

RISKID e. V., Hinter dem Rathaus 4, D-47166 Duisburg

RISKID e. V.

Hinter dem Rathaus 4
D-47166 Duisburg
E-Mail: verein@riskid.de
www.riskid.de

Vorstand:

Dr. med Ralf Kownatzki
Dr. med Christoph Fangmann
Kassenwart:
Dipl.-Inform. Michael Reichelt

Vereinsregister Duisburg
Registerblatt VR 5057
Finanzamt Duisburg Hamborn
Steuer-Nr.: 107/5704/3035

Bankverbindung
Deutsche Bank, Duisburg
Kto.-Nr.: 3090255
BLZ: 350 700 24

An die
Präsidentin des Landtags NRW

Herr Symalla
Postfach 10 11 43
40002 Düsseldorf



Nachrichtlich:
Vorsitzende des Ausschusses für Familie, Kinder und Jugend
Frau Margret Voßeler

Kinderschutz-Anhörung A 04 – 10.10.2013 am 10. Okt. 2013

Datum: 07.10.2013

Sehr geehrte Damen und Herren,
Sehr geehrte Frau Voßeler
Sehr geehrter Herr Symalla

zur Vervollständigung meiner Beantwortung des Fragenkatalogs, sende ich als Anhang noch ergänzend das Rechtsgutachten von Prof. G. Schmidt, da ich mich bei meiner Stellungnahme teilweise darauf beziehe, mit der Bitte es den Beteiligten der Anhörung zur Verfügung zu stellen. Es ist darüber hinaus für alle Interessierten auf unserer website: www.riskid.de abrufbar.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. med. Ralf Kownatzki
FA Kinder- und Jugendmedizin
Vorsitzender RISKID e.V.

Der interärztliche Austausch von Befunden
mit Verdacht auf Kindesmisshandlung:
Strafbarkeit und Gesetzgebungskompetenz

von

Prof. Dr. Guido Schmidt

Dr. Damian Schmidt

August 2013

Inhalt

A. Sachverhalt und Problemdarstellung	2
B. Die strafrechtliche Bewertung der Geheimhaltungspflicht bei zwischenärztlichem Informationsaustausch nach § 203 StGB	6
I. Die Beschränkung auf § 203 StGB	6
II. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen	6
1. Geheimnis	6
2. Offenbarung	7
III. Rechtswidrigkeit	8
1. Unbefugtheit der Offenbarung	8
2. Einwilligung	10
3. Mutmaßliche Einwilligung	10
4. § 34 StGB – Rechtfertigender Notstand	11
5. Allgemeine Güter- und Interessenabwägung	12
IV. Ergebnis	18
C. Die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer bei konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeit	19
I. Fehlender Kompetenztitel für den Bundesgesetzgeber und/oder fehlendes Erfordernis einer bundeseinheitlichen Regelung	20
1. Der Kompetenztitel Art. 74 I Nr. 7 GG	20
2. Die Erforderlichkeit bundeseinheitlicher Regelung	21
II. Fehlende abschließende Regelung des Bundesgesetzgebers	21
1. Die Auslegung des Kinderschutzgesetzes nach der subjektiven Methode (Wille des historischen Gesetzgebers)	22
2. Die Gesetzesauslegung nach der objektiven Methode	26
3. Die Auslegung nach der gemischt subjektiv-objektiven Methode	26
D. Zusammenfassende Thesen	29
E. Vorschlag einer gesetzlichen Regelung durch den Landesgesetzgeber	34

A. Sachverhalt und Problemdarstellung

Verwahrlosung, Missbrauch von Kindern, auch mit Todesfolge, sind als drängendes Problem lange erkannt. Die meisten Bundesländer haben in den letzten Jahren gesetzliche Regelungen erlassen. Hiernach soll der Schutz der Kinder durch verpflichtende Einladungen zu Vorsorgeuntersuchungen und zudem – in manchen Ländern ebenfalls verpflichtend – durch Meldungen von Missbrauchsfällen an das Jugendamt erreicht werden.

Im Jahre 2012 trat das BKiSchG in Kraft (BGBl. 2011 I, S. 2975). Informationen über den Zustand eines konkreten Kindes dürfen hiernach nur an das Jugendamt gegeben werden, nachdem zuvor Gespräche mit Eltern, ggf. durch Hinzuziehung einer Fachkraft, die Gefahr nicht abwehren konnten (Art.1 BKiSchG – Artikelgesetz – § 4 II, III KKG).

Diese geltenden Gesetze werfen die Frage auf, ob hiermit wirklich das zum Schutz gefährdeter Kinder Mögliche getan ist. Die eigentliche Problemzone ist das Vorfeld einer noch nicht manifesten Gefährdung. Diese Grauzone wird nachweislich von Eltern, die ihre Kinder misshandelt haben, zur Verdeckung ihrer Taten durch den Missbrauch des Rechts auf freie Arztwahl genutzt (sog. doctor hopping). Die im Bundesgesetz (§ 4 III KKG) dem Arzt eingeräumte Befugnis, das Jugendamt zu informieren, wenn er ein behördliches Vorgehen zur Gefahrenabwehr für erforderlich hält, ist keine schlüssige Problemlösung. Das Tätigwerden des Jugendamtes setzt nämlich voraus, dass zuvor eine hinreichend sichere Prognose des behandelnden Arztes über die Ursachen der bei dem Kind festgestellten Verletzungen und Anomalien erstellt ist.

Dieser Zwischenschritt ist ggf. nur durch einen Informationsaustausch zwischen dem zunächst behandelnden und dem nachfolgenden Arzt möglich. Eine solche Diagnose ist manchmal nämlich erst durch wiederholtes Auftreten einer Verletzung möglich, deren Feststellung durch doctor hopping für den ersten und evtl. auch für den anschließend behandelnden Arzt verhindert wird. Zum anderen sehen bei unsicheren Anzeichen vier Augen oft mehr als nur zwei. Das sachliche Gebotensein einer zwischenärztlichen Information ist daher unbestreitbar.

Die Tatsache, dass der Gesetzgeber (Länder und Bund) eine solche Information bisher dennoch nicht ausdrücklich geregelt hat, hat im Wesentlichen zwei Gründe. Zum einen herrscht die Auffassung vor, dass mit der Verabschiedung des Bundesgesetzes vom 22.12.2011 die Bundesländer gar nicht mehr zu landeseigenen Regelungen befugt seien, das Bundesgesetz für sie nämlich eine Sperre darstelle.

Ob dies zutrifft ist eine verfassungsrechtliche Frage, die eine eingehende Prüfung des Bundesgesetzes am Maßstab der Art. 70 ff. GG erfordert (s. unten C).

Zum anderen herrscht und herrschte schon vor Verabschiedung des Bundesgesetzes die Auffassung vor, dass die in § 203 StGB strafbewehrte ärztliche Schweigepflicht so hoch zu bewerten sei, dass sie möglichst nur im gesetzlich geregelten Fall des Notstandes nach § 34 StGB gebrochen werden könne. Wegen dieser hohen Bewertung des hinter der Schweigepflicht stehenden Rechts auf Datenschutz und des Vertrauensverhältnisses der Kindereltern zum Arzt, haben die Gesetzgeber im Bund und in den Ländern nicht von der Möglichkeit eines ärzteinternen Informationsaustausches als Regelung Gebrauch gemacht.

Daher ist ebenfalls eingehend und zwar als erstes zu untersuchen, was die Voraussetzungen, der Zweck und die Reichweite der Strafbarkeit in § 203 StGB sind, wann § 34 StGB greift und insb. welche Grundrechte und Rechtsprinzipien dem Datenschutzinteresse gegenüberstehen und mit ihm abzuwägen sind. Alle diese Grundrechte und Prinzipien sind im vorliegenden Kontext auf das Wohl des Kindes zu beziehen: Das Recht auf Würde (Art. 1 GG), auf Leben und Gesundheit (Art. 2 II 1 GG), die Pflicht der Eltern gegenüber dem Kind, Verwahrlosung und Lebensgefahr zu vermeiden (Art. 6 II GG) und schließlich die Pflicht des Arztes, Gesundheit und Leben zu schützen (Art. 12 GG). Die Grundrechte sind nicht nur subjektive Rechte gegenüber dem Staat, sondern auch Ausdruck einer objektiven Werteordnung.

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung werden thesenartig zusammengefasst (s. unten D).

Bei der Annahme einer verbleibenden Regelungskompetenz der Länder bzgl. einer Offenbarungsbefugnis für Ärzte durch kollegialen Informationsaustausch wird eine landesrechtlichen Befugnisnorm entworfen (s. unten E).

Prämisse des Verständnisses des Gegenstandes der nachfolgenden rechtsgutachterlichen Bewertung ist die faktische Entwicklung und die heutige Ausgestaltung des bestehenden Informationssystems. Es wird im Folgenden kurz gefasst dargestellt:

Duisburger Kinder- und Jugendärzte gründeten im Jahre 2005 ein Kommunikationssystem. Dies geschah unter dem Eindruck mehrerer durch ihre Eltern teilweise bis zum Tode misshandelter Kinder. Es sollte die Kommunikation von Kinder- und Jugendärzten untereinander ermöglichen, um so sog. Risikokinder zu erkennen und um insbesondere die „Vorteile“ des doctor hopping zu verhindern, bei dem Eltern mit ihrem misshandelten Kind den Arzt wechseln, sobald dieser Verdacht schöpft. Der nachfolgende Arzt sollte Informationen über das Kind haben, die der vorherige Arzt bzgl. dieses konkreten Kindes in ein Informationssystem (RISKID) eingegeben hatte.

RISKID stand ursprünglich für „Risikokinderinformationssystem Duisburg“. Aufgrund des hohen Erfolges des Informationssystems schlossen sich jedoch zahlreiche Kinder und Jugendärzte in ganz Deutschland an, so dass sich die Bedeutung von RISKID nun in „Risikokinderinformationssystem Deutschland“ geändert hat.

Zwei Fragen sind bedeutsam: Was ist gespeichert und wer hat Zugang?

Eingetragen wird nur das Kind, nicht die Eltern. Ein Kind wird von einem Arzt nur dann eingetragen, wenn er Verdacht auf Missbrauch hat. Für andere an RISKID angeschlossene Ärzte einsehbar sind nur die zur Identifikation notwendigen Daten Nachname, Vorname Geburtsdatum. Zwar besteht darüber hinaus die Möglichkeit, dass ein Arzt zum Zweck der Gedächtnisstütze die seinen Verdacht begründenden Momente stichwortartig ebenfalls speichert, diese Speicherung ist und bleibt aber auch bei evtl. späteren Abfragen einzig für diesen Arzt einsehbar.

Das System der Abfrage durch nachbehandelnde Ärzte ist zweistufig ausgestaltet.

Erste Stufe: Jeder dem RISKID-System angeschlossene Arzt soll im Rahmen der Untersuchung eines Kindes eine Anfrage bei RISKID vornehmen¹. Dabei soll auch die Art der Beschwerden, mit denen das Kind beim nachbehandelnden Arzt vorgestellt wird, keine Rolle spielen.

¹ Der Vorgang soll in Zukunft zudem noch automatisiert werden und zwar in der Weise, dass mit dem Einlesen der Krankenversicherungskarte diese Anfrage automatisch erfolgt.

Zweite Stufe: Hier wird dem nachfolgenden Arzt, der bei RISKID angefragt hat und dort eine Eintragung vorgefunden hat, die Möglichkeit gegeben, mit dem Kollegen, der die Eintragung vorgenommen hat, in einen näheren Informationsaustausch zu kommen.

Was das Einstellen und Bearbeiten der eingestellten Daten (also Name, Vorname, Geburtsdatum) angeht, so hat jeder Arzt einen auf seine Patienten beschränkten Zugriff, d.h. nur er kann Patientendaten ergänzen oder löschen².

Bereits in der Vergangenheit wurde über die rechtlichen Probleme, denen RISKID begegnet, diskutiert. So finden sich Ausführungen in einem von Huster/Rux verfassten Aufsatz aus dem Jahr 2008 über die rechtliche Zulässigkeit von RISKID³. Die Mitglieder des Landtages NRW haben in einer Sitzung über die rechtlichen Möglichkeiten eines kollegialen Austauschs von Kinderärzten bei Verdacht auf Kindesmisshandlungen am 25.4.2013 insbesondere über RISKID diskutiert⁴.

Überwiegend wird wohl angenommen, dass das Betreiben und Benutzen eines solchen Informationssystems strafbar im Sinne von § 203 StGB sei. Das ist näher zu untersuchen, insb. im Hinblick darauf, dass sich das System im Laufe der Zeit wie dargelegt gewandelt hat.

² Nachzulesen unter dem Punkt FAQs auf der Homepage www.riskid.de.

³ NwVBl. 2008, 455.

⁴ Vgl. Plenarprotokoll 16/28 vom 25.4.2013 zu Drs.16/2433.

B. Die strafrechtliche Bewertung der Geheimhaltungspflicht bei zwischenärztlichem Informationsaustausch nach § 203 StGB

I. Die Beschränkung auf § 203 StGB

Die strafrechtlichen Anknüpfungspunkte im Fall RISKID beschränken sich auf die des § 203 StGB. Strafbarkeit nach anderen Paragraphen ist nicht ersichtlich und wird auch nicht diskutiert.

Nach § 203 I Nr. 1 StGB macht sich ein Arzt strafbar, der unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm als Arzt anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist. Die Strafe ist Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Die Tat wird gemäß § 205 StGB nur auf Antrag des Verletzten verfolgt, wobei der Verletzte derjenige ist, dessen Geheimnis offenbart wurde (Geheimnisträger)⁵. Dieser muss nicht zwingend mit dem Anvertrauenden identisch sein. Im Fall von RISKID werden die Daten der Eltern nicht eingetragen, so dass als Verletzter regelmäßig nur das Kind selbst in Betracht kommt, nicht dessen Eltern.

Allerdings sind die gesetzlichen Vertreter und somit gemäß §§ 1626, 1629 BGB regelmäßig die Eltern nach § 77 III StGB befugt, das Antragsrecht für ihr geschäftsunfähiges Kind auszuüben.

II. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen

1. Geheimnis

Auf tatbestandlicher Seite des § 203 StGB ist Voraussetzung der Strafbarkeit, dass es sich um ein Geheimnis handelt. In Rechtsprechung und Lehre ist unumstritten, dass von § 203 StGB

⁵ Spickhoff-Knauer/Bose, Medizinrecht, 2011, § 205 StGB RN 59.

nur solche Geheimnisse geschützt werden, die schützenswert sind⁶. Nach überwiegender Auffassung sind Geheimnisse nicht schutzwürdig, die nicht geeignet sind, die Schutzinteressen des Patienten zu beeinträchtigen⁷. Eine Wertung in dem Sinne, dass danach zu fragen ist, ob es sich um Tatsachen handelt, die moralisch schutzwürdig sind, wird bei der Bewertung als Geheimnis nicht vorgenommen; im Gegenteil werden auch sog. „illegale Geheimnisse“ einhellig als schutzwürdig angesehen⁸. Daher kommt es bei der Frage nach dem Vorliegen eines Geheimnisses nicht darauf an, ob das Geheimhaltungsinteresse moralisch akzeptabel ist.

2. Offenbarung

Weitere Voraussetzung ist, dass dieses Geheimnis offenbart wird. Nach wohl überwiegender Ansicht setzt eine Offenbarung die Kenntnisnahme des Geheimnisses durch einen Dritten voraus⁹.

Nach dem geschilderten Ablauf von RISKID liegt in den meisten Fällen eine solche Kenntnisnahme vor, da Kinder- und Jugendärzte bei jeder Neuvorstellung eines Patienten eine Anfrage an das System stellen sollen. Sie erhalten dann im Fall der Voreintragung eine positive Rückmeldung und erlangen dadurch Kenntnis. Abzulehnen ist eine Offenbarung demnach lediglich in den Fällen, in denen der Arzt trotz der genannten Vorgabe eine Anfrage nicht stellt (etwa aus Vergesslichkeit oder weil er überzeugt ist, dass eine Misshandlung nicht vorliegen wird) oder aber wenn die Eltern den Kinderarzt nicht wechseln.

Dennoch gegen die Annahme einer Offenbarung könnte damit nur noch sprechen, dass nicht jeder Austausch eines Schweigepflichtigen mit einem Berufskollegen zu einer strafbaren Offenbarung eines Geheimnisses führt.

⁶ Die Bezeichnungen, wie das Interesse des Geheimnisträgers an der Geheimhaltung genau beschaffen sein muss, differieren zwischen „sachlich begründet“, „verständlich“, „berechtigt“, „schützenswert“, vgl. hierzu Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, 28. Auflage 2010, § 203 StGB RN 7.

⁷ NomosKommentar StGB-Kargl, 4. Auflage 2013, § 203 StGB RN 7 und Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele § 203 RN 7, jeweils m.w.N.; sie nennen als Beispiel für nicht schutzwürdige Geheimnisse die Präferenz des Patienten für ein Lieblingsgericht oder einen bestimmten Urlaubsort.

⁸ Münchener Kommentar StGB-Cierniak/Pohlitz, 2. Auflage 2010, § 203 RN 21 f.

⁹ Vgl. beispielsweise MüKo-Cierniak/Pohlitz § 203 RN 48 m.w.N., die eine Offenbarung ablehnen, wenn der Dritte die Mitteilung nicht versteht.

So soll etwa die Weitergabe einer Akte von einem erkrankten Sozium einer Rechtsanwaltskanzlei an einen anderen derselben Kanzlei zwecks Weiterbearbeitung keine Offenbarung an einen Dritten sein¹⁰, ebenso wenig die Übergabe einer Patientenakte bei Behandlung und Betreuung durch mehrere Ärzte und Krankenbedienstete im Rahmen eines Krankenhausaufenthaltes¹¹. Betrachtet man diese Fälle, in denen die Offenbarung an Dritte verneint wird, so geschieht dies meist über die Annahme einer zumindest mutmaßlichen Einwilligung¹². Diese Annahme beruht darauf, dass der Anvertrauende damit rechnet, dass sein Geheimnis im Rahmen der üblichen Abläufe an Dritte weitergegeben wird und hiermit einverstanden ist. Dem ist jedoch in den RISKID-Fällen nicht so.

Das bedeutet, dass in Fällen eines begründeten Verdachtes die Tatbestandsvoraussetzungen des § 203 StGB in dem Augenblick erfüllt werden, in dem der neue aufgesuchte Arzt Informationen in RISKID einsieht.

III. Rechtswidrigkeit

1. Unbefugtheit der Offenbarung

Die Offenbarung des Geheimnisses muss nach § 203 I StGB unbefugt erfolgen. Mit dieser zusätzlichen Strafbarkeitsvoraussetzung hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er durchaus erkannt hat, dass es Fallkonstellationen gibt, in denen über die allgemeinen Rechtfertigungsgründe hinaus eine Strafbarkeit des Offenbarenden nicht gerechtfertigt ist¹³. Nicht unbefugt handelt, wer eine Pflicht oder ein Recht zur Offenbarung hat¹⁴. Es liegt nahe, genauer zu untersuchen, ob die Konstellation RISKID solch eine Fallgruppe darstellen könnte.

Es finden sich zahlreiche spezialgesetzliche Vorschriften, die grundsätzlich Schweigepflichtigen eine Offenbarung gestatten oder sie z.T. sogar zur Offenbarung verpflichten und hiermit die Rechtswidrigkeit der Tat entfallen lassen. Eine solche Regelung findet sich in einem Gesetz für den Fall der Offenbarung gegenüber einem anderen Arzt zum

¹⁰ Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele § 203 RN 19.

¹¹ Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele § 203 RN 19.

¹² So ausdrücklich dann auch z.B. Lackner/Kühl, 27. Auflage 2011, § 203 RN 18.

¹³ Vgl. hierzu RegE des EGStGB, BT-Drs. 7/550, S. 236.

¹⁴ Leipziger Kommentar-Schünemann, 12. Auflage 2009, § 203 RN 52.

Zweck der Aufdeckung bestehender und der Verhinderung zukünftiger Misshandlungen jedoch bislang nicht ausdrücklich.

Allerdings heißt es in den berufsständischen Normen (§ 9 der Berufsordnung der Bundesärztekammer¹⁵) dass Ärztinnen und Ärzte zur Offenbarung befugt sind, wenn sie von der Schweigepflicht entbunden sind „oder die Offenbarung zum Schutz eines höheren Rechtsgutes erforderlich ist“.

§ 9 Schweigepflicht

(1) Ärztinnen und Ärzte haben über das, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Ärztin oder Arzt anvertraut oder bekannt geworden ist - auch über den Tod der Patientin oder des Patienten hinaus - zu schweigen. Dazu gehören auch schriftliche Mitteilungen der Patientin oder des Patienten, Aufzeichnungen über Patientinnen und Patienten, Röntgenaufnahmen und sonstige Untersuchungsbefunde.

(2) Ärztinnen und Ärzte sind zur Offenbarung befugt, soweit sie von der Schweigepflicht entbunden worden sind oder soweit die Offenbarung zum Schutze eines höherwertigen Rechtsgutes erforderlich ist. Gesetzliche Aussage- und Anzeigepflichten bleiben unberührt. Soweit gesetzliche Vorschriften die Schweigepflicht der Ärztin oder des Arztes einschränken, soll die Ärztin oder der Arzt die Patientin oder den Patienten darüber unterrichten.

[...]

Die Berufsordnung ist zwar originär kein förmliches Gesetz, jedoch verweist § 31 des Heilberufsgesetzes NRW¹⁶ auf diese Berufsordnung. So besagt § 31 HeilBerGNW, dass die Pflichten der Ärzte durch ihre Berufsordnung geregelt werden.

Nach Maßstab des § 9 II der Berufsordnung liegt ein erlaubtes Offenbaren aber äußerst nahe. Dass ein Arzt, der zum Schutz von Leib und Leben eines Kindes dieses in RISKID einträgt „zum Schutz eines höherwertigen Rechtsgutes“ handelt, lässt sich nicht ernsthaft bestreiten. Da diese Wertung des § 9 II der Berufsordnung der Ärztekammer durch den

¹⁵ Sämtliche Länderkammern haben § 9 dieser Berufsordnung wörtlich übernommen.

¹⁶ Verkündet als Art. I G zur Änd des Heilberufsg und weiterer Rechtsvorschriften sowie zur Errichtung einer Psychotherapeutenkammer v. 9. 5. 2000 (GV. NRW. S. 403); Inkrafttreten gem. Art. VIII dieses G am 17. 5. 2000.

Landesgesetzgeber durch § 31 HeilBerGNW inkorporiert worden ist, spricht dies dafür, § 9 II der Berufsordnung i.V.m. § 31 HeilBerGGNW als rechtfertigende Norm anzusehen¹⁷. Die Offenbarung durch den Arzt wäre dann nicht als unbefugt anzusehen, was zum Ausschluss der Strafbarkeit führt (Ausführlicher hierzu s. unten E)

2. Einwilligung

Auf Rechtfertigungsebene ist weiterhin an eine Einwilligung zu denken. Hier stellt sich die Frage, ob es auf eine Einwilligung des Kindes oder auf die der Eltern ankommt. Grundsätzlich ist auch die Einwilligung eines Minderjährigen rechtlich beachtlich, denn maßgebliches Kriterium der Einwilligungsfähigkeit ist nicht das Alter, sondern die natürliche Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden¹⁸. Allerdings befinden sich die in RISKID einzutragenden Kinder regelmäßig nicht in einem Alter, in dem von dieser Einsichtsfähigkeit ausgegangen werden kann¹⁹.

Abzustellen ist demnach auf die Einwilligung der Eltern. Diese wird meist nicht gegeben werden.

3. Mutmaßliche Einwilligung

Auch eine Rechtfertigung aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung muss dann scheitern, da die Heranziehung einer solchen mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungskriterium jedenfalls dann versagt ist, wenn der tatsächliche Wille der Eltern, wie in den in Rede stehenden Fällen, unschwer erfragt werden könnte²⁰. Zudem wird der mutmaßliche Wille der Eltern auch gerade gegen eine Weitergabe gerichtet sein.

¹⁷ In der bisherigen Diskussion um die Strafbarkeit nach § 203 StGB scheint diese Inkorporierung bisher völlig übersehen worden zu sein.

¹⁸ NomosKommentar-Kargl § 203 RN 52 m.w.N.; BVerfGE 59, 387; BGHSt 4, 90; Leipziger Kommentar-Schünemann § 203 RN 95.

¹⁹ NomosKommentar-Kargl § 203 RN 52 sieht es etwa bei 15 Jahren erreicht.

²⁰ Lackner/Kühl § 203 RN 19.

4. § 34 StGB – Rechtfertigender Notstand

§ 34 StGB regelt, dass bei Vorliegen einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr u.a. für Leib oder Leben eine Tat nicht rechtswidrig ist, wenn bei Abwägung der Interessen das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.

Die Voraussetzungen des § 34 StGB werden beispielsweise unter Umständen dann angenommen, wenn ein Arzt, der unter Verletzung der Schweigepflicht dem Partner eines HIV-Infizierten von der Krankheit berichtet²¹. Das OLG Frankfurt hat hier nicht nur ein Recht zur Offenbarung, sondern sogar eine Pflicht gesehen²². Dass ein Arzt einem Kollegen über mögliche Misshandlungen eines von beiden behandelten Kindes berichtet, scheint auf einer ähnlichen Ebene angesiedelt wie diese Fälle.

Allerdings setzt § 34 StGB das Vorliegen einer *gegenwärtigen* Gefahr voraus. Zunächst ist eine Gefahr jedenfalls dann gegenwärtig, wenn sie alsbald oder in allernächster Zeit in einen Schaden umzuschlagen droht²³.

Allerdings wird der Begriff der Gegenwärtigkeit zum Teil auch weiter ausgelegt. Nach einigen Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung kann eine Gefahr auch dann noch als gegenwärtig anzusehen sein, wenn zwischen vermutetem Schadenseintritt und dem Handlungszeitpunkt eine größere Zeitspanne liegt, sofern zwei Voraussetzungen vorliegen: Zum einen muss der Eintritt der Schädigung dann sicher oder höchstwahrscheinlich sein. Zum anderen darf innerhalb dieser dann recht langen Zeitspanne zwischen Eintritt der Schädigung und der zu rechtfertigenden Handlung keine weitere Abwendungsmöglichkeit mehr bestehen²⁴.

Aus diesem Grund wird regelmäßig die Eintragung in RISKID nicht zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr in diesem Sinne dienen. Denn da RISKID großteils der Absicherung eines Verdachtes dient, kann hier in den allermeisten Fällen nicht davon ausgegangen werden, dass der eintragende Arzt eine erneute Misshandlung durch die Eltern für „sicher oder höchstwahrscheinlich“ hält. Im Unterschied zum o.g. HIV-Fall, in dem es nahezu sicher ist, dass der Patient Geschlechtsverkehr mit dem dann gefährdeten Partner ausüben wird

²¹ MünchKomm-Cierniak/Pohlitz StGB § 203 RN 88.

²² NJW 2000, 875 ff.

²³ Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2. Auflage 2011 § 35 RN 7 m.w.N.

²⁴ Lackner/Kühl § 34 RN 2 m.w.N., ähnlich Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele § 34 RN 17.

(mag auch der Zeitpunkt in einiger Ferne liegen), weiß der Kinderarzt nicht, ob dem Kind überhaupt Misshandlungen durch die Eltern drohen.

Der Grad der Gefahr für die Kinder erreicht daher üblicherweise nicht das Gefahrenstadium, das als gegenwärtig im Sinne des § 34 StGB bezeichnet werden kann. Dass die Eltern ihr Kind erneut misshandeln mag in einiger Zukunft liegen oder auch gar nicht erfolgen. Solche Fälle werden von § 34 StGB mangels Gegenwärtigkeit einer Gefahrenverwirklichung nicht erfasst.

Eine stets oder auch nur häufig anzunehmende Rechtfertigung über § 34 StGB kommt daher nicht in Betracht.

5. Allgemeine Güter- und Interessenabwägung

Die wohl h.M. befürwortet im Rahmen der Rechtfertigung von § 203 StGB über den allgemeinen rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB hinaus eine Rechtfertigung aufgrund überwiegender allgemeiner Interessen²⁵.

Dass es Fälle geben kann, in denen die Geheimnisoffenbarung eines Schweigepflichtigen trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 203 StGB nicht strafbar ist, ergibt sich bereits aus dem verfassungsrechtlichen Hintergrund der Vorschrift. So findet die Vorschrift des § 203 StGB die verfassungsrechtliche Begründung in dem aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG garantierten Recht auf informationelle Selbstbestimmung²⁶. Dieses Recht ist jedoch Schranken ausgesetzt; der Einzelne muss staatliche Eingriffe insb. im Drittinteresse hinnehmen²⁷.

Zwar sind die Grundrechte ihrem Wesen nach Abwehrrechte gegenüber dem Staat; dies gilt grundsätzlich auch für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Jedoch führt dies nicht dazu, dass die Grundsätze der Abwägung mit Interessen Dritter nicht auch im Fall des Eingriffs durch Kinderärzte vorzunehmen wären. Denn die Grundrechte sind insgesamt eine objektive Werteordnung, die auch im Rechtsverhältnis zwischen zwei Privaten von Bedeutung ist.

²⁵ BGHSt 1, 366; BGH NJW 1968, 2288, 2290; OLG Köln NJW 2000, 3656, 3657 m.w.N.; Lackner/Kühl § 203 RN; a.A. MünchKomm-Cierniak/Pohlit § 203 RN 85; NomosKommentar-Kargl § 203 RN 70.

²⁶ Lackner/Kühl § 203 StGB RN 1.

²⁷ BVerfG NJW 2002, 2164, 2165.

Den Staat trifft in Bezug auf die Unversehrtheit von Leib und Leben auch eine durch die Grundrechte entstehende Schutzpflicht gegenüber Eingriffen von Privatpersonen (Art. 2 II 1 GG)²⁸. Damit ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch Art. 2 II 1 GG und Art. 12 GG beschränkt, hinzu kommt Art. 6 GG, der weniger ein Recht der Eltern als deren Pflicht normiert, für Gesundheit und Leben des Kindes zu sorgen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Wächterfunktion des Staates nach Art. 6 GG. Schließlich kann auch Art. 1 I GG berührt sein, weil Misshandlungen die Würde des Kindes betreffen können.

Folglich können überwiegende Interessen über § 34 StGB hinaus die Offenbarung eines Geheimnisses durch einen Arzt rechtfertigen. Damit wird durch eine Abwägung mit überwiegenden Interessen eine Offenbarung rechtfertigungsfähig, ohne dass die Voraussetzung einer gegenwärtigen Gefahr, wie sie von § 34 StGB gefordert wird, vorliegen muss²⁹.

Art. 2 I GG fordert dieses Merkmal nicht. Im Gegenteil hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung könne auch dann zulässig sein, „wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr [Anm.: für das zu schützende Rechtsgut] schon in näherer Zukunft eintritt“³⁰.

Das Bundesverfassungsgericht legitimiert damit einen Eingriffsaspekt, der besonders in den letzten Jahren in immer mehr Bereichen ausgestaltet, weiterentwickelt und gestützt worden ist, nämlich denjenigen der Vorsorge. Obwohl eine Gefahr noch nicht kurz vor dem Stadium des (u.U. wiederholten) Umschlagens in eine Schädigung befindlich ist, wird unter Abwägung der Interessen ein Handeln erlaubt. Überzeugender Zweck dieser Vorsorge ist es, Gefahren bereits im Vorfeld, z.T. bereits vor Ihrer Entstehung, zu bekämpfen. Wichtige Gründe für die Notwendigkeit dieser Vorsorgeregelungen sind zum einen, dass der vorzunehmende Eingriff in ein Rechtsgut im Vorfeld meist milder ausfallen kann, als wenn ein Schaden für das zu schützende Rechtsgut unmittelbar bevorsteht, zum anderen gerät das zu schützende Rechtsgut gar nicht erst in die konkrete Nähe einer Schädigung.

²⁸ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, 27. Auflage 2011, RN 417.

²⁹ Nicht überzeugen kann daher der Schluss von MünchKomm-Cierniak/Pohlitz StGB § 203 RN 85, wonach „Grundsätze über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen [...] als Rechtfertigungsgrund nicht anzuerkennen“ seien.

³⁰ BVerfG NJW 2008, 822, 831.

Diese Argumentation überwiegender Interessen folgt der auf der Ebene der Angemessenheit eines eingreifenden Handelns stets vorzunehmenden Unterscheidung nach der Eingriffsqualität: Je intensiver ein Eingriff in das geschützte Rechtsgut ist, desto bedeutender muss das zu schützende Rechtsgut sein und vice versa³¹.

Bei RISKID steht auf der einen Seite das Interesse der erkannten Problemkinder auf körperliche Unversehrtheit und evtl. auf Leben. Diese Rechtsgüter sind bereits per se von überragender Bedeutung³². Ihre Bedeutung steigt noch weiter unter Berücksichtigung der Schutz- und Hilflosigkeit eines Kindes, zusammenhängend mit einer besonders gegenüber den eigenen Eltern bestehenden Arglosigkeit.

Der Grad der Gefährdung dieser Rechtsgüter divergiert je nach Einzelfall. Aus der vorzunehmenden objektiven ex ante Sicht kann eine Misshandlung durch die Eltern unmittelbar bevorstehen, evtl. tritt sie aber auch in naher Zukunft nicht ein. Die Qualität des zu schützende Rechtsguts ist damit von überragender Bedeutung, die Wahrscheinlichkeit des befürchteten Eingriffs ist u.U. jedoch nicht besonders hoch.

Das auf der anderen Seite stehende Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird dadurch verletzt, dass Informationen an einen anderen Kinderarzt weitergegeben werden. Hingegen ist diese Beeinträchtigung eine äußerst schwache, denn wie aufgezeigt reduziert sich seit der Umgestaltung von RISKID die Anzahl derjenigen Personen, die Zugriff auf die Daten haben auf diejenigen Kinderärzte, die das Risikokind in ihrer Behandlung haben.

Der Eingriff wird weiter dadurch gemildert, dass diese anderen Ärzte (oft wird es überhaupt nur ein einziger anderer Arzt sein) ebenfalls schweigepflichtig sind. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die offenbarten Informationen auf das notwendige Minimum reduziert sind. So werden nach der Änderung der Regelungen von RISKID die Eltern des Kindes nicht mehr gespeichert. Auch wenn sich evtl. Rückschlüsse aus den Daten des Kindes auf seine Eltern ziehen lassen, sind es ausschließlich die Daten des Kindes, die offenbart werden. Offenbart werden somit die Daten desjenigen, der gerade den Eingriff in sein Recht auf körperliche Unversehrtheit oder Leben zu befürchten hat. Dass das Kind hier nicht in die Offenbarung eingewilligt hat wird fast immer dadurch bedingt sein, dass ihm die natürliche Einsichtsfähigkeit fehlt. Stattdessen hat die Rechtsordnung die Entscheidung anderen

³¹ Pieroth/Schlink RN 409.

³² BVerfG NJW 2008, 822, 831.

Personen übertragen, nämlich den Eltern³³. Diese sind aber in den RISKID-Fällen ausgerechnet diejenigen, von denen der Angriff auf das Kind droht. Unter anderem diese paradoxe und gefährliche Situation spricht in ganz erheblichem Maße dafür, die Eltern als die potentiellen Täter nicht dadurch zu schützen, dass man ihnen gestattet, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ihres Opfers heranzuziehen, um ihre Tat zu verdecken. Das Kind wird auf diese Weise um die Aufdeckung seiner Misshandlung gebracht. Die Eltern als Täter berufen sich im Namen des Kindes als Opfer auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und erreichen so die Vertuschung ihrer Tat.

Stellt man diese Situationen gegenüber, ergibt sich ein Überwiegen der Interessen des Kindes auf den Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit und evtl. sogar seines Lebens gegenüber seinem eigenen, durch seine Eltern beanspruchten Recht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Verglichen mit den o.g. HIV-Fällen, in denen eine Rechtfertigung unstreitig über § 34 StGB erzielt wird, ist das teilweise Fehlen des Kriteriums der Gegenwärtigkeit in den RISKID-Fällen durch diese Aspekte der äußerst geringen Eingriffsqualität in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und durch die aufgezeigte Situation, dass nur durch den Willen des Täters ein Schutz dieses Rechts überhaupt in Frage kommt, mehr als kompensiert.

Die abstrakte Gewichtung, die der Gesetzgeber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Rahmen des § 203 StGB beigemessen hat, ist gering. Hierauf weist die sehr geringe Strafandrohung hin sowie der Verzicht auf eine Bestrafung des Versuchs und dass die Tat als Antragsdelikt ausgestaltet ist. Zudem führt bereits eine durch einfaches Gesetz erlassene Befugnis zur Offenbarung zur Straffreiheit des Schweigepflichtigen. Auch ist nicht zu vernachlässigen, dass Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung im Tatsächlichen oft kaum bis nicht spürbar sind – etwa im Unterschied zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit, die Berufsfreiheit etc. Hinzu kommt, dass die Konturen dieses sich nur mittelbar aus den Grundrechten ergebenden Rechtes bisher nicht mal vom Bundesverfassungsgericht eindeutig vorgegeben sind³⁴.

³³ Würde man auf den mutmaßlichen Willen des Kindes abstellen, wäre die Tat nach § 203 StGB meist gerechtfertigt. Lediglich die Tatsache, dass im Fall der fehlenden Einsichtsfähigkeit des Kindes der (mutmaßliche) Wille der Eltern entscheidend ist und dieser in den RISKID-Fällen dahin geht, eine Entlarvung zu vermeiden, verhindert diese Art der Rechtfertigung.

³⁴ Das stellt auch das Bundesverfassungsgericht selbst klar in BVerfGE 65, 44, 45.

Sofern dieses Grundrecht im Rahmen der Abwägung einem derart bedeutenden gegenübersteht wie dem des Rechts auf körperliche Unversehrtheit eines Kindes muss es zurücktreten. Hierfür sprechen auch die negativen Konsequenzen, die sich ergeben würden, wenn man die Bedeutung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zu hoch ansetzt. Je stärker man dieses Recht gewichtet, umso höher sind auch die sich dann ergebenden Unterlassungspflichten der Ärzte³⁵. Die Pflicht, Patientendaten geheim zu halten schränkt (Be)handlungsmöglichkeiten ein. Je stärker das Verbot der Geheimnisoffenbarung, desto geringer die Möglichkeiten der Beratung über Behandlungsmöglichkeiten mit anderen Ärzten, desto geringer die Möglichkeiten, familiäre Vorerkrankungen auszuwerten, desto geringer die Möglichkeiten, eine Urlaubsvertretung in einen Krankheitsfall einzuweisen, desto geringer die Möglichkeiten, Vergleichslisten, Forschungsergebnisse, o.ä. auszuwerten, abzugleichen, etc. – und schließlich: desto geringer die Möglichkeiten, Kinder vor Missbrauch zu schützen.

In der Waagschale mit dem Recht auf Unversehrtheit von Leib und Leben des Kindes liegt zudem das Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafverfolgung. Auch dieses Recht ist als grundrechtlich geschütztes anerkannt worden³⁶. Es widerspricht in hohem Maße einer effektiven Strafverfolgung, wenn, wie hier, der Täter selbst entscheiden kann, ob die Wahrscheinlichkeit seiner Überführung durch Weitergabe von Daten seines Opfers an einen anderen Arzt erhöht wird. Noch einleuchtender wird dieser Widerspruch, wenn die Zurückhaltung der Daten durch die Berufung auf dasjenige Recht erreicht wird, das eigentlich dem Opfer zusteht und das hier lediglich aufgrund der besonderen Konstellation der Täter als gesetzlicher Vertreter des Opfers ausüben darf.

Auch ist dem Bedürfnis des Kindes nicht damit genüge getan, dass sich ein Kinderarzt an das Jugendamt wendet. Denn regelmäßig geht es hier wie zumeist in den Fällen der Vorsorge zunächst darum, zu erforschen, ob überhaupt eine Verletzung vorliegt und/oder weitere Schäden drohen. Diese Diagnose bzw. Prognose ist aber effektiv nur durch ein interärztliches Fachgespräch zwischen den behandelnden Ärzten möglich. Ein Mitarbeiter des Jugendamtes hat schlicht nicht die notwendigen medizinischen Kenntnisse um fachspezifisch an der Diagnose mitzuwirken.

³⁵ Ähnlich argumentiert Bohnert für den Fall des Amtsträgers in „Der beschuldigte Amtsträger zwischen Aussagefreiheit und Verschwiegenheitspflicht“ NSTZ 2004, 301, 302.

³⁶ BVerfGE 46, 222.

Für die Zulässigkeit dieser interkollegialen Offenbarung des Geheimnisses spricht zudem Art. 12 GG, der den Ärzten die Berufsausübung entsprechend ihrer eigenen Vorstellungen gestattet. Diese Vorstellungen finden Ausdruck in der Berufsordnung der Bundesärztekammer (s. dazu auch bereits oben B. II 3.1). Besonders ist hier, wie konkret sich diese Berufsordnung mit der Schweigepflicht auseinandersetzt. So werden in § 9 I nicht nur die Voraussetzungen der Schweigepflicht, sondern über dies in § 9 II Möglichkeiten der Durchbrechung genannt. Die Ärzte haben somit ein Regelwerk geschaffen, das ihre zuvor selbst definierte Schweigepflicht einschränkt. Bemerkenswert ist, dass diese Einschränkung die hier erörterte Interessenabwägung beinhaltet. Nach § 9 II 1 der Berufsordnung der Bundesärztekammer³⁷ entfällt die Schweigepflicht „soweit die Offenbarung zum Schutze eines höherwertigen Rechtsguts erforderlich ist“. Nach ihren eigenen Standards ist es Ärzten daher erlaubt, ein Kind in RISKID einzutragen, denn diese Eintragung zum Schutz vor und zur Erkennung von Misshandlungen geschieht „zum Schutz eines höherwertigen Rechtsgutes“. Eine trotz dieser berufsständischen Rechtfertigung erfolgende staatliche Bestrafung durch § 203 StGB geht mit einem Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit einher. Insbesondere da sich der Gesetzgeber durch Inkorporierung der Berufsordnung in das HeilBerGNW nach § 31 HeilBerGNW zu der Berufsordnung und damit auch zu § 9 II bekannt hat, sind hohe Anforderungen an ein hiergegen gerichtetes staatliches Handeln zu stellen.

Gegen eine Weitergabe an einen anderen Arzt könnte schließlich die Möglichkeit des Vertrauensverlustes der Eltern in die Verschwiegenheit der Kinderärzte sprechen³⁸.

Hingegen müssen kriminelle Eltern, die ihre Kinder misshandeln, ohnehin mit der Möglichkeit der Aufdeckung ihrer Tat rechnen. Eine Entdeckung der Verletzungen durch Verwandte, Schulkameraden etc. ist hier stets zu „befürchten“. Jedenfalls ist die Zahl der Fälle, in denen Eltern aufgrund dieses Vertrauensverlustes den Kinderarztbesuch erst gar nicht unternehmen, nicht dermaßen hoch, dass es richtig erschiene, Risikokinder nicht zu offenbaren und ihrem Schicksal zu überlassen. Auch wird das Vertrauen der Bevölkerung

³⁷ Der von allen Länderkammern in ihre Berufsordnungen übernommen wurde.

³⁸ Dieses Argument wurde u.a. in der anfangs erwähnten Plenarsitzung des Landtages NRW erwähnt, vgl. Plenarprotokoll 16/28 vom 25.4.2013 zu Drs.16/2433.

und insbesondere von Eltern in die Effektivität ärztlicher Aufdeckung von Kindesmisshandlungen gestärkt.

Nicht von vornherein auszuschließen ist auch die psychologische Reaktion von Eltern, nicht nur trotz, sondern gerade wegen einer zu befürchtenden Entdeckung ihrer Misshandlungen einen Arztbesuch zu unternehmen, um so einen Schlussstrich unter ihre kriminellen Handlungen gegen ihr eigenes Kind ziehen zu können und um so ihr schlechtes Gewissen zu entlasten.

Da in Rechtsprechung und Lehre im Rahmen der Rechtfertigung einer Tat nach § 203 StGB grundsätzlich anerkannt wird, dass es auf die engen Voraussetzungen des § 34 StGB nicht in allen Fällen ankommt und zudem eine Güterabwägung eindeutig zu Gunsten des Rechts des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Leben ausfällt, liegt es nahe, dass auch ein Gericht bzw. ein Staatsanwalt eine Strafbarkeit nach § 203 StGB regelmäßig mangels Rechtswidrigkeit der Tat ablehnen würde.

IV. Ergebnis

Im Ergebnis liegt insbesondere nach den aufgezeigten Änderungen in RISKID in der Art des Datenzugangs und dem Inhalt der gespeicherten Daten eine Strafbarkeit nach § 203 StGB nicht (mehr) vor. Sofern sich die zuständigen Stellen mit der Frage der Strafbarkeit nochmals auseinandersetzen, spricht Vieles dafür, dass sie zu demselben Ergebnis kommen.

C. Die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer bei konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeit

Geht man, wie anscheinend die Mitglieder des Landtages NRW, davon aus, dass eine interkollegiale Information zwischen dem ein bestimmtes Kind behandelnden Ärzten einer gesetzlichen Befugnisnorm bedarf, oder aus Gründen der Schaffung größerer Rechtsklarheit zumindest wünschenswert ist, so stellt sich die Frage, ob eine solche landesgesetzliche Regelung zulässig wäre.

Im BKiSchG vom 22.12.2011 findet sich in Art. 1 ein aus vier Paragraphen bestehendes Gesetz, das Kooperation und Information im Kinderschutz regelt (KKG). Die hier in Frage stehende interärztliche Kommunikation ist dort nicht geregelt. Realistischerweise kommt die Novellierung dieses Bundesgesetzes in Gestalt einer Ergänzung um eine Befugnisnorm nicht in Betracht, so dass die Kompetenz der Länder in soweit gefragt ist.

Die Bundesländer können eine solche Regelung treffen, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 I GG). Ob dies der Fall ist, ist eine Frage der Auslegung des in Kraft gesetzten Bundesgesetzes, also des BKiSchG. Diese Auslegungsfrage ist im Folgenden vornehmlich zu klären (s. u. II.).

Bevor geprüft wird, ob ein solches Gebrauchmachen vorliegt, muss allerdings festgestellt werden, ob der Bund generell überhaupt für die geregelte Materie zuständig ist, ob er sich also auf einen Kompetenztitel für seine Gesetzgebung stützen kann (s.u. I.1.). Zudem muss gemäß Art. 72 II GG eine bundeseinheitliche Regelung „erforderlich“ sein, wenn es nicht um eine ausschließliche Kompetenzzuweisung geht, sondern nur um eine konkurrierende (s. hierzu u. I.2.).

- I. Fehlender Kompetenztitel für den Bundesgesetzgeber und/oder fehlendes Erfordernis einer bundeseinheitlichen Regelung

1. Der Kompetenztitel Art. 74 I Nr. 7 GG

Der Bund bezieht sich auf Art. 74 I Nr. 7 GG. Dieser Kompetenztitel umfasst Regelungen bzgl. der „öffentlichen Fürsorge“. Nach der herrschenden Meinung ist der Kern und das Hauptanliegen dieser Kompetenznorm die Hilfe durch den Staat bei in Not geratenen Bürgern, also die Sozialhilfe³⁹. Dieser Kern ist im vorliegenden Kontext nicht betroffen. Es wird dann allerdings für eine „nicht enge“ Auslegung plädiert, und zwar im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip⁴⁰. Dieses Plädoyer läuft allerdings Gefahr, dass dieser Kompetenztitel als „Generalklausel“ zu Gunsten des „Beschützers und Betreuers Bund“ missbraucht wird. Zutreffenderweise wird man hinnehmen, dass neben materieller auch immaterielle Hilfe von diesem Kompetenztitel gedeckt ist und dass zudem nicht nur staatliche als öffentliche Fürsorge verstanden wird, sondern auch die durch Private.

Allerdings muss bei diesen Weiterungen daran erinnert werden, dass nach dem im Grundgesetz verfassten Bundesstaat die Gesetzgebung den Ländern zusteht (Art. 70 I GG). Der Bund darf nur aufgrund einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung Gesetze erlassen. Im BKiSchG hat er Regelungen zum Schutz des Kindes getroffen, die nicht nur Notlagen betreffen. Dies dürfte hinnehmbar sein. Das hier in Frage stehende interärztliche Informationsaustauschsystem betrifft allerdings eher eine Frage des Berufsrechts und hat also nur mittelbar mit öffentlicher Fürsorge zu tun. Somit bleiben Zweifel der Kompetenz des Bundes nicht im Hinblick auf den Kinderschutz insgesamt, aber bzgl. einer Kompetenz zur Regelung berufsrechtlicher Schweigepflichten im Kontext eines fest umrissenen innerärztlichen Kommunikationssystems gegen Missbrauch von Kindern.

³⁹ Jarass/Piero, GG, 12. Auflage 2012, Art. 74 RN 17.

⁴⁰ BVerfGE 97, 332, 341.

2. Die Erforderlichkeit bundeseinheitlicher Regelung

Gemäß Art. 72 II GG bedürfte es zudem einer erforderlichen Bundesregelung. Die Bundesregierung hat diese Erforderlichkeit damit begründet, dass sie mehr Rechtssicherheit für die Betroffenen schaffen wolle. Grundsätzlich ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Erforderlichkeitsklausel im Jahr 2006 durch Grundgesetzänderung an die Stelle der bisherigen Bedürfnisklausel gesetzt wurde, die als Einfallstor für die Auszehrung der Länderkompetenzen angesehen wurde⁴¹. Insoweit hat die geltende Erforderlichkeitsklausel die rechtliche Bedeutung, die Länder wieder zu stärken⁴². Es ist deshalb auch im vorliegenden Fall kritisch darauf zu achten, in wie weit ein Bundesgesetz erforderlich ist und nicht Ländergesetze ausreichen.

Als vornehmlicher Fall einer Erforderlichkeit wird heute allgemein die Situation gesehen, dass europäisches Gemeinschaftsrecht eine deckungsgleiche Übernahme in nationales Recht erfordert⁴³. Das ist vorliegend nicht der Fall. Zudem ist zu bedenken, dass es an der Erforderlichkeit auch dann fehlt, wenn ein teilweises Gebrauchmachen von der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis durch den Bund ausreicht⁴⁴.

II. Fehlende abschließende Regelung des Bundesgesetzgebers

Wenn man die Frage, ob der Bund in seinem Gesetz (BKISchG) von seiner zugewiesenen Kompetenz tatsächlich Gebrauch gemacht hat, positiv beantworten würde, träte eine Sperrwirkung für die Bundesländer ein⁴⁵.

Ob eine derartige abschließende Regelung vorliegt, ist eine Frage der Gesetzesauslegung (hier: des BKISchG), der hier besonders sorgfältig nachgegangen werden muss, weil eine ausdrückliche Regelung im Hinblick auf ein innerärztliches Informationssystem im Gesetz nicht vorliegt.

⁴¹ BT-Drs. 12/6000, S. 33

⁴² BVerfGE 106, 62, 136 ff.

⁴³ Jarass NVwZ 2000, 1093.

⁴⁴ Jarass NVwZ 2000, 1093.

⁴⁵ BVerfGE 67, 299, 324; 109, 272, 279.

Für die Auslegung eines Gesetzes ist prinzipiell zu beachten, dass methodologisch zwei Thesen vertreten werden, nämlich die subjektive und die objektive, zutreffenderweise aber beide Theorien zur Auslegung heranzuziehen sind⁴⁶.

Die subjektive Methode oder Willenstheorie legt das Gesetz durch Auslegung des historisch-psychologischen Willens des Gesetzgebers aus. Die objektive Theorie nimmt eine dem Gesetz selbst innewohnende Zielsetzung, die auch zum Ausdruck gekommen sein muss, als Maßstab an. Die objektive Methode berücksichtigt damit, dass ein Gesetz nach seinem Inkrafttreten weitergilt und zwar auch vor dem Hintergrund gewandelter Lebensverhältnisse und Fakten.

Der Unterschied zur historischen Auslegung könnte im vorliegenden Fall etwa insofern von Bedeutung sein, als das Informationssystem sich innerhalb der letzten Zeit verändert hat und wesentlich enger konzipiert worden ist.

1. Die Auslegung des Kinderschutzgesetzes nach der subjektiven Methode (Wille des historischen Gesetzgebers)

Die Materialien der Gesetzesentstehung lassen sehr deutlich erkennen, dass die Bundesregierung mit ihrem Gesetzesentwurf zum BKiSchG im Wesentlichen das Verhältnis der Ärzte und anderer Geheimnisträger zum Staat, d.h. zum Jugendamt regeln wollte. Im Fokus stand damit die vertikale Perspektive Staat-Bürger. Die horizontale Perspektive Bürger(Arzt) - Bürger(Eltern/Kind) spielte zwar auch eine Rolle, aber nur am Rande. Das ergibt sich aus folgenden Fundstellen.

Die Bundesregierung erwiderte dem Bundesrat, dass sie dessen Vorschlag zur Ergänzung des von der Bundesregierung entworfenen § 4 KKG um einen weiteren Absatz (4) nicht zustimme⁴⁷. Die Entwurfsfassung der Bundesregierung sah vor, dass nach dem Scheitern von Gesprächen mit den Eltern und dem Einschalten einer Fachkraft (§ 4 I und II KKG) der Arzt (und sonstige Geheimnisträger) „befugt“ sei, das Jugendamt zu informieren (§ 4 III KKG). Der Bundesrat hatte hierzu die Ergänzung vorgeschlagen „Weitergehendes Landesrecht bleibt unberührt.“ Mit diesem Ergänzungsvorschlag war nicht das Verhältnis von Ärzten

⁴⁶ Larenz, Methodenlehre, 6. Auflage 1960, S. 324 ff.

⁴⁷ BT-Drs. 17/6256, S. 48.

untereinander gemeint, sondern das in § 4 III KKG geregelte Verhältnis von Arzt und Jugendamt und zwar dahingehend, dass nicht nur die „Befugnis“ des Arztes zur Information des Jugendamtes, sondern die „Pflicht“ zur Information gesetzlich festgeschrieben werden sollte. Hintergrund war, dass eine derartige Pflicht in einigen Bundesländern gesetzlich normiert war. Die Ablehnung des Bundesratsvorschlages, weitergehendes Landesrecht unberührt zu lassen, bezog sich somit nicht auf innerärztliche Kommunikation, sondern auf die Frage, ob Ärzte (und sonstige Geheimnisträger) bei vermuteter Gefährdung dem Jugendamt zwingend Mitteilung machen müssen (Pflicht), oder ob dies nicht optional sei.

Aus diesem Streit, ob eine Befugnis oder eine Pflicht der Information gegenüber dem Jugendamt bestehen soll, kann für den vorliegenden Kontext der Frage einer interärztlichen Kommunikation aber nichts hergeleitet werden. Er betrifft nur das Verhältnis des Arztes zum Jugendamt, nicht zu Kollegen.

Das gilt ebenso für die Begründung der Bundesregierung zur Ablehnung einer Pflicht der Information des Jugendamtes: „Eine gesetzliche Pflicht, wonach Berufsgeheimnisträger verpflichtet sind, dem Jugendamt entsprechende Anhaltspunkte mitzuteilen“, könnte den „Vertrauensschutz zwischen Arzt und Patient“ beeinträchtigen⁴⁸. Auch in dieser Begründung der Bundesregierung geht es um das Verhältnis der Geheimnisträger zum Staat, nicht um deren Verhältnis untereinander. Der Bundesgesetzgeber sieht das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient/Eltern durch eine zu starke, d.h. obligatorische staatliche Einbindung gefährdet.

Es ist aus dieser Absage an eine Informationspflicht an den Staat (Jugendamt) herzuleiten, dass die Bundesregierung in ihrem Entwurf des § 4 KKG bewusst eine zurückgenommene Funktion des Staates und seiner Wächterrolle will.

Nach § 4 III KKG ist der Arzt (oder ein sonstiger vom KKG aufgezählter Geheimnisträger) erst dann befugt, das Jugendamt überhaupt zu informieren, wenn durch ihn „eine Gefährdungseinschätzung vorliegt, die zu dem Ergebnis kommt, dass eine Kindeswohlgefährdung vorliegt“⁴⁹. Offensichtlich ist hier von der Bundesregierung gewollt, dass die Einschaltung des staatlichen Jugendamtes erst erfolgen soll und darf, wenn eine auch fachlich-wissenschaftliche belegte Gefährdungsbegründung vorliegt.

⁴⁸ BT-Drs. 17/6256, S. 48.

⁴⁹ BT-Drs. 17/6256, S. 19.

Dem entspricht und widerspricht nicht die Begründung der Bundesregierung zu § 4 II KKG, in dem es um die ggf. vom Geheimnisträger hinzuzuziehende erfahrene Fachkraft geht. Die Bundesregierung erklärt in ihrer Begründung zu dieser Hinzuziehung der Fachkraft: Sie soll „im Einzelfall“ bei der Gefährdungseinschätzung Hilfe leisten und insofern könne der Berufsgeheimnisträger Daten an die Fachkraft übermitteln (pseudonomisiert) „nicht dagegen ist ein Austausch von Daten unter Berufsgeheimnisträgern zur Sammlung von Verdachtsmomenten der Sinn“⁵⁰.

Der Sinn dieser Aussage der Bundesregierung geht offenbar in folgende Richtung: Es sollen Informationen über eine Person nicht zu einer „Sammlung von Daten“ führen, also einer Datenbank, sondern nur zu einer „Gefahreinschätzung im Einzelfall“. Neben dieser Absage an eine „Sammlung“ einer unbestimmten Vielzahl von Daten dürfte auch zugleich eine Absage an die Nutzungsmöglichkeit solcher Daten durch eine unbestimmte Vielzahl von Nutzern liegen, selbst wenn es hier nur um Geheimnisträger ginge.

Mit anderen Worten kann selbst aus dieser Äußerung der Bundesregierung keineswegs eine klare Absage an ein hier in Frage stehendes Informationssystem zwischen Kinderärzten in ihrer heutigen Konzeption hergeleitet werden, da es hierbei letztlich stets um den Einzelfall und die Erörterung lediglich zwischen Arzt A und einem möglicherweise darauf folgenden Arzt B geht.

Noch wichtiger ist, dass der Wille der Bundesregierung nicht nur aus einer Einzeläußerung zu deuten ist. Mit dem gestuften Vorgehen gemäß § 4 II und III KKG des Gesetzentwurfs hat die Bundesregierung normiert, wie sie das Wächteramt des Staates im Sinne von Art. 6 II GG wahrnimmt, nämlich durch eine zentrale Rolle des Jugendamtes⁵¹. In vermutlich realistischer Einschätzung der strukturellen und zunehmenden Überforderung des Staates hat die Bundesregierung in § 4 KKG das „Recht“ des Arztes, das Jugendamt zu informieren an die Voraussetzung geknüpft, dass zuvor die Gefährdungseinschätzung des Kindeswohls festgestellt ist. Eine solche Gefährdungseinschätzung setzt aber Befunde voraus. Derartige Befunde können in erster Linie nur von im Einzelfall mit einem Kind befassten Kinderärzten erstellt werden, weil sie hierzu wissenschaftlich ausgebildet und ständig fortgebildet sind. Da dennoch nicht immer sofort Eindeutigkeit – im positiven oder negativen Sinne – das Ergebnis

⁵⁰ BT-Drs. 17/6256, S. 19.

⁵¹ BT-Drs. 17/6256, S. 15.

einer ärztlichen Untersuchung ist, muss ein innerärztlicher Informationsaustausch aus zwei Gründen möglich sein.

Zum einen kann sich die Eindeutigkeit erst durch eine Wiederholung von Verletzungen ergeben, was der behandelnde Arzt bei doctor hopping nicht feststellen kann. Zum anderen kann das Vier-Augen-System ergiebiger sein, weil der Arzt B andere oder zusätzliche Erkenntnisse haben könnte im Vergleich zu denen des Arztes A.

Diese Art der Erkenntnisquelle wollte der historische Gesetzgeber keinesfalls sicher ausschließen, eher kann sogar vom Gegenteil ausgegangen werden. Bei seiner Begründung zum Gesetzeszweck (§ 1 KKG) weist er nämlich auf die das Gesetz leitenden Prinzipien hin: a) „frühe Hilfen“, dahinter steht das Vorsorgeprinzip, b) „umfassender Schutz“, er spricht hier von einem „Frühwarnsystem“ und von „Vernetzungen“ sowie von „gezieltem Wissensaustausch“⁵².

Diesem holistischen Ansatz im Willen des Gesetzgebers zum Schutz des Kindes widerspräche es, anzunehmen, der Gesetzgeber habe einen gezielten Wissensaustausch gerade unter denen, die die höchste Kompetenz und die größte Nähe bei der Erkenntnis von Misshandlungen haben, ausschließen wollen.

Die Bundesregierung wollte die Strafbewehrung des Offenbarens von Geheimnissen durch Berufsheimnisträger in § 203 StGB durch eine gesetzliche Befugnis zur Weitergabe von Erkenntnissen an das Jugendamt beseitigen⁵³. Dabei ging sie davon aus, dass die in § 34 StGB normierte Rechtfertigung nur ganz ausnahmsweise greife und zwar bei „akuter“ Gefahrenlage⁵⁴ und weil § 34 StGB ggf. eine schwierige Interessenabwägung fordert. Die Bundesregierung wollte mit anderen Worten mit dem KKG Ärzten (und den anderen genannten Geheimnisträgern) Straffreiheit auch für den Fall verschaffen, dass die Voraussetzungen des § 34 StGB mangels Gegenwärtigkeit der Gefahr nicht vorliegen.

Sie hat dazu die Befugnis zur Offenbarung im KKG normiert. Dann hat sie in ihrer Begründung jedoch hinzugefügt: „Außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Befugnisnorm bleibt die Rechtslage unberührt“⁵⁵. Damit konstatiert die Bundesregierung ihren Willen,

⁵² BT-Drs. 17/6256, S. 17.

⁵³ BT-Drs. 17/6256, S. 20.

⁵⁴ BT-Drs. 17/6256, S. 20.

⁵⁵ BT-Drs. 17/6256, S. 20.

Ärzte (u.a. Geheimnisträger) vor Strafe jedenfalls dann zu bewahren, wenn sie nach dem KKG verfahren (Einschaltung von Fachkraft oder Jugendamt), er schließt damit jedoch nicht aus, sondern lässt unberührt, dass auch außerhalb dieser bundesgesetzlichen Befugnisnorm nach anderen Normen Straffreiheit gegeben sein kann. Mit anderen Worten liegt in diesem Unberührtlassen möglicherweise auch der Wille, diese Frage bewusst nicht abschließend zu regeln.

2. Die Gesetzesauslegung nach der objektiven Methode

Ob der Bund von seiner – als gegeben unterstellten – Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, ist nach der objektiven Auslegungstheorie danach zu beurteilen, was der objektive, dem Gesetz innewohnende und zum Ausdruck gekommene Sinn eines Gesetzes ist. Der Unterschied zur subjektiven Theorie besteht darin, dass sie wandelnde Lebensverhältnisse, die der historische Gesetzgeber nicht alle übersehen konnte, berücksichtigen kann⁵⁶.

Unter diesem Gesichtspunkt dürfte es vorliegend von Bedeutung sein, dass der historische Gesetzgeber in der Frage der Ausgestaltung der innerärztlichen Kommunikation eher von einer Datenbank ausging, die nach ihrer Struktur und ihrem Umfang viel weiter konzipiert ist als das bei RISKID tatsächlich der Fall ist.

3. Die Auslegung nach der gemischt subjektiv-objektiven Methode

Beiden Theorien liegen Teilwahrheiten zu Grunde⁵⁷, weshalb sie beide heranzuziehen sind. Das bedeutet, dass vom historischen Willen auszugehen ist, ggf. aber Korrekturen über den heutigen objektiven Sinn und Zweck eines Gesetzes vorzunehmen sind. Auszulegen ist das Gesetz darauf hin, ob der KKG-Gesetzgeber eine abschließende Regelung mit Sperrwirkung für die Bundesländer getroffen hat (s.o. I.). Eine ausdrückliche Regelung im für die Bundesländer positiven Sinne, dass sie ergänzende Regelungen treffen können (Vorbehaltsklausel) ist im Gesetzestext nicht vorhanden. Sein historischer Wille ist aber

⁵⁶ Larenz, Methodenlehre, 6. Auflage 1960, S. 324 ff.

⁵⁷ Larenz, Methodenlehre, 6. Auflage 1960, S. 324 ff.

dahingehend geäußert, dass er nur das Verhältnis zwischen Geheimnisträger und Jugendamt im Sinne einer voraussetzungsgebundenen Offenbarungsbefugnis verstanden wissen wollte und damit außerhalb dieses Verhältnisses die Rechtslage unberührt lassen wollte. Darin kann ein Vorbehalt zu Gunsten der Länder für die Regelung des horizontalen Verhältnisses der Ärzte gesehen werden. Es ist möglich, hier einen „absichtsvollen Regelungsverzicht“⁵⁸ zu sehen. Nimmt man nämlich die gesamte Begründung der Bundesregierung, die parlamentarischen Debatten, die Äußerungen des Bundesrates, die Erwiderungen der Bundesregierung und den in Kraft gesetzten Gesetzestext, insbesondere sein in § 1 KKG zum Ausdruck gebrachtes Kinderschutzkonzept, kann keinesfalls von einer eindeutigen abschließenden Regelung mit der Folge einer Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber gesprochen werden. Da das Konzept des innerärztlichen Informationsaustausches zur Zeit der Entstehung des KKG in seinen Grundzügen bekannt war, hätte es der Bundesgesetzgeber in der Hand gehabt, ihm deutlich eine Absage zu erteilen, zumindest in der Gesetzesbegründung. Er hat dies nicht getan.

Voraussetzung für das Eintreten der Sperrwirkung ist aber, dass der Bundesgesetzgeber eindeutig und klar seinen Willen zu einer abschließenden Regelung bekundet hat; der Wille muss erkennbar geregelt sein⁵⁹. Im Schrifttum wird zum Teil darüber hinaus gefordert, dass dieser Wille einer abschließenden Regelung besonders nachgewiesen wird⁶⁰.

Somit ist weiterhin von einer Gesetzgebungskompetenz der Länder gemäß Art. 70 ff GG auszugehen. Das ist durchaus im Sinne der Verfassungsänderung vom Jahr 2006 gegen die Auszehrung der Kompetenz der Länder durch den Bund und die Europäische Union.

Letztlich sind es Nuancen, wie weit man vom Bund Klarheit darüber verlangt, ob er den Willen zur abschließenden Regelung einer Materie hat. Unstrittig in Schrifttum und Rechtsprechung ist, dass dann, wenn begründete Zweifel über den Willen einer Sperrwirkung bestehen, diese nicht eintritt⁶¹. Eine eindeutige negative Regelung einer innerärztlichen Kommunikation (Ausschluss) kann dem Willen des Gesetzgebers des KKG nicht entnommen werden. Von einem „absichtsvollen Regelungsverzicht“⁶² kann nicht ausgegangen werden. Der Bundesgesetzgeber hat das Verhältnis der Geheimnisträger zum

⁵⁸ BVerfGE 98, 265, 300.

⁵⁹ BVerfGE 49, 343, 359 f.

⁶⁰ Rengeling, Handbuch des Staatsrechts Bd. 6 § 135 RN 159.

⁶¹ Jarass NVwZ 1996, 1041, 1045.

⁶² BVerfGE 109, 272, 283.

Staat (Fachkräfte, Jugendamt) geregelt. Damit hat er die Kommunikation unter Kinderärzten nicht „absichtsvoll ausgeschlossen“. Er hätte dazu deutlich und klar werden müssen, insb. weil ein solcher Informationsaustausch als diagnostischer Zwischenschritt zur Begründung einer Gefahr, der anschließend das Jugendamt mit staatlichen Maßnahmen zu begegnen hat, erforderlich ist. Angesichts dieser Sachlage war der Bund in der Tat zu einem deutlich erkennbaren Verzicht verpflichtet gewesen⁶³.

Somit ist weiterhin von einer Gesetzgebungskompetenz der Länder zur Regelung eines innerärztlichen Informationsaustausches gemäß Art. 70 ff. GG auszugehen.

⁶³ Rengeling, Handbuch des Staatsrechts Bd. 6 § 135 RN 159.

D. Zusammenfassende Thesen

1. Im Ergebnis bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen eine landesrechtliche Regelung zu Gunsten eines kollegialen Informationsaustausches unter den jeweils behandelnden Kinderärzten. Das gilt für den Fall, dass eine Strafbarkeit zwischenärztlicher Information ohne Befugnisnorm angenommen werden sollte. Ist man der Auffassung, dass bereits nach geltendem Recht Straffreiheit besteht, würde die Aufnahme einer solchen Befugnisnorm klarstellende Funktion haben.
2. Der Tatbestand nach § 203 StGB hat grundsätzlich drei Voraussetzungen: Es muss ein Geheimnis vorliegen, eine Offenbarung des Geheimnisses und die Offenbarung des Geheimnisses muss unbefugt erfolgen.
3. Das Vorliegen eines Geheimnisses setzt u.a. voraus, dass ein sachlich nachvollziehbares Interesse des Patienten an der Geheimhaltung besteht. Da dieses Interesse einer Wertung entzogen ist, ist jedenfalls die Tatsache der Verletzung eines Kindes und der damit zusammenhängende Arztbesuch ein Geheimnis.
4. Eine Offenbarung liegt nach wohl h.M. erst vor, sobald ein anderer Arzt auf die Daten eines in RISKID eingetragenen Kindes Zugriff nimmt. Hingegen fehlt es an einer Offenbarung, sofern nach einer Eintragung ein Zugriff nie erfolgt. Aufgrund des RISKID zu Grunde liegenden Gedankens, wonach ein Kinderarzt bei jeder Neuaufnahme eines Patienten eine Anfrage an das System stellen soll, verbleiben nur wenige Fälle, in denen eine Kenntnisnahme der Eintragung nicht erfolgt. Eine Offenbarung des Geheimnisses ist damit zumeist gegeben.
5. Unbefugt ist diese Offenbarung dann, wenn sie nicht ausnahmsweise durch ein Recht zur Mitteilung gestattet ist. Sofern ein Gesetz die Offenbarung gestattet, erfolgt sie

befugt. Eine solche Gestattung beinhaltet § 9 II der Berufsordnung der Ärztekammer NRW, sofern die Offenbarung „zum Schutze eines höheren Rechtsgutes erforderlich ist“. Zwar ist diese Berufsordnung kein Gesetz im formalen Sinn, jedoch besagt § 31 HeilBerGNW, dass die Pflichten der Ärzte durch ihre Berufsordnung geregelt werden. Diese Inkorporierung des § 9 II der Berufsordnung in das HeilBerGNW durch den Gesetzgeber spricht dafür, die Eintragungen im Rahmen von RISKID als befugt anzusehen.

6. Sofern man die Tatbestandsvoraussetzungen des § 203 StGB dennoch annimmt, entfällt ausnahmsweise eine Strafbarkeit, wenn die Voraussetzungen des § 34 StGB (Notstand) vorliegen. Festzustellen ist, dass der dort verwendete Begriff der gegenwärtigen Gefahr weder eine zeitliche Nähe noch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zwingend voraussetzt. Eine gegenwärtige Gefahr kann auch dann anzunehmen sein, wenn der Schadenseintritt erst in einiger Zukunft zu besorgen ist. Sofern es um die Abwehr einer solchen, vermutlich erst in weiterer Zukunft liegenden Schädigung geht, wird aber gefordert, dass diese Schädigung sicher oder zumindest äußerst wahrscheinlich ist. Da ein Kinderarzt diese Sicherheit zumeist nicht haben wird, sondern seine Eintragung mehr der Erforschung der Gefahrenlage dient, wird das Merkmal der Gegenwärtigkeit der Gefahr meist nicht vorliegen. Eine Rechtfertigung über § 34 StGB kommt daher zumeist nicht in Betracht.
7. Darüber hinaus wird in Rechtsprechung und Schrifttum zumeist anerkannt, dass auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 StGB eine tatbestandsmäßige Handlung nach § 203 StGB gerechtfertigt sein kann, sofern überwiegende allgemeine Interessen einer Strafbarkeit entgegenstehen. Hierzu ist eine Abwägung der konkurrierenden Rechtsgüter und Ziele nötig. Das Rechtsgut, das hinter § 203 StGB steht, ist der Datenschutz, im vorliegenden Kontext verbunden mit dem Vertrauensverhältnis zwischen Kinderarzt und Eltern.

8. Die Gewichtung dieses Interesses (Datenschutz) muss bereits isoliert, d.h. ohne Abwägung vor dem Hintergrund vorgenommen werden, dass eine Bestrafung aus § 203 StGB nur auf Antrag geschieht, ein Versuch der Begehung nicht strafbar ist und dass schließlich bereits der einfache Gesetzgeber die Offenbarung eines Geheimnisses erlauben kann.
9. Bei der dann nötigen Abwägung dieses Datenschutzinteresses mit den gegenüberstehenden Belangen des Kindes ergibt sich, dass ein Überwiegen der Interessen des Kindes evident ist. Dazu trägt bei, dass die Grundrechte und objektiven Schutzpflichten auf Leben und Gesundheit an sich bereits Höchstwerte sind, bei einem Kleinkind aber wegen dessen Wehrlosigkeit und dessen Arglosigkeit, die daraus resultiert, dass es von seinen Eltern keine Gefahr erwartet, an Gewicht noch zusätzlich gewinnen.
10. Im Ergebnis scheidet damit bereits nach geltender Rechtslage – ohne Befugnisnorm – in aller Regel eine Strafbarkeit nach § 203 StGB bei kollegialer Kommunikation nach dem Muster von RISKID aus.
11. Eine gesetzliche Befugnisnorm der Länder würde allerdings Rechtsklarheit schaffen und die Grenzen dieser Erlaubnis konkretisieren.
12. Die Landesgesetzgeber sind verfassungsrechtlich zu einer solchen Regelung befugt. Für diese Befugnis spricht eine Reihe von Gründen.
13. Das Staatsaufbauprinzip des Bundesstaates, das unveränderbar durch Art. 79 III GG festgelegt ist, weist den Bundesländern die Gesetzgebungskompetenz in Deutschland zu. Das bedeutet, dass das föderale, gegen Zentralisierung gerichtete Prinzip nicht in Frage gestellt werden darf.

Der Bund ist zur Gesetzgebung nur befugt, wenn er eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung hierzu hat (Art. 70 I GG). Bereits aus diesem Regel-Ausnahme-Prinzip ergibt sich, dass im Zweifel die Länder zuständig sind.

14. Wenn es nicht um eine Zuweisung als ausschließliche Bundeskompetenz geht, sondern, wie vorliegend, um eine konkurrierende, muss nicht nur ein bestimmter Kompetenztitel aus Art. 74 GG in seinen tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sein. Zusätzlich müssen zwei weitere Voraussetzungen gegeben sein. Es muss eine bundeseinheitliche Regelung erforderlich sein. Und es muss die Auslegung des vom Bund in Kraft gesetzten Gesetzes ergeben, dass das Gesetz als abschließend verstanden werden muss mit der Rechtsfolge einer Speerwirkung zu Lasten der Länder.

Bestehen begründete Zweifel an einer abschließenden Regelung tritt die Speerwirkung nicht ein. So ist es im vorliegenden Fall.

15. Der Kompetenztitel „öffentliche Fürsorge“ in Art. 74 I Nr. 7 GG umfasst eigentlich nicht die innerärztliche Kommunikation, da es hierbei nicht um öffentliche Hilfe geht, nicht um wirtschaftliche Unterstützung und auch nicht um immaterielle Unterstützung, sondern nur um strafbewehrten Datenschutz, der von einer bestimmten Berufsgruppe zu beachten ist. Art. 74 I Nr. 7 GG kann daher nur bei einer sehr weiten Auslegung als Ermächtigungsgrundlage greifen. Zur Klarstellung: Nicht die Bundeskompetenz zur Regelung des Kinderschutzes soll hier in Frage gestellt werden, sondern die vorliegend allein im Blickpunkt stehende Frage, wer eine innerärztliche Kommunikation regeln kann.

16. Die Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung des Kinderschutzes im Allgemeinen ist begründbar, nicht jedoch ist einzusehen, warum die Frage einer innerärztlichen Kommunikation zwingend bundesstaatlich geregelt werden muss. Der Aufbau eines solchen Kommunikationssystems zum Schutz von Kindern kann von

Bundesland zu Bundesland unterschiedlich sein. Was die Einheitlichkeit von Sanktionen von Geheimnisoffenbarungen angeht ist zu bedenken, dass zwischen Wünschenswertem einerseits und Erforderlichkeit andererseits klar zu unterscheiden ist. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass selbst das Polizeirecht mit zahlreichen z.T. gravierenden staatlichen Eingriffen nicht bundeseinheitlich geregelt ist.

17. Eine Sperrwirkung tritt durch ein Bundesgesetz bei konkurrierenden Kompetenz nur ein, wenn und soweit der Bund den in Frage stehenden Gegenstand abschließend geregelt hat. Um dies festzustellen, ist nicht allein der Wille des historischen Gesetzgebers heranzuziehen, sondern auch der objektive Sinn und Zweck eines Gesetzes gemäß den Fakten und Umständen der Gegenwart. Wenn danach Zweifel bestehen, ob eine abschließende Regelung vorliegt, bleibt es im Übrigen bei der Kompetenz der Länder. Das ist vorliegend der Fall.

18. Aus den aufgeführten Gründen sind landesrechtliche Regelungen zur innerärztlichen Kommunikation zwischen Kinderärzten nicht nur dem Schutz der Kinder sehr förderlich, sondern auch letztlich rechtlich unbedenklich.

E. Vorschlag einer gesetzlichen Regelung durch den Landesgesetzgeber

Naheliegender ist es, zunächst an den Standort für eine Befugnisnorm in dem Kinderschutzgesetz des jeweiligen Bundeslandes zu denken. Nicht alle Länder haben aber ein eigenes Kinderschutzgesetz. Auch NRW nicht.

Als Alternative kommt das Gesetz über Heilberuf in Betracht. Auch NRW hat ein solches Gesetz.

Das HeilBerGNW stellt verfassungsrechtlich eine „Regelung“ im Sinne von Art. 12 GG dar, d.h. eine staatliche Reglementierung der Berufstätigkeiten im Bereich der Heilberufe. Die Regelungen gemäß Art. 12 GG sind überwiegend Eingriffe in einem belastenden Sinne. Zutreffenderweise werden sie aber darüber hinaus als Ausgestaltung des Berufs verstanden. Dem liegt zu Grunde, dass Regelungen nicht nur belastende Inhalte haben, sondern auch Befugnisse wie etwa im vorliegenden Fall die Befugnis von Ärzten zur Offenbarung von Geheimnissen. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass das Einräumen von Befugnissen zugleich Belastungen für einen Dritten haben kann. Ein solches multipolares Rechtsverhältnis haben wir auch im vorliegenden Fall, weil die Offenbarungsbefugnis für einen Arzt zugleich eine Belastung für den Patienten bzw. vorliegend für die Eltern haben kann.

Das HeilBerGNW knüpft in mehreren Vorschriften an die Berufsordnung der Ärzte an. Damit inkorporiert der Gesetzgeber die Normen, die von der Ärztekammer aufgestellt worden sind und macht sie durch diesen Verweis zum Inhalt seines formalen Gesetzes.

In diesem Zusammenhang liegt es nahe, dass sich der Gesetzgeber diesen Inhalt der Berufsordnung tatsächlich zu eigen macht.

Prinzipiell ist die Verweisung ein durchaus übliches Mittel. Es wird z.B. häufig im technischen Recht, insb. im Umweltrecht angewendet, z.B. durch Verweis auf die technischen Normen des Vereins Deutscher Ingenieure (VDI).

Die doppelseitige Wirkung eines solchen Offenbarungsrechts zwingt also dazu, zu prüfen, dass das Offenbarungsrecht nicht unangemessene Folgen negativer Art für Dritte, hier also insb. die Eltern, hat. Dazu sind allerdings im Vorliegenden ausführliche Abwägungen vorgenommen worden.

§ 31 I HeilBerGNW führt aus, dass die in § 30 HeilBerGNW festgelegten Pflichten „näher“ in der jeweiligen Berufsordnung „geregelt“ werden. Wie oben bereits unter B. II. 3.1 ausgeführt, findet sich in § 9 II der einschlägigen Berufsordnung eine Regelung zur Entbindung von der Schweigepflicht und zwar u.a. mit dem Inhalt „[...] oder soweit die Offenbarung zum Schutze eines höherwertigen Rechtsgutes erforderlich ist.“

Kurz eingegangen sei noch auf § 9 IV der Berufsordnung: Nach § 9 IV der Berufsordnung entfällt die Schweigepflicht bei einer Behandlung durch mehrere Ärzte auch dann, wenn der Patient in die Weitergabe seiner Daten einwilligt. Bei Vorliegen dieses Einverständnisses nach § 9 IV ist unerheblich, ob überwiegende Rechtsgüter für eine Offenbarung sprechen. Im Gegensatz hierzu ist eine Eintragung in RISKID nach § 9 II der Berufsordnung auch ohne Einverständnis des Betroffenen gerechtfertigt, sofern die dort genannten überwiegenden Interessen vorliegen.

Diese Erkenntnisse legen zwar nahe, dass eine eigene neue Formulierung zur Offenbarung im HeilBerGNW unnötig sein könnte (s. dazu auch oben B II 3.1); aus Gründen der Klarstellung und auch aufgrund der bisherigen kontroversen Diskussion, sowie der recht schweren Folge einer Strafbarkeit spricht vieles dafür, eine ausdrückliche Rechtfertigung, naheliegenderweise im Heilberufsgesetz NRW, von RISKID zu verankern. Dies könnte dadurch geschehen, dass man § 9 II 1 der Berufsordnung ausdrücklich in das Heilberufsgesetz NRW aufnimmt und sich nicht mit der vorhandenen Verweisung begnügt.