsgüterabwägung“ deutlich, dass auf § 9 der jeweiligen BerufsO der Ärzte („höherwertiges Rechtsgut“) sowie auf § 34 StGB („Abwägung der widerstreitenden Interessen“) Bezug genommen wird. Der rheinland-pfälzische Gesetzgeber formuliert klarer: „§ 12 entspricht der bundesrechtlichen Regelung des rechtfertigenden Notstands in § 34 des Strafgesetzbuchs (StGB), formuliert aber (...) verständlicher, um Handlungssicherheit zu vermitteln“ sowie „Satz 2 greift die Konstellation der Gefahr in Verzug auf

19 Z.B. §§ 22 ff. HessÄWeitBiG i.V.m. § 1 der BerufsO der Ärztinnen und Ärzte in Hessen.

20 Vgl. BayObLG v. 8.11.1994 – 2 St RR 157/94, NJW 1995, 1623 (1624) = NStZ 1995, 187 (188); Theuner (o. Fn. 10), 2009, 258. Nur dann ist das verfassungsrechtliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit gewahrt.

21 Ebenso Theuner (o. Fn. 10), 2009, 265 f.; zum Normzweck des § 34 StGB Engländer, GA 2010, 15 ff.

22 Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rz. 376.

23 Theuner (o. Fn. 10), 2009, 256 f.

24 I.E. ebenso Huster/Rux, NWVBl 2008, 455 (456); Theuner (o. Fn. 10), 2009, 214, 39. Zu i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG abschließenden Strafrechtsregelungen des Bundes ausführlich BVerfG, Beschl. v. 6.10.2009 – 2 BvL 5/09, NVwZ 2010, 247 ff.

25 Ratzel/Lippert (o. Fn. 18), § 9 Rz. 12.

26 D.h. sich auf Tatsachen/Anhaltspunkte des Streitfalls stützende.

27 D.h. sichere/höchstwahrscheinliche, nicht die (bloß) wahrscheinliche.

28 Gesetzentwurf der LReg v. 18.9.2007, HessLT-Drucks. 16/7796, 8.

## Öffentlich-rechtliche Mitteilungsrechte und -pflichten der Ärzte

und lehnt sich terminologisch an § 8a Abs. 4 S. 2 SGB VIII an.<sup>29</sup> Die bisherige Rechtsprechung hat zum Gefahrenbegriff nicht Stellung genommen.<sup>30</sup> Schlussfolgerung: Die jeweilige landesrechtliche Befugnisnorm entspricht der des § 34 StGB.<sup>31</sup> Sie ist deklaratorisch. Eine etwaige Kompetenzerweiterung durch Landesrecht findet nicht statt und wäre wegen fehlender Ermächtigung in § 203 StGB oder § 34 StGB und wegen der Sperrwirkung des Art. 31 GG<sup>32</sup> ohnehin unwirksam.

Der eine Früherkennungsuntersuchung vornehmende Arzt hat, sofern das untersuchte Kind bereits *genitalverstümmelt* ist, kein Mitteilungsrecht. Es besteht keine Gefahr einer weiteren Genitalverstümmelung. Die traditionelle Genitalverstümmelung ist im wörtlichen Sinne einmalig; ab ist ab. Hinsichtlich einer anderen Kindesmisshandlung gibt es keinen kausalen Zusammenhang. Zudem stehen einer Mitteilung die §§ 203, 34, 138 StGB entgegen.<sup>33</sup>

Sofern das Mädchen *nicht genitalverstümmelt* ist, besteht – entgegen dem Wunsch vieler – ebenfalls kein Mitteilungsbedarf. Es gibt typischerweise keinen Anhaltspunkt, welchem der Arzt nachgehen müsste. Eine sich anbahnende Körperverletzungsgefahr für das gerade untersuchte Mädchen zeigt im Hinblick auf die traditionelle Genitalverstümmelung keinen medizinischen Befund an diesem Kind. Hat das Mädchen eine genitalverstümmelte Schwester, kann der Arzt die Eltern nach deren Vorstellungen betreffend die gesundheitliche „Erziehung“ der Schwester fragen. Ein medizinischer Befund bei einem anderen Kind allein reicht aber nicht aus, um eine Gefährdung hinsichtlich des untersuchten zu bejahen. Eltern mehrerer Töchter genitalverstümmeln nicht notwendig alle ihre Töchter. Deshalb müsste ein zusätzlicher Anhaltspunkt für eine *gegenwärtige* Gefahr existieren, etwa eine einschlägige Auskunft der Eltern. Die Notwendigkeit in einem solchen Fall, zunächst noch das Gespräch mit den Eltern zu suchen, besteht schon bei Berufung auf § 34 StGB. Die landesrechtliche Mitteilungsbefugnis des Arztes bringt zur Abwehr von Gefahren für Kinder nichts (Neues). Die Neuregelung ist auch nicht zum Schutz vor per se einmaligen Kindesmisshandlungen gedacht. Zudem gelten die Vorschriften der §§ 4 Abs. 3 HessKiGeSchG, 12 RhPflKindSchuG usw. nur für Kinder im Alter von bis zu fünfeneinhalb Jahren, die traditionelle Genitalverstümmelung jedoch wird oft im Alter von sieben Jahren an praktiziert. Schließlich gilt für alle Fälle etwaiger Kindesmisshandlungen der Erfah-

rungssatz: Eine tragfähige Beurteilung kann oft erst nach einer interdisziplinären Bewertung im Team getroffen werden.<sup>34</sup>

## 2. Zur Einschulung

Die Gesundheitsämter führen zwecks Feststellung gesundheitlicher Einschränkungen der Schulfähigkeit oder zwecks Feststellung gesundheitlicher Gegebenheiten, welche die Teilnahme am Unterricht einschränken, ärztliche Schuleingangsuntersuchungen durch (§ 10 Abs. 1 S. 2 und S. 3 HessGöGD). Die Schuleingangsuntersuchungen können ergänzt werden durch „weitere ärztliche Untersuchungen“ zur „Früherkennung von Krankheiten, Behinderungen, Entwicklungs- und Verhaltensstörungen“ (§ 10 Abs. 2 HessGöGD).

Genitalverstümmelte Mädchen sind in ihrer Teilnahme am Unterricht eingeschränkt, wenn sie infibuliert sind. Weil der Vaginaleingang und die Harnröhre derart zusammengeknüpft sind, dass nur eine kleine Öffnung verbleibt, bedeutet diese Variante der Genitalverstümmelung eine erhebliche Einschränkung in der Schule. Die Mädchen verweilen oft stundenlang auf der Toilette und verpassen dadurch den Unterricht. Einige der Mädchen, die ihre Periode bekommen, können mehrere Tage lang überhaupt nicht zur Schule gehen. Ein Beispiel: „Ich habe jeden Tag Schmerzen. Einmal im Monat, während meiner Periode, sind die Schmerzen so stark, dass ich nicht einmal mehr aus dem Bett aufstehen kann. Ich schlucke Tabletten gegen den Schmerz, aber sie helfen kaum. Es ist, als ob dir jemand ein Messer in den Bauch rammen würde. Ich liege oft drei Tage im Bett, ich verperrle die Tür, weil ich niemanden sehen kann in diesen Tagen. Ich muss für mich allein sein, allein mit meinen Qualen.“<sup>35</sup> Die weibliche Genitalverstümmelung verhindert ein Stück weit die Schul- und Ausbildung. Der öffentliche Gesundheitsdienst hat deshalb das Recht, die einzuschulenden Mädchen daraufhin zu untersuchen, ob sie infibuliert sind oder nicht. Jedoch: Die bei den Untersuchungen erhobenen personenbezogenen Daten dürfen nur für den Zweck der Feststellung erhoben und verarbeitet werden, also nur für die Schule. Bei Übermittlung an Stellen außerhalb des Gesundheitsamtes, etwa an die Staatsanwaltschaft, ist vorher eine Anonymisierung vorzunehmen (§ 10 Abs. 1 S. 5 und S. 4 HessGöGD). Weitere Mitteilungsbefugnisse gibt es nicht (§ 17 HessGöGD). Der öffentliche Gesundheitsdienst mitsamt seinen Ärzten muss, sofern er die Genitalverstümmelung entdeckt, verschwiegen bleiben.

## VI. Ergebnisse

Das Melderecht berechtigt nicht die Staatsanwaltschaft, die Daten der Krankenhauspatienten ohne konkreten Hinweis von außerhalb des Krankenhauses einzusehen und strafrechtliche Ermittlungsverfahren *ohne Anfangsverdacht* zu beginnen.

Das Bestattungsrecht beinhaltet in Bezug auf die begangene Genitalverstümmelung nur in dem Fall, dass die Genitalverstümmelung Todesursache ist und die Ahndung einer Straftat im zumindest mutmaßlichen Interesse der Patientin liegt, eine Mitteilungspflicht des Leichenbeschauers bzw. Krankenhausleiters.

Das Berufsrecht, die Kindergesundheitsschutzgesetze und die Gesetze des öffentlichen Gesundheitsdienstes enthalten *keine Erweiterung* des § 34 StGB. Eine Ergänzung des Tatbestandes des § 34 StGB steht auch nicht auf der politischen Tagesordnung.<sup>36</sup>

29 Gesetzentwurf der LReg v. 30.10.2007, RhPflT-Drucks. 15/1620, 24.

30 RhPflVerfGH v. 28.5.2009 – VG B 45/08, LKRZ 2009, 295 ff.

31 Ebenso *Zaun-Rausch*, Kinderschutz in Rheinland-Pfalz – Praxishandbuch mit Kommentar zum Landesgesetz zum Schutz von Kindeswohl und Kindergesundheit, 2008, § 12 S. 84 – zu § 12 RhPflKindSchG; i.E. *Huster/Rux*, NWVBl 2008, 455 (455 f.) – zur Eintragung von Patientendaten in die Risikokinder-Informationsdatei RISKID durch (Kinder-)Ärzte.

32 I.E. ebenso *Theuner* (o. Fn. 10), 2009, 270 f. Länder dürfen nach Art. 70, 74 GG ergänzende Straftatbestände in Kraft setzen (z.B. *Huster/Rux*, NWVBl 2008, 455 [457 f.]), aber keine Ausnahmen bundesrechtlicher Straftatbestände.

33 Im Ergebnis auch Antwort des Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Familie und Frauen v. 26.1.2007, RhPflT-Drucks. 15/729, S. 7 zu Fragen 8 bis 11 bzgl. Kindesmisshandlungen sowie S. 11 bzgl. Fragen 18 bis 21.

34 *Ratzel*, ZMGR 2010, 31 (33).

35 *Dirie*, Brief an meine Mutter, 2. Aufl. 2008, S. 157.

36 RhPflT-Drucks. 15/729, 11 bzgl. Fragen 18 bis 21.

## Arztstrafrecht

Diese Rechtslage ist zu begrüßen. Ärzte, Rechtsanwälte und ähnliche Vertrauenspersonen bleiben gleichbehandelt. Strafanzeigen können von Nachbarn etc. stammen, Ärzte scheiden rechtlich, Familienangehörige praktisch aus.

Für den wirksamen Schutz vor künftigen Genitalverstümmelungen sind andere, pädagogische Maßnahmen zum Bewusstseins- und kausalem Verhaltenswandel zu ergreifen.

## Rechtsprechung kompakt



### Arztstrafrecht

Zur Strafbarkeit der Wegnahme von Zahngold nach Einäscherung

StGB §§ 133, 168

1. Die Wegnahme des Zahngoldes Verstorbener nach der Einäscherung kann als Verwahrungsbruch nach § 133 StGB strafbar sein.

2. Das Zahngold eines Verstorbenen ist nach dessen Einäscherung keine Asche i.S.d. § 168 Abs. 1 StGB.

OLG Nürnberg, Urt. v. 20.11.2009 –  
1 StOLG Ss 163/09 a-f

(LG Nürnberg-Fürth – 10 Ns 802 Js 21506/06)

**Das Problem:** Die Angeklagten waren als Arbeiter einer städtischen Bestattungsanstalt im Krematorium beschäftigt. Sie entnahmen jeweils nach Ende ihrer Schicht das Zahngold aus den Sammelbehältern, in denen metallische Reste bei der Verbrennung der Leichen gesammelt wurden, und verkauften das Gold auf eigene Rechnung an einen Juwelier.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Im Gegensatz zu der bisher ganz herrschenden Meinung (s. insb. OLG Bamberg, Urt. v. 29.1.2008 – 2 Ss 125/07, NJW 2008, 1543 m.w.N.) verneint das OLG Nürnberg die Erfüllung des Tatbestandes der Störung der Totenruhe (§ 168 StGB) durch die Wegnahme des Zahngoldes. Entscheidend ist für den Senat der Begriff der „Asche eines verstorbenen Menschen“. Anders als die h.M., die diesen Begriff teleologisch versteht und daher auch nicht verbrannte metallische Teile, die zuvor fest mit dem Körper verbunden waren, zur „Asche“ zählt, beschränkt der Senat diesen Begriff im Wege lexikalischer Auslegung auf den „staubig-pulvrigen Rückstand verbrannter Materie“; der Gegenauffassung wirft er eine Verletzung des Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG) vor. Den Tatbestand des § 168 StGB sieht der Senat darüber hinaus auch deshalb nicht als erfüllt an, weil das Zahngold aus mehreren im Laufe einer Schicht erfolgten Kremationen nicht mehr einem individuellen Leichnam zugeordnet werden kann.

Das OLG sieht jedoch in dem Verhalten der Angeklagten einen strafbaren Verwahrungsbruch (§ 133 StGB). Maßgeblich für dieses Ergebnis ist die nicht unumstrittene (für den Sachcharakter von wieder entfernten „Substitutiv-Implantaten“ Vogel in Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2010, § 242 Rz. 13; dagegen Eser/Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 242 Rz. 10, jeweils m.w.N.) Annahme des Senats, dass das Zahngold

nach der Verbrennung des Leichnams wieder zu einer „beweglichen Sache“ geworden ist; denn nur Schriftstücke und Sachen können Gegenstand eines Verwahrungsbruchs sein. Dem Bestehen eines Verwahrungsverhältnisses des städtischen Friedhofsamtes an dem Leichnam steht nach Meinung des Senats nicht entgegen, dass die Behörde den Leichnam nur zum Zweck der Verbrennung entgegengenommen hat. Das Verwahrungsverhältnis bestehe auch fort, bis der Zweck erfüllt ist, also die Asche des Verstorbenen entsprechend den bestatungsrechtlichen Vorschriften in die Urne gefüllt worden ist.

Kompliziert wurde der Fall dadurch, dass die Friedhofsverwaltung offenbar irrig davon ausging, Zahngold würde bei der Einäscherung „verdampfen“ oder jedenfalls nicht von dem Magneten, der noch verwertbares Metall nach dem Verbrennungsvorgang aussondern soll, erfasst werden, sondern mit der Schlacke in die Urne gelangen. Tatsächlich wurde das Zahngold jedoch durch den Metallabscheider ausgesondert, sodass die Angeklagten es aus einem Sammelbehälter für Metallteile entnehmen konnten. Auch das fehlende Bewusstsein der zuständigen Amtsträger von der fortbestehenden Existenz der Goldteile im amtlichen Gewahrsam soll jedoch nach Auffassung des Senats die Anwendung des Tatbestandes nicht ausschließen, da sich der Gewahrsamswille generell auf alle Kremationsrückstände beziehe. Auch der Umstand, dass sich das Zahngold nicht dort befand, wo die berechtigten Amtsträger vermuteten, sei unerheblich, solange das Gold im tatsächlichen Herrschaftsbereich der Behörde verblieb.

**Konsequenzen für die Praxis:** Falls sich die Auffassung des OLG Nürnberg durchsetzen sollte, wonach wertvolle Metallteile nach einer Einäscherung nicht mehr dem Schutz der Totenruhe gem. § 168 StGB unterfallen, würde dies den Rechtsschutz der totenfürsorgeberechtigten Hinterbliebenen mindern; sie könnten sich dann jedenfalls nicht mit strafrechtlichen Mitteln gegen die Weiterverwertung nicht verbrannter Prothesen, Plomben usw. durch die Friedhofsbehörden zur Wehr setzen. Es ergäbe sich dann auch ein Gegensatz zwischen den Fällen der Erdbestattung – wo Implantate bisher unangefochten als „Teile des Körpers“ gegen Wegnahme geschützt sind (s. Dippel in Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2010, § 168 Rz. 37; Hörnle in Münchener Kommentar StGB, 2005, § 168 Rz. 9) – und Fällen der Kremation. Das OLG Nürnberg hat eine Vorlage der Streitfrage an den BGH vermieden.

Die Anwendung von § 133 StGB, mittels derer der Senat im vorliegenden Fall zu einer Verurteilung gelangt ist, ist davon abhängig, dass behördlicher Gewahrsam an den fraglichen Gegenständen (fort)besteht und dass der Täter ohne Einverständnis des zuständigen Amtsträgers handelt. Dies wird nicht immer der Fall sein. Eine an sich