

1. Abschnitt

A. Einleitung und Problemdarstellung

I. Einführung

„Die Gesundheit und das Wohlergehen meiner Patientin oder meines Patienten werden mein oberstes Anliegen sein.“

- Deklaration von Genf

„Die Welt ist viel zu gefährlich, um darin zu leben – nicht wegen der Menschen, die Böses tun, sondern wegen der Menschen, die daneben stehen und sie gewähren lassen.“

- Albert Einstein

Bei dem Phänomen des „Whistleblowings“ handelt es sich hierzulande um eine recht junge Erscheinung. Sowohl der Terminus als auch das damit in Verbindung gebrachte Verhalten erhielten erst in den vergangenen Jahren zunehmend Einzug in das öffentliche Bewusstsein. Publik gewordene Whistleblowing-Fälle, die europäische Geschäftsgeheimnis-RL sowie das mehrjährige Ringen um einen einheitlichen europäischen Rechtsschutz für Whistleblower¹ haben der Thematik eine breite mediale Aufmerksamkeit beschert. Die Berücksichtigung von potenziellem Whistleblowing erhält zudem stetig wachsende Beachtung in der anwaltlichen Compliance-Beratung zum Arbeitsrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht.

Bei Whistleblowing-Handlungen handelt es sich verkürzt dargestellt um eine interne oder externe Offenlegung eines Fehlverhaltens. Bereits im Jahr 1970 hat das Bundesverfassungsgericht Folgendes konstatiert: „Die Aufmerksamkeit und das Verantwortungsbewußtsein des Staatsbürgers, der Mißstände nicht nur zur Kenntnis nimmt, sondern sich auch für deren Abstellung einsetzt, ist eine wesentliche Voraussetzung für den Bestand der freiheitlich demokratischen Grundordnung“.²

Der Entscheidung, einen als abhilfebedürftigen Missstand empfundenen Vorgang nicht schweigend hinzunehmen, sondern zu dessen Abhilfe offenzulegen, liegt insbesondere ein vorgelagerter Abwägungsprozess auf persönlicher Ebene zugrunde. Es handelt sich um einen grundlegenden Konflikt moralischer Werte, die eine individuelle Entscheidungsfindung des potenziellen Whistleblowers beeinflussen.³ In der Regel geraten die moralischen Grundwerte

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit und zur Förderung des Leseflusses wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die gewählte männliche Form schließt selbstredend eine adäquate weibliche Form gleichberechtigt ein.

² BVerfG v. 28.4.1970 – 1 BvR 690/65.

³ HEFENDEHL, NK 2015, 359 (365); SCHMOLKE, ZGR 2019, 876 (883).

des Gerechtigkeitsempfindens und der Loyalität in Konflikt.⁴ Gleichzeitig muss der potenzielle Whistleblower sich selbst fragen, ob und welche (rechtliche) Konsequenz aus seinem Handeln folgen kann. Abseits dieser individuellen Komponente vermag auch die gesellschaftliche Wahrnehmung einer Whistleblowing-Handlung zu varrieren. Die Akzeptanz solcher Handlungsweisen wird maßgeblich davon abhängen, ob die mit der Offenlegung verfolgte Intention ihrerseits positiven Anklang findet oder als Verrat desjenigen angesehen wird, der dem Betroffenen eigentlich zur Loyalität und Verschwiegenheit seiner internen Angelegenheiten verpflichtet sein sollte. Der Whistleblower selbst mag um eine etwaige Geheimhaltungsbedürftigkeit der Information wissen und sich im Wissen über seine Verpflichtung über diese hinwegsetzen. Sein Handeln wird jedoch gemeinhin von einem positiven Handlungsmotiv geleitet. Zugleich mögen neben das vorrangig altruistische Bestreben vereinzelt auch monetäre Anreize treten, die persönliche Kenntnis über Fehlverhalten offenzulegen.

Vom Grundgedanken dieser individuellen Entscheidungsbasis her stellt sich sodann die Frage, ab wann selbst ein altruistisch angelegtes Aktivwerden in guter Absicht bei Berücksichtigung widerstreitender Interessen einen Handlungsunwert in sich trägt, aufgrund dessen sich der Handelnde der Gefahr aussetzt, ggf. nicht nur arbeitsrechtlich, sondern auch strafrechtlich sanktioniert zu werden. Tritt hierzu noch rechtliche Ungewissheit aufgrund sich verändernder Gesetzgebung sowie die unterschiedlichsten Möglichkeiten, an wen sich der Whistleblower zur Missstandsoffenlegung wenden kann, vereinfacht dies den inneren Konflikt des Whistleblowers nicht. Im Mittelpunkt dieser Arbeit soll daher die strafrechtliche Verantwortung des Whistleblowers stehen.

Soweit das durch die Whistleblowing-Handlung offengelegte Verhalten ein Rechtsverstoß darstellt, kann Whistleblowing als ein Element der Rechtsdurchsetzung fungieren.⁵ Der Whistleblower deckt das Fehlverhalten auf und überwindet das faktisch gegebene Informationsdefizit der staatlichen Institutionen.⁶ Der Handelnde legt damit den Grundstein für eine Durchsetzung geltenden Rechts.⁷ Ein solcher Beitrag könnte als sozialer Nutzen begriffen werden,⁸ ebenso als ein staatsbürgerlicher Beitrag im öffentlichen Interesse. Inzwischen mehrten sich die Bestrebungen, auch eine Offenlegung von Fehlverhalten unterhalb der Schwelle des Rechtsverstoßes als Whistleblowing zu begreifen.⁹ Diese Bestrebungen haben auch in jüngsten Gesetzgebungsakten ihren rechtlichen Niederschlag gefunden.¹⁰ Insbesondere solche Erstreckungen auf außerrechtliches „Fehlverhalten“ vermögen es zu verdeutlichen, warum Whistleblowing in der gesellschaftlichen Wahrnehmung keinesfalls unkritisch gesehen wird. Ob es sich um einen „Missstand“ handelt, unterliegt im ersten Zugriff der Beurteilung des Handelnden. Einzig dessen persönliche Einschätzung als abhilfebedürftiges Unrecht dient als Grundlage für das Aktivwerden. An diesem Punkt wird Whistleblowing von Teilen der Bevölkerung statt eines Dienstes zur Rechtsdurchsetzung im öffentlichen Interesse vielmehr als Denunziation eines Insiders empfunden, der von gesetzgeberischer Seite durch weitreichen-

⁴ SCHMOLKE, ebd; zum Loyalitätskonflikt unter Betonung der gesetzlichen/vertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtung vgl. ALEXANDER, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl. 2020, § 5 GeschGehG, Rn. 28.

⁵ MAUME/HAFFKE, ZIP 2016, 199 (200); SCHMOLKE, ZGR 2019, 876 (888). In diese Richtung deutend auch SCHENKEL („und tragen im Interesse der Allgemeinheit zur Herstellung von Rechtskonformität bei.“, vgl. Whistleblowing und die Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats, S. 5.

⁶ SCHMOLKE, ebd.

⁷ Ebd.

⁸ Ebd.

⁹ SCHMOLKE, ZGR 2019, 876 (880).

¹⁰ Vgl. § 5 Nr. 2 GeschGehG. Hierzu vertieft unter Ziff. (7) Tatbestandsausnahme, § 5 GeschGehG, S. 157 ff.

den Rechtsschutz kein Vorschub geleistet werden sollte. Diese Kritik wird sich dort intensivieren, wo nicht Rechtsverstöße, sondern rechtlich legitime Verhaltensweisen offengelegt werden, die dem Empfinden des Handelnden zuwiderlaufen und auf deren Grundlage ggf. reputationsbeeinträchtigende Offenlegungshandlungen erfolgen. Ist das ethische Empfinden Einzelner rechtlicher Maßstab, wird von anderen hierin das Risiko erkannt, Whistleblowing könne seine Zukunft als „weltanschauliches Kampfmittel“¹¹ und „Gesinnungsjustiz“¹² haben.

Insgesamt muss die phänomenologische Einordnung einer Verhaltensweise als Whistleblowing und die rechtliche Würdigung einer Informationsoffenlegung, deren Kern im weitesten Sinne ein „Missstand“ ist, voneinander getrennt werden. Rein phänomenologisch kann nicht jede Offenlegung allgemein hin unerwünschter oder rechtlich missbilligter Verhaltensweisen Whistleblowing zugeordnet werden. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich das rechtliche Resultat dieser Informationsoffenlegungen voneinander unterscheiden müsste.

Nachfolgend soll das Thema Whistleblowing in einem Kontext untersucht werden, der bislang in diesem Zusammenhang eine lediglich ansatzweise Betrachtung erfahren hat: der Blickwinkel der Humanmedizin und des öffentlichen Gesundheitswesens. Trotz der öffentlichkeitswirksamen Rechtsprechung zum Fall HEINISCH¹³ im Jahr 2011 belegt auch die jüngere Rechtsprechung,¹⁴ in welchem Spannungsverhältnis (Krankenhaus)Beschäftigte weiterhin stehen und welchem beruflichen Risiko sie sich ausgesetzt sehen können, wenn sie von Missständen Kenntnis erlangen und nicht tatenlos zusehen wollen.

Innerhalb der Gesundheitsbranche werden exemplarisch die wirtschaftlichen Entscheidungen des Krankenhauses behandelt. Konkret sollen die ökonomischen Entscheidungen des Krankenhauses als ein betriebswirtschaftlich ausgerichtetes Unternehmen und die daraus eventuell folgenden Auswirkungen auf den Klinikalltag einschließlich der Patientenversorgung beleuchtet werden. Die dahinterstehende Frage ist im Wesentlichen, ob eine wirtschaftliche Betriebsführung hin zu einer Optimierung der Wirtschaftlichkeit des Krankenhauses nach Auffassung des potenziellen Whistleblowers zu einem Zustand führen kann, der ein „Missstand“ und damit Grundlage einer Whistleblowing-Handlung sein kann. Berücksichtigt werden muss dabei die Rolle der Krankenhäuser als elementare Säule des Gesundheitssystems sowie als Bestandteile der Daseinsvorsorge. Es handelt sich hierbei um Zustände und Verhaltensweisen, über deren Vorliegen oder Nichtvorliegen im öffentlichen Diskurs seit geraumer Zeit angespannte Debatten geführt werden und gleichzeitig auch um solche, die mit strukturellen Defiziten in Verbindung gebracht werden.

Im hiesigen Kontext werden die Besonderheiten des Gesundheitswesens nicht nur die persönliche moralische Entscheidung des Einzelnen beeinflussen, ob im Krankenhaus als Missstand empfundene Vorgänge in der Weise der Abhilfe bedürfen, dass sie – ggf. unter Inkaufnahme persönlicher wie beruflicher Risiken – offengelegt werden. Auch die gesellschaftliche Akzeptanz der daraufhin erfolgten Whistleblowing-Handlung dürfte hierdurch beeinflusst werden. Der potenzielle Whistleblower wird zur Kenntnis nehmen müssen, dass das von ihm festgestellte und als solches empfundene Fehlverhalten ggf. nicht nur zur Beein-

¹¹ SCHMOLKE, ZGR 2019, 876 (904).

¹² PASSARGE, CB 2018, 144 (146, 147).

¹³ EGMR v. 21.7.2011 – 28274/08 (*Heinisch./.Deutschland*) = NJW 2011, 3501; vgl. zudem die Ausführungen unter Ziff. II. Historie, S. 47 ff.

¹⁴ Bspw. LAG Niedersachsen v. 12.9.2018 – 14 Sa 140/18 = BeckRS 2018, 25518.

flussung von internen Klinikabläufen führt, sondern sich auch auf die Patientenversorgung auswirken kann. Es entspräche auch dem standesrechtlichen Grundgedanken, nach dem die Gesundheit der Patienten das oberste Gebot ärztlichen Handelns sein soll, wenn die vom Missstand tangierten Patientenbelange in die Entscheidungsfindung einbezogen würden. Diesen standesrechtlichen Prinzipien könnte der Whistleblower im Krankenhaus ggf. bereits qua Beruf verpflichtet sein.

Der Whistleblower im Krankenhaus dürfte der rechtlichen Ausgangslage nach allerdings weit mehr in der Defensive sein, als dies eventuell bei anderen Fällen der Missstandsoffenlegung der Fall wäre. Bewertet der potenzielle Whistleblower im Krankenhaus einen ökonomisch bedingten Zustand als abhilfebedürftigen Missstand, wird sich dieser im Unterschied zu weniger komplexen Fehlverhalten, die sich ihrer Art nach bspw. durch Sicherstellung, Beschlagnahme oder durch sonstige strafprozessuale Maßnahmen beweisfest sichern und darstellen lassen, weit schwieriger nachweisbar darstellen lassen. Der Whistleblower dürfte sich daher besonders dem Vorwurf ausgesetzt sehen, die von ihm dargestellte Sachlage entspreche nicht der Wahrheit. Dieser Vorwurf bekäme bei dem naheliegenden Nachweisbarkeitsproblem des Fehlverhaltens eine besondere Schärfe. Bei dieser hier behandelten Art von Missständen könnte sich die Verteidigung des Krankenhauses auf den Standpunkt stellen, dass die vorgebrachten Tatsachen selbst bei ihrem Zutreffen keinen Missstand begründen. Vielmehr seien es Vorgänge, die das Krankenhaus zwingend habe ergreifen müssen, um verlustfrei zu wirtschaften. Das Krankenhaus trage damit auch dem Wirtschaftlichkeitsgebot aus dem Sozialversicherungsrecht Rechnung und eine abstrakte wie konkrete Gefährdung von Patienten werde im Übrigen ausdrücklich bestritten. Der Whistleblower hingegen habe seinerseits nicht nur gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstoßen, sondern durch die Offenlegung von Betriebsinterna der Reputation des Krankenhauses geschadet und im Ergebnis einen wirtschaftlichen Schaden zu verantworten. Aus einem solchen Handeln folge nicht nur die Zulässigkeit einer arbeitsrechtlichen Sanktion, sondern auch eine strafrechtliche Konsequenz. Eine solche Verteidigung könnte sich durchaus hören lassen und bringt den Whistleblower zivil- und strafrechtlich deutlich in die Defensive.

Für den Whistleblower im Krankenhaus wird es daher eine besondere Herausforderung sein, die Dringlichkeit seines Handelns aufzuzeigen und ein noch weit schwierigeres Unterfangen, diesen als Fehlverhalten empfundenen Zustand zur „Rechtfertigung“ seines Handelns nachweisbar zu sichern. Nicht zuletzt dürfte sich der Missstand als eine Reihe von wirtschaftlich motivierten Einzelentscheidungen erweisen, die kumuliert einen Zustand ergeben, der aus Sicht des Whistleblowers handlungsbedürftig erscheint (bspw. aufgrund sich ergebender Risiken für Patienten). Die möglichen Risiken in der Patientenversorgung können ihrerseits unterschiedlichster Art sein. Neben unmittelbaren Auswirkungen auf die medizinische Behandlung kann auch mittelbar durch Umstände der Arbeitssituation der Krankenhausbeschäftigten ein Zustand geschaffen werden, der letztlich beim Patienten als letztes Glied in der Versorgung spürbare Auswirkungen auf Qualität und Quantität seiner Behandlung haben kann.

Zur bestmöglichen Darstellung dieses komplexen Problemfeldes erfolgte über den Bearbeitungszeitraum eine Befragung von ärztlichem und nichtärztlichem Personal, welches aber medizinisch tätig ist, in Krankenhäusern deutschlandweit.¹⁵ Diese wurden nicht nur gebeten, sich zum Vorhandensein wirtschaftlicher Entscheidungen mit Auswirkungen auf die medizi-

¹⁵ Zu den Ergebnissen dieser Erhebung vgl. **Anhang 1**.

nische Behandlung und der für sie daraus folgenden Konfliktlage zu äußern, sondern auch hinsichtlich ihrer bisherigen Erfahrungen mit Whistleblowing im Krankenhaus und der persönlichen Bereitschaft, diesbezüglich selbst aktiv zu werden.

Obgleich die rechtliche Würdigung nachfolgend ihren Schwerpunkt im materiellen Strafrechtsrisiko des Whistleblowers finden soll, müssen zum umfassenden Rechtsverständnis – nicht zuletzt auch zum Verständnis des Spannungsfeldes zwischen Ökonomie und Missstand – auch sozial- und zivilrechtliche Grundsätze dargelegt werden, ebenso wie tangierte Verfassungsrechte der Beteiligten. Ohne Zweifel wird die rechtliche Diskussion des Whistleblowings bislang arbeitsrechtlich dominiert.¹⁶ Dies haben die gesetzgeberischen Diskussionen rund um den Erlass des Geschäftsheimnisgesetzes auf ein Neues unter Beweis gestellt.¹⁷ Infolgedessen dürfen auch arbeitsrechtliche Gesichtspunkte bei der rechtlichen Würdigung nicht unberücksichtigt bleiben. Diese müssen allein deshalb in Betrachtung mit einbezogen werden, da die arbeitsrechtliche Verantwortung dem strafrechtlichen Risiko gegenübersteht und daraus die Frage resultiert, welche Rechtsgrundsätze zum Whistleblowing rechtsgebietsübergreifend anwendbar sind. Hierdurch könnte rechtsgebietsübergreifend zu gemeinsamen Grundsätzen gelangt werden. Aus strafrechtlicher Sicht bietet die Figur des Whistleblowers mehrschichtige Problemlagen. Während die für solche Handlungsweisen in Frage kommenden Strafrechtstatbestände im Kern- und Nebenstrafrecht an der Zahl begrenzt sind, liegt mit der üblicherweise verfolgten prosozialen Intention eine besondere Interessenslage vor, die spätestens auf Ebene der Rechtswidrigkeit Berücksichtigung finden und eine rein einzelfallbezogene Betrachtung gebieten muss. Da der Whistleblower hinsichtlich des offenzulegenden Missstandes oftmals nicht gänzlich im Bilde sein wird und rein auf Grundlage seiner subjektiven Bewertung handelt, können sich zudem auch Irrtumsfragen bei der Beurteilung seines strafrechtlichen Risikos aufdrängen.

In den vergangenen Jahren haben sowohl das nationale als auch das europäische Parlament bereits vermehrt die Weichen in Richtung vertieftem Whistleblowingschutz gestellt. Auf nationaler Ebene wurden bereits mehrere Anträge und Gesetzesentwürfe vorgelegt, die den rechtlichen Schutz des Whistleblowers bezweckten,¹⁸ zuletzt im September 2018 mit einem Gesetzesentwurf der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Whistleblower-Schutzgesetz.¹⁹ Die mehrjährigen Schutzbestrebungen mündeten schließlich in eine ausdrückliche Berücksichtigung der Whistleblower-Belange auf europäischer Ebene im Rahmen der Geschäftsheimnis-Richtlinie im Jahr 2016.²⁰ Im Oktober 2019 wurde nunmehr eine Whistleblowing-Richtlinie durch den EU-Gesetzgeber verabschiedet, die sich einzig dem rechtlichen Schutz der Whistleblower widmet.²¹ Insofern hat die Berücksichtigung von Whistleblowing-Belangen neben einer vermehrten gesellschaftlichen Beachtung nunmehr auch die Aufmerksamkeit der Gesetzgeber auf sich gezogen.

¹⁶ Zustimmung in dieser Einschätzung SCHENKEL, Whistleblowing und die Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats, S. 77 m.w.N.

¹⁷ Vgl. die Ausführungen unter Ziff. (3) Definitionsmerkmale nach § 2 Nr. 1 GeschGehG, S. 119 ff.

¹⁸ Bundestag-Drucksache 17/6592; Bundestag-Drucksache 17/8567; Bundestag-Drucksache 17/9782; Bundestag-Drucksache 18/3039.

¹⁹ Bundestag-Drucksache 19/4558.

²⁰ RL 2016/943/EU.

²¹ RL 2019/1937/EU.

II. Problemdarstellung

Bei näherer Betrachtung des Krankenhauswesens und der medialen Berichterstattung wird deutlich, dass vermehrt die Auffassung vertreten wird, dass zwischen optimaler oder zumindest wünschenswerter medizinischer Gesundheitsversorgung in deutschen Krankenhäusern und der Lebenswirklichkeit ein Unterschied bestehe. Es erscheint, als werde der Patient zunehmend zum Leidtragenden im wirtschaftlichen Tauziehen zwischen den Krankenkassen, der Belegschaft und dem Krankenhausträger. Es ist bezeichnend für dieses Problemfeld, dass in der medialen Berichterstattung nicht etwa hauptsächlich Patienten zu Wort kommen, die sich aufgrund wirtschaftlicher Ausrichtung der Krankenhäuser nicht optimal versorgt sehen. Vielmehr besteht inzwischen ein Repertoire an Berichterstattung durch Beschäftigte, die sich nach eigenen Angaben damit konfrontiert sehen, die Behandlungswahl und -dauer wirtschaftlich sowohl gegenüber dem Krankenhaus als auch den Krankenversicherungen rechtfertigen zu müssen.²² Eine Erhebung des Meinungsbildes unter im Krankenhaus tätigen Ärzten im Rahmen einer Studie zur „Ökonomisierung patientenbezogener Entscheidungen im Krankenhaus“ führte Ergebnisse zu Tage, die solche einzelnen medialen Einlassungen stützen. Sie lassen befürchten, die Gesundheit der Patienten könnte nicht (mehr) die einzige Richtschnur und oberste Priorität medizinischen Handelns in Krankenhäusern sein bzw. die Priorität verschöbe sich zusehends hin zur Wirtschaftlichkeit und weg vom medizinisch Wünschenswerten.²³ Die in dieser Studie von WEHKAMP/NAEGLER befragte Ärzteschaft nahm indirekte Einflussnahme von Seiten der Geschäftsführung und des Klinikträgers als *durchgängig, immer mehr oder immer wieder* wahr.²⁴ Diese reiche von Personalentscheidungen anhand wirtschaftlicher Erwägungen bis hin zu Material- und Medikamentenbeschaffung, die vornehmlich anhand von Kostenaspekten erfolge und weniger nach Qualitätsgesichtspunkten.²⁵ Bei den an die Ärzte gestellten betriebswirtschaftlichen Ansprüchen handle es sich insbesondere um angestrebte Maximalbelegung, Steigerung der Fallzahlen, Vermeidung wirtschaftlich nicht lukrativer Patienten wie auch die Bevorzugung von Privatpatienten.²⁶ Zudem wurde von einer gewünschten Anpassung der stationären Verweildauer und Fallsplitting berichtet, bei denen Patienten aus finanzieller Motivation heraus entlassen und erneut stationär aufgenommen wurden, anstatt krankenhausintern verlegt zu werden.²⁷ Als Folge dessen sahen die befragten Ärzte neben einem hohen Arbeitstempo und Stress auch die resultierende Gefahr von Fehldiagnosen und -behandlungen; ebenso gaben sie bei ihrer Befragung an, ethische Konflikte zu verspüren.²⁸

Demgegenüber führten befragte Geschäftsleitungen finanzielle Defizite ihrer Häuser und die Notwendigkeit der Erwirtschaftung von Gewinnen an, wiesen aber eine direkte Einflussnahme auf medizinische Entscheidungen zurück. Insbesondere würden keine Patienten aus wirtschaftlichen Motiven heraus aufgenommen, bei denen ein stationärer Aufenthalt aus me-

²² Dieser Rückschluss ist angelehnt an die Ergebnisse von WEHKAMP/NAEGLER, Ökonomisierung patientenbezogener Entscheidungen im Krankenhaus, S. 797 ff.

²³ So die für das dt. Ärzteblatt zusammengefasste Schlussfolgerung der Studie von WEHKAMP/NAEGLER, ebd.

²⁴ Ebd., S. 799.

²⁵ Ebd.

²⁶ Ebd., S. 801.

²⁷ Ebd.

²⁸ Ebd.

dizinischer Sichtweise heraus nicht erforderlich erscheint.²⁹ Ebenso wurde betont, es werde nicht aus Kostengründen auf die bestmögliche Therapie verzichtet.³⁰ Jedoch räumten die Geschäftsleitungen ein, das ärztliche Handeln könne zumindest mittelbar durch wirtschaftliche Entscheidungen beeinflusst werden.³¹

Zur Einordnung derartiger Vorgänge kann zudem auf standesrechtliche Grundsätze der Ärzteschaft zurückgegriffen werden. Diese können einerseits Aufschluss darüber geben, weshalb ein bestimmter Vorgang aus Sicht des Handelnden subjektiv als ein Missstand gewertet wird, welcher der Abhilfe und damit der Offenlegung bedarf. Zugleich verschaffen sie ein standesrechtliches Grundverständnis. Liegt zudem in der Tat ein standesrechtlicher Verstoß vor, könnte dieser Grundlage für eine Straflosigkeit der Whistleblowing-Handlung sein. Standesrechtlich kommt den Ärztekammern eine entscheidende Bedeutung zu. Als Körperschaften des öffentlichen Rechts erlassen die Ärztekammern Satzungen zum ärztlichen Standesrecht.³² Die (Muster-)Berufsordnung der Bundesärztekammer (BÄK) sieht vor, dass Ärzte die Interessen Dritter nicht über das Wohl der Patienten zu stellen haben, vgl. § 2 II MBO-Ä.³³ Auch untersagt das ärztliche Standesrecht hinsichtlich ärztlicher Entscheidungen Weisungen von Nichtärzten entgegenzunehmen, § 2 IV MBO-Ä.³⁴ Obgleich der MBO-Ä der BÄK lediglich ein Empfehlungscharakter für die Landesärztekammern zukommt,³⁵ finden sich diese standesrechtlichen Grundsätze im Kern auch in den Berufsordnungen der Landesärztekammern wieder. Letztlich sind für die Ärzteschaft nur diese rechtsverbindlich.³⁶ Die Berufsordnung für Ärzte der Landesärztekammer Hessen sieht insofern ebenfalls vor, dass sich das ärztliche Handeln am Wohl des Patienten auszurichten hat, § 2 II BOÄ-Hessen,³⁷ und hinsichtlich ärztlicher Entscheidungen keine Weisungen von nichtärztlichen Dritten entgegenzunehmen sind, § 2 IV BOÄ-Hessen.³⁸ In diesem Sinne ist der Berufsordnung ein Gelöbnis voranstellt, in dem es unter anderem heißt: „Die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit meiner Patientinnen und Patienten soll oberstes Gebot meines Handelns sein.“³⁹

Zum tieferen Verständnis der hier als reine Argumentationsgrundlage für Whistleblowing dienenden Missstände bedarf es ferner auch der Herstellung eines entsprechenden Kontextes zu den Strukturen der Krankenhäuser und deren Entwicklungen der vergangenen Jahre. Die Krankenhauslandschaft der Bundesrepublik lässt sich unter den verschiedensten Merkmalen in unterschiedliche Klassifikationen einteilen. Beispielsweise können die Krankenhäuser nach dem Umfang ihrer Tätigkeit unterschieden werden (Versorgungsstufe, bspw. Krankenhaus der Grundversorgung, Regelversorgung oder Maximalversorgung). Dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit wird allerdings allenfalls eine Unterteilung nach der Trägerschaft des Krankenhauses zugrunde gelegt. Unterschieden wird folglich zwischen der öffentlichen, pri-

²⁹ Ebd., S. 799.

³⁰ Ebd.

³¹ Ebd., S. 797, 798.

³² HÖFLICH, Ärztliche Schweigepflicht, S. 63.

³³ Bundesärztekammer, MBO-Ä, S. A2.

³⁴ Ebd.

³⁵ CHEN, Ärztliche Schweigepflicht, S. 31.

³⁶ PARZELLER/WENK/ROTHSCHILD, Die ärztliche Schweigepflicht, A289 (A290).

³⁷ Landesärztekammer Hessen, BOÄ-Hessen, S. 2.

³⁸ Ebd.

³⁹ Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte in Hessen, Fassung 3/2019, S. 2 (online abrufbar unter: https://www.laekh.de/images/Aerzte/Rund_ums_Recht/Rechtsquellen/berufsordnung.pdf; letzter Zugriff: 8.2.2020).

vaten und freigemeinnützigen Trägerschaft. Die strukturelle Beschaffenheit der Krankenhausbranche tangiert in besonderem Maße auch die vertieft darzulegenden Grundstrukturen der Finanzierung von Krankenhäusern.

Im Jahre 2017 verfügte Deutschland insgesamt über 1.942 Krankenhäuser – alle Trägerschaften umfasst.⁴⁰ Dieser Gesamtzahl liegt eine rückläufige Tendenz zugrunde, verfügte die Bundesrepublik im Jahr 2000 schließlich noch über 2.242 Krankenhäuser.⁴¹ Im Jahr 2004 befanden sich 647 Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft, im Jahr 2017 waren es hingegen nur noch 468 Krankenhäuser.⁴² Ähnliche Entwicklungen lassen sich bei Betrachtung der Gesamtzahl der in freigemeinnütziger Trägerschaft betriebenen Krankenhäuser beobachten. Im Jahr 2004 befanden sich noch 712 Krankenhäuser in einer solchen Trägerschaft, im Jahr 2017 betrug die Anzahl freigemeinnützig betriebener Krankenhäuser hingegen 543.⁴³ Bei privat betriebenen Krankenhäusern zeigt sich dagegen ein gegenläufiger Trend von 444 Krankenhäusern im Jahr 2004 bis hin zu 581 Krankenhäusern im Jahr 2017.⁴⁴ Gewiss vermögen diese Zahlen keine pauschale Auskunft über den Untersuchungsgegenstand zu liefern. Es handelt sich vielmehr um eine zu registrierende und zu würdigende Entwicklung im Gesamtkontext der Krankenhausstrukturen. Die Würdigung des Untersuchungsgegenstandes verlangt daneben auch eine Betrachtung des nichtärztlichen Personals, wobei dies im hiesigen Kontext allein die Beschäftigten umfassen soll, die ihrerseits dennoch medizinisch in den Behandlungsablauf der Patienten eingebunden sind und somit ebenfalls zum unmittelbar von wirtschaftlichen Entscheidungen im Krankenhaus betroffenen Personenkreis gehören.

Die Notwendigkeit einer gebotenen rechtlichen Betrachtung von Whistleblowing im Krankenhaus begründet sich jedoch nicht einzig in den Befunden von WEHKAMP/NAEGLER. In zunehmendem Maße treten (ehemalige) Beschäftigte von Krankenhäusern auf, die (anonym) Zeugnis über ihre Erfahrungen ablegen und ihre subjektive Meinung zu den Einflüssen wirtschaftlicher Entscheidungen des Krankenhausträgers auf den medizinischen Berufsalltag darlegen.⁴⁵

⁴⁰ Statistisches Bundesamt (online einsehbar bei Statista unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2617/umfrage/anzahl-der-krankenhaeuser-in-deutschland-seit-2000/>; letzter Zugriff: 8.2.2020); vgl. Anhang 2. Mit Stand zum 8.2.2020 weist das Statistische Bundesamt noch keine jüngeren Zahlen aus.

⁴¹ Ebd.

⁴² Statistisches Bundesamt (online einsehbar bei Statista unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/192019/umfrage/anzahl-oeffentlicher-krankenhaeuser-seit-2005/>; letzter Zugriff: 8.2.2020), vgl. Anhang 3. Mit Stand zum 8.2.2020 weist das Statistische Bundesamt noch keine jüngeren Zahlen aus.

⁴³ Statistisches Bundesamt (online einsehbar bei Statista unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157149/umfrage/anzahl-freigemeinnuetziger-krankenhaeuser-seit-2004/>; letzter Zugriff: 8.2.2020), vgl. Anhang 4. Mit Stand zum 8.2.2020 weist das Statistische Bundesamt noch keine jüngeren Zahlen aus.

⁴⁴ Statistisches Bundesamt (online einsehbar bei Statista unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157148/umfrage/anzahl-privater-krankenhaeuser-seit-2004/>; letzter Zugriff: 8.2.2020), vgl. Anhang 5. Mit Stand zum 8.2.2020 weist das Statistische Bundesamt noch keine jüngeren Zahlen aus.

⁴⁵ Ergänzend seien bspw. die Artikel „Es muss erst jemand sterben, bevor sich das System ändert“, SPIEGEL Online, 4.6.2018 (online einsehbar unter: <http://www.spiegel.de/karriere/aerzte-klagen-ueber-arbeitsbelastung-was-besser-werden-muss-a-1192268.html>; letzter Zugriff: 8.2.2020); „Ein krankes Haus“, SPIEGEL Online, 17.12.2016 (online einsehbar unter: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-148564812.html>; letzter Zugriff: 8.2.2020) angeführt.

„Die Situation an unseren Kliniken ist vielfach bereits katastrophal. Die Folgen der fehlenden Pflegekräfte reichen bis hin zu schweren Komplikationen, können sogar bis zum Tod von Patienten führen.“

- SPIEGEL Online, 15.2.2018⁴⁶

"So will keiner pflegen, so will keiner gepflegt werden."

- SPIEGEL Online, 11.2.2018⁴⁷

„Gerade nachts wird manche Klinik zur Gefahr für Kranke. Dann arbeiten viele Pflegekräfte allein auf Station, müssen ohne Hilfe eine große Zahl von Patienten betreuen. Gerade private Krankenhäuser setzen sich hier unrühmlich an die Spitze.“

- SPIEGEL Online, 19.12.2016⁴⁸

„Ich hatte als Anfängerin die Verantwortung für bis zu 45 Patienten. Das hat mich komplett überfordert. Kollegen haben mir dann gesagt, ich solle nicht bei allem so penibel hingucken, man könne eben nicht jeden Laborwert immer im Auge haben. Aber genau das war es ja, was ich wollte. Meinen Job gewissenhaft und richtig machen.“

- WELT, 3.9.2018⁴⁹

„Die Corona-Krise trifft auf ein Gesundheitssystem, das sich bereits im permanenten Ausnahmezustand befindet. Seit Jahren wird beschleunigt, verdichtet und die Effizienz gesteigert, wo es nur geht, um die Kliniken auf Gewinn zu trimmen. Die Auslastung liegt schon im Normalbetrieb über der Plangrenze. Zugunsten der Gewinnerzielung steht das Wohlergehen der Mitarbeiter und Patienten viel zu oft hinten an. [...] Es ist ja nicht so, dass es wegen Corona jetzt keine anderen akuten Erkrankungen mehr gäbe. Und schon vorher war es der Normalzustand, nachts notfallmäßig Patienten, die halbwegs stabil waren, von der Intensivstation auf die Normalstation zu verlegen, um Platz für neue Patienten zu schaffen. Betten werden so zum Teil an einem Tag dreimal belegt.“

- WELT, 30.3.2020⁵⁰

Aus Sicht der im Krankenhaus behandelnden Ärzte reiht sich auch eine Umfrage des Hartmannbundes aus dem Jahr 2017 unter 1.300 Assistenzärzten ein.⁵¹ Im Zuge der auf die Arbeitssituation von Assistenzärzten angelegten Umfrage berichteten sie von ökonomischen

⁴⁶ „Es regiert der Wahnsinn“, SPIEGEL Online, 15.2.2018 (online einsehbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/deutschland-alltag-einer-klinikpflegerin-es-regiert-der-wahnsinn-a-1193264.html>; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁴⁷ „Aufstand der Pfleger“, SPIEGEL Online, 11.2.2018 (online einsehbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/deutschland-pflegekraefte-in-krankenhaeusern-kaempfen-mit-streiks-fuer-mehr-personal-a-1191190.html>; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁴⁸ „Erschöpft, überarbeitet und ausgelaugt“, SPIEGEL Online, 19.12.2016 (online einsehbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/pflegekraefte-am-limit-erschoeft-ueberarbeitet-und-ausgelaugt-a-1126210.html>; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁴⁹ „Hoffentlich stirbt heute keiner“, WELT, 3.9.2018 (online einsehbar unter: <https://www.welt.de/regionales/hamburg/plus181400940/Junge-Klinikaerzte-Ich-wusste-nicht-einmal-wo-die-Notfallmedikamente-waren.html>; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁵⁰ „Warum ich so wütend bin“, WELT, 30.3.2020 (online einsehbar unter: <https://www.welt.de/debatte/kommentare/plus206886735/Intensivmediziner-Warum-ich-so-wuetend-bin.html>; letzter Zugriff: 7.4.2020).

⁵¹ Vgl. die veröffentlichte Auswertung der Umfrage des Hartmannbundes (online abrufbar unter: https://www.hartmannbund.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Umfragen/2017-03-03_Umfrage-AerztlicheArbeitswelten-Heute-Und-Morgen.pdf; letzter Zugriff: 8.2.2020). Die Erhebungen wurden durchgeführt im Dezember 2016 und Januar 2017.

Zwängen und Personalmangel.⁵² Im Jahr 2016 hat zudem der Deutsche Ethikrat auf diesem Gebiet eine Stellungnahme zum „Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus“ abgegeben und sieht im Ergebnis bei der Prioritätssetzung der Krankenhäuser die Ökonomie derzeit noch vor dem Patientenwohl.⁵³ Von Interesse sind in diesem Kontext auch die vom Marburger Bund veröffentlichten Ergebnisberichte der Mitgliederbefragungen „MB-Monitor“ der letzten Jahre. Der MB-Monitor aus dem Jahr 2017⁵⁴ spiegelt das Meinungsbild von rund 6.200⁵⁵ angestellten Ärzten wider. Unter den Befragten gaben 66 % an, für die Behandlung der Patienten keine ausreichende Zeit zur Verfügung zu haben.⁵⁶ Gleichzeitig haben bereits 23 % gegenüber dem Krankenhaus mittels einer Gefährdungsanzeige auf inakzeptable Arbeitsbedingungen hingewiesen.⁵⁷ Von diesen bejahenden Teilnehmern vertreten 72 % die Ansicht, die Arbeitsbedingungen blieben gleich, während 13 % sogar eine Verschlechterung empfanden.⁵⁸ Der Marburger Bund interpretierte den MB-Monitor 2017 zusammenfassend in der Weise, dass der Arztberuf in Krankenhäusern zum damaligen Zeitpunkt durch „Arbeitsüberlastung, Personalmangel und immer mehr Bürokratie“ geprägt sein scheint.⁵⁹ Im Januar 2020 erschien sodann der MB-Monitor 2019.⁶⁰ Grundlage ist das Meinungsbild von rund 6.500 angestellten Ärzten.⁶¹ Dieser führte in teildentischen und vergleichbaren Fragestellungen sich im Vergleich zum Jahr 2017 ähnelnde Resultate zutage. 49 % der Teilnehmer stimmten zur Arbeitsbelastung der Aussage „*Ich bin häufig überlastet*“ zu, während 10 % Zustimmung auf „*Ich gehe ständig über meine Grenzen*“ entfielen.⁶² 39 % gaben an, dass sich der Stress in Grenzen halte.⁶³ In der Befragung für 2019 gaben mit 21 % vergleichbar viele Teilnehmer an, bereits eine Gefährdungsanzeige gestellt zu haben.⁶⁴ 78 % dieser Ärzte empfanden, dass sich durch ihre Gefährdungsanzeige keine Veränderungen ergaben, während 11 % sogar eine Verschlechterung empfanden.⁶⁵ Zusammenfassend sah der Marburger Bund

⁵² Vgl. neben der Auswertung auch die entsprechende Pressemitteilung des Hartmannbundes vom 3.3.2017 (online einsehbar unter: <https://www.hartmannbund.de/detailansichten/pressemitteilungen/meldung/umfrage-wirft-beunruhigende-schlaglichter-auf-die-arbeitssituation-von-assistenzaezten/>; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁵³ Stellungnahme des Deutschen Ethikrates vom 5.4.2016 (online abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-patientenwohl-als-ethischer-massstab-fuer-das-krankenhaus.pdf>; letzter Zugriff: 8.2.2020); vgl. auch die Einschätzung des Deutschen Ärzteblattes in der Ausgabe 15/2016 (online abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=175901>; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁵⁴ MB-Monitor 2017, Ergebnisbericht der Mitgliederbefragung, Gesamtauswertung (online einsehbar unter: <https://www.marburger-bund.de/sites/default/files/files/2018-09/gesamtauswertung-mb-monitor-2017-presse-pk-website.pdf>; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁵⁵ 6.172 gültige Antworten gingen ein, was einer Rücklaufquote von 23 % entspricht, vgl. ebd.

⁵⁶ MB-Monitor 2017, Ergebnisbericht der Mitgliederbefragung, Gesamtauswertung, S. 34.

⁵⁷ Ebd, S. 30.

⁵⁸ Ebd, S. 31.

⁵⁹ MB-Monitor 2017, Zusammenfassung der Ergebnisse, S. 1 (online abrufbar unter: <https://www.marburger-bund.de/sites/default/files/files/2018-09/mb-monitor-2017-zusammenfassung.pdf>; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁶⁰ MB-Monitor 2019, Ergebnisbericht der Mitgliederbefragung, Gesamtauswertung (online abrufbar unter: <https://www.marburger-bund.de/sites/default/files/files/2020-01/Gesamtauswertung%20-%20MB-Monitor%202019-presse.pdf>; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁶¹ 6.474 gültige Antworten gingen ein, was einer Rücklaufquote von 24 % entspricht.

⁶² MB-Monitor 2019, Ergebnisbericht der Mitgliederbefragung, Gesamtauswertung, S. 27.

⁶³ Ebd.

⁶⁴ Ebd, S. 29.

⁶⁵ Ebd, S. 30.

auch 2019 „permanente Arbeitsüberlastung, hohen Zeitdruck und immer mehr Bürokratie“ bei angestellten Ärzten in deutschen Krankenhäusern.⁶⁶

An diesem Punkt mag sich der eine oder andere mit den vermeintlichen Missständen Konfrontierte, vom Grundgedanken und den Prinzipien des hippokratischen Eides⁶⁷ und der Deklaration von Genf⁶⁸ geleitet, dazu verleitet fühlen, die internen Vorgänge des Krankenhauses ohne oder gegen den Willen des Krankenhauses den Behörden, der medialen Berichterstattung oder sonstigen Dritten gegenüber zu eröffnen.

Die rechtliche Einordnung des Whistleblowings im Krankenhaus erfolgt nachfolgend unter mehrererlei Prämissen, die sowohl der Einzelfallabhängigkeit des Whistleblowings als auch der Komplexität des hier beispielhaft herangezogenen Vorwurfs von Missständen in deutschen Krankenhäusern geschuldet sind. Einerseits kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Whistleblower empfundenen Missstände mangels genauer Greifbarkeit ggf. in ihrer rechtlichen Zulässigkeit nicht abschließend beurteilt werden oder sich im Ergebnis gar als zulässig erweisen könnten. Zudem können hinsichtlich einer möglichen Gefährdung von Rechtsgütern der Patienten keine abschließende Aussage getroffen werden. Darüber hinaus muss festgehalten werden, dass es nicht Anspruch dieser Arbeit ist, das Vorhandensein des soeben aufgezeigten Problemfeldes mit Sicherheit festzustellen oder abzulehnen. Allein die Komplexität verbietet eine pauschale Beurteilung, geschweisedenn eine allgemeingültige Einschätzung für jedes einzelne Krankenhaus. Die genaue Feststellung muss eine Frage der gerichtlichen Aufarbeitung im Zuge der Whistleblowing-Handlung unter Berücksichtigung des jeweiligen Krankenhauses und der Einzelfallumstände bleiben. Die obigen medialen Einlassungen von Krankenhausbeschäftigten können daher ebenso wie die Ergebnisse der durchgeführten Umfragen nur als Argumentationsgrundlage dafür dienen, dass erkennbar wirtschaftlich begründete Missstände wahrgenommen werden und es somit einen praktischen Anwendungsbereich für Whistleblowing im Krankenhaus geben kann. Bereits die Darstellung des Problemfeldes zeigt, dass der Öffentlichkeit der Zugang zu Informationen oft versperrt ist und es sodann des Whistleblowers bedürfen könnte.

III. Gang der Untersuchung

Die nachfolgende Arbeit ist in fünf Abschnitte untergliedert. Da Whistleblowing und insbesondere das Strafbarkeitsrisiko des Whistleblowers losgelöst von einer rein abstrakten Sichtweise bewertet werden soll, wurden die in der o. g. Studie von WEHKAMP/NAEGLER anklingenden und von (ehemaligen) Beschäftigten verschiedenster Krankenhäuser untermauernd dargestellten Klinikabläufe zur Grundlage genommen, Whistleblowing aus einer praktischen Betrachtung heraus aufzugreifen. Das Krankenhaus dient somit rein beispielhaft als Ort,

⁶⁶ MB-Monitor 2019, Zusammenfassung der Ergebnisse, S. 1 (online abrufbar unter: https://www.marburgerbund.de/sites/default/files/files/2020-01/MB-Monitor%202019_Zusammenfassung_Ergebnisse.pdf; letzter Zugriff: 8.2.2020).

⁶⁷ Aus der deutschen Übersetzung des Eides des Hippokrates: „*Meine Verordnungen werde ich treffen zu Nutz und Frommen der Kranken, nach bestem Vermögen und Urteil; ich werde sie bewahren vor Schaden und willkürlichem Unrecht.*“.

⁶⁸ Auszug aus der deutschen Übersetzung der Deklaration von Genf: „*Die Gesundheit und das Wohlergehen meiner Patientin oder meines Patienten werden mein oberstes Anliegen sein.*“.

in dem Einzelne für sich subjektiv zu dem Ergebnis gelangen könnten, es liege ein whistleblowingrelevanter Missstand vor. Ob ein Verhalten oder Zustand als whistleblowingrelevanter Missstand erachtet wird, ist zunächst rein subjektiv. Grundlage der Whistleblowing-Handlung ist damit die subjektive Bewertung.

Dennoch werden im ersten Abschnitt dieser Arbeit sozial- und zivilrechtliche Grundsätze dargestellt. Diese sind im Grundsatz losgelöst vom Rechtsrisiko für den Whistleblower zu betrachten und dienen maßgeblich dem hinreichenden Verständnis des Lesers hinsichtlich der aus ökonomischen Erwägungen resultierenden „Missstände“ im Krankenhaus. Auf diesem Wege soll dem Leser der Zugriff zu dieser Thematik erleichtert werden.

Diese Arbeit unterscheidet zwischen Whistleblowing als Verhaltensphänomen und der rechtlichen Zulässigkeit einer Informationsoffenlegung, die ggf. begrifflich als Whistleblowing-Handlung angesehen werden könnte. Das phänomenologische Verständnis des Whistleblowings ist dennoch die Grundlage für die Einordnung der sodann erfolgten Rechtsausführungen. Im zweiten Abschnitt erfolgt daher zunächst eine inhaltliche Konkretisierung des Terminus „Whistleblowing“ einschließlich der nach hiesiger Auffassung für erforderlich erachteten Unterscheidungskriterien, um zu sonstigen Formen der Informationsoffenlegung abgrenzen zu können. Die begriffliche Einführung umfasst gleichsam auch einen etymologischen wie historischen Kontext und behandelt die einzelnen Unterscheidungsformen, in die Whistleblowing wiederum untergliedert werden kann.

Auf Grundlage der Sozial- und Zivilrechtsgrundsätze und dem dargestellten phänomenologischen Verständnis von Whistleblowing werden im dritten Abschnitt die Ergebnisse der anlässlich dieser Arbeit durchgeführten Umfrage zusammenfassend dargestellt. Dies verschafft dem Leser einen praxisnahen Bezug und ermöglicht eine erste Abschätzung der potenziellen praktischen Relevanz von Whistleblowing im Krankenhaus.

Die Gesetzgebung zum Whistleblowing befindet sich derzeit in einem noch nicht abgeschlossenen Prozess des Wandels. Diese Gesetzgebungsveränderungen finden sich auch strukturell in dieser Arbeit wieder. Materiell-rechtlich wird daher im vierten Abschnitt nicht nur die Rechtslage *de lege lata* untersucht. Vielmehr wird die Rechtslage *de lege lata* durch eine punktuelle rechtsvergleichende Betrachtung mit der Rechtslage vor Erlass der sog. *Geschäftsgeheimnis-Richtlinie* dargestellt, inhaltlich konkretisiert und bewertet.

Trotz strafrechtlicher Schwerpunktsetzung entstammen die dem Whistleblowing bislang zugrunde liegenden Rechtsgrundsätze der Arbeitsgerichtsbarkeit unter Würdigung der maßgeblichen Grundrechtsinteressen der beteiligten Parteien. Der vierte Abschnitt enthält daher auch eine rechtsgebietsübergreifende Darstellung der materiellen Rechtslage. In gebotener Länge werden die einschlägigen Grundrechte und ihre Relevanz für die Whistleblowing-Handlung sowie arbeitsrechtliche Gesichtspunkte behandelt. Auf dieser Grundlage baut die Einschätzung des derzeit bestehenden Strafbarkeitsrisikos für Whistleblower auf. Dies umfasst sowohl die Darstellung der maßgeblichen Straftatbestände im Kern- und Nebenstrafrecht als auch die Grundsätze zur Rechtfertigung tatbestandlichen Verhaltens sowie denkbare Irrtumskonstellationen im Rahmen von Whistleblowing.

Abschließend erfolgt im fünften Abschnitt eine Kurzdarstellung und -einschätzung des jüngst abgeschlossenen europäischen Gesetzgebungsverfahrens durch Erlass der sog. *Whistleblowing-Richtlinie*. Mit Blick auf das nunmehr bestehende Umsetzungserfordernis der Mitgliedstaaten wird, soweit auf Grundlage der Richtlinie möglich, ein Ausblick auf

die mögliche Rechtslage de lege ferenda unternommen und diese einer Vorabbewertung unterzogen.

B. Sozial- und zivilrechtliche Grundsätze

Zum Verständnis des soeben eingeführten Spannungsfeldes zwischen medizinischer Heilbehandlung und wirtschaftlichen Interessen und Entscheidungen der Krankenhaus- und Kostenträger ist es notwendig, einen zivil- und sozialrechtlichen Exkurs zu unternehmen. Diesem mag nicht zwingenderweise ein unmittelbarer Einfluss auf die rechtliche Stellung des Whistleblowers zukommen, ist jedoch bereits deshalb geboten, um den hier exemplarisch herangezogenen Missstand in Grundzügen nachvollziehen zu können. Dies bedeutet allerdings nicht, dass den Ausführungen darüber hinaus im Einzelfall keine rechtliche Relevanz zukommen könnte. Die Frage der Rechtskonformität der offengelegten Zustände wird spätestens bei einer etwaig vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung ihre Berücksichtigung finden müssen. Es wäre zu kurz gegriffen, die hier im Raum stehenden Sachverhalte als wirtschaftlich motiviert bei gleichzeitiger Inkaufnahme von Nachteilen für die Patientenversorgung abzutun. Entschließt sich der Whistleblower zu einer Offenlegung von Informationen, bedarf es eines grundsätzlichen Verständnisses zu wirtschaftlichen Abläufen im Gesundheitswesen, was sowohl den Finanzfluss im Krankensektor einschließt als auch die grundsätzliche Stellung, die wirtschaftlichen Faktoren im Gesundheitswesen beigemessen wird. Werden nachteilige Auswirkungen zu Lasten der Patienten geltend gemacht, muss sich zwangsläufig auch die Frage stellen, wer in der Rechtsbeziehung Arzt-Patient-Krankenhaus wem gegenüber in welchem Maß vertraglich berechtigt und verpflichtet ist. Nur auf Grundlage dessen kann eine Einordnung der vom Whistleblower veröffentlichten Informationen gelingen. Die Interessen des Krankenträgers werden sich dem Betrachter ansonsten nicht umfassend erschließen und können infolgedessen keine hinreichende Würdigung erfahren. Zuletzt darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass es sich bei den Krankenhäusern der heutigen Zeit um wirtschaftlich ausgerichtete Unternehmen und Arbeitgeber handelt, die losgelöst vom gesellschaftlichen Auftrag einer sichergestellten Gesundheitsversorgung auch den berechtigten Anspruch haben, profitabel wirtschaften zu können. Dies unterscheidet sie nicht von anderen Unternehmen, deren interne Verhaltensweisen und Zustände im Wege des Whistleblowings offenbart werden.

I. Rechtsbeziehungen Arzt-Patient-Krankenhaus

Nachfolgend soll der vertragliche Rechtsrahmen eines Krankenhausaufenthaltes im eigentlichen Wortsinn, d.h. prästationäre/stationäre Behandlung, dargestellt werden. Die Patienten und den die medizinische Behandlung Zusagende verbindet zivilrechtlich ein Behandlungsvertrag gem. der §§ 630a ff. BGB.⁶⁹ Dieser ist eine Sonderform des Dienstvertrages.⁷⁰ Der

⁶⁹ GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, A, Rn. 2, 3.

⁷⁰ GEHRLEIN, ebd., Rn. 2; WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 96.

Behandlungsvertrag zwischen den Patienten und dem Krankenhaus dürfte in aller Regel durch nichtärztliches Personal im Namen des Krankenhauses (§§ 164 ff. BGB) geschlossen werden. Ausgeführt wird die Behandlung letztlich von einem ganzen Gefüge aus Beschäftigten, die als Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB im Pflichtenkreis ihres Arbeitgebers tätig werden.⁷¹ Die medizinische Behandlung ist *lege artis*, sprich nach dem anerkannten wissenschaftlichen medizinischen Standard, vorzunehmen, vgl. § 630a II BGB.⁷² Der BGH umschreibt den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab in st.Rpsr. als das, was „von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden“⁷³ kann, sog. Facharztstandard.⁷⁴ Im Kontext medizinischer Behandlung verbleibt kein Platz für individuelle Sorglosigkeit, weshalb der ärztliche Sorgfaltsmaßstab objektiv zu bestimmen ist.⁷⁵ Subjektive Umstände (bspw. gesteigerte Kenntnisse und Fähigkeiten) können lediglich haftungsverschärfend wirken,⁷⁶ jedoch nie den Maßstab dessen senken, was Patienten erwarten dürfen. Aufgrund der Einordnung als Dienstvertrag wird i.d.R. kein Behandlungserfolg geschuldet.⁷⁷ Die Vergütungspflicht ist im Einzelfall festzustellen und davon abhängig, wie die Patienten krankenversichert sind, vgl. § 630a I a.E. BGB: „[...] soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist“. Die Vergütungspflicht wird vom Recht der gesetzlichen Krankenversicherung überlagert.⁷⁸ Die Abrechnung erfolgt bei stationären Aufenthalten unmittelbar über die Krankenkasse. Dies hat zur Folge, dass sich die synallagmatischen Hauptleistungspflichten in ein partiell einseitiges Vertragsverhältnis verkehren, soweit eine Vergütungspflicht der GKV besteht.⁷⁹ Werden Leistungen in Anspruch genommen, die gemäß der Leistungskataloge nicht von der GKV umfasst werden, schlägt das synallagmatische Vertragsverhältnis wieder durch und die Patienten trifft eine unmittelbare Vergütungspflicht.⁸⁰ Privatpatienten schließen ebenfalls einen Behandlungsvertrag.⁸¹ Die Vergütungspflicht entsteht in ihrer Person selbst.⁸² Im Innenverhältnis findet eine Kostenerstattung gem. § 192 VVG zwischen der privaten Krankenversicherung und den Versicherten statt.⁸³

Welche Leistungspflichten das Krankenhaus treffen, ist abhängig von der Ausgestaltung des Vertrages. Im stationären Bereich haben sich drei Vertragstypen herausgebildet.⁸⁴ Grundtypus ist der sog. totale Krankenhaus(aufnahme)vertrag.⁸⁵ Dem Patienten steht das Krankenhaus als alleiniger Vertragspartner gegenüber.⁸⁶ Geschuldete Vertragspflichten sind dabei die

⁷¹ GEHRLEIN, ebd, Rn. 2, 4; PALANDT, § 630a, Rn. 36; WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 28.

⁷² GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B, Rn. 3.

⁷³ BGH v. 29.11.1994 - VI ZR 189/93 = NJW 1995, 776; BGH v. 16.3.1999 - VI ZR 34-98 = NJW 1999, 1778 (1779); WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 97.

⁷⁴ GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B, Rn. 3; PALANDT, § 630a, Rn. 10; WAGNER, ebd.

⁷⁵ WAGNER, ebd, Rn. 99, 100.

⁷⁶ WAGNER, ebd, Rn. 101.

⁷⁷ Ebd, Rn. 96.

⁷⁸ GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, A, Rn. 8.

⁷⁹ Ebd.

⁸⁰ WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 51.

⁸¹ Ebd, Rn. 15.

⁸² GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, A, Rn. 7; WAGNER, ebd.

⁸³ WAGNER, ebd.

⁸⁴ GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, A, Rn. 25; PALANDT, § 630a, Rn. 4; SPICKHOFF, Medizinrecht, § 630a BGB, Rn. 26.

⁸⁵ SPICKHOFF, ebd; WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 27.

⁸⁶ GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, A, Rn. 26.

medizinische Behandlung sowie alle anfallenden Randverpflichtungen wie Unterbringung, Verköstigung und Pflege der Patienten.⁸⁷

Ein weiterer Vertragstypus ist der sog. totale Krankenhaus(aufnahme)vertrag mit Arztsatzleistung.⁸⁸ Der Krankenhausträger schuldet die medizinische Leistung ebenso wie Unterbringung, Pflege und Verköstigung.⁸⁹ Jedoch tritt der Patient nun in eine zweite vertragliche Beziehung nach § 630a BGB zu einem eigens liquidationsberechtigten Arzt (sog. Chefarztbehandlung), vgl. § 17 KHEntgG.⁹⁰ Den Patienten stehen zwei vertragliche Haftungsschuldner zur Verfügung.⁹¹ Motivation eines solchen Arztsatzvertrages ist regelmäßig der Wunsch, in den Genuss qualitativ hochwertigerer Behandlung zu kommen.

Dritte und letzte vertragliche Erscheinungsform ist der sog. gespaltene Arzt-Krankenhaus-Vertrag.⁹² Die medizinische Heilbehandlung erfolgt unter Hinzuziehung eines sog. *Belegarztes*.⁹³ Zusammenfassend ist hierunter ein selbstständiger Arzt zu verstehen, der zur stationären Behandlung von eigenen Patienten unter Zuhilfenahme der Krankenhausstruktur berechtigt ist, ohne jedoch angestellter Krankenhausarzt zu sein, vgl. § 18 I KHEntgG.⁹⁴ Somit handelt es sich um die Situation, dass ein niedergelassener Arzt neben der Praxistätigkeit in einem Krankenhaus auch stationäre Behandlungen eigener Patienten vornimmt. Aufgrund seiner internen Kenntnisse der Geschehen im Krankenhaus muss der Belegarzt zum Kreis der potenziellen Whistleblower gezählt werden. Die Patienten gehen ebenfalls zwei Vertragsbeziehungen ein.⁹⁵ Mit dem Krankenhaus verbindet sie ein typengemischter Vertrag mit Elementen des Behandlungs-, Miet- und Werkvertrages.⁹⁶ Welche Folgen dies für seine Rechtsstellung im Falle von Whistleblowing-Handlungen hat, ist eine an späterer Stelle aufzugreifende Frage. Die Patienten und den Belegarzt verbindet ein Behandlungsvertrag.⁹⁷ Er schuldet die medizinische Behandlung auf seinem Fachgebiet.⁹⁸ Das Krankenhaus schuldet sodann Unterbringung, Pflege, Verköstigung und alle medizinischen Leistungen, die nicht dem Fachgebiet des Belegarztes zuzurechnen sind, ebenso wie die Bereitstellung der Krankenhausstruktur.⁹⁹ Auf seinem Fachgebiet haftet der Belegarzt aus §§ 280, 823 I BGB für eigenes Verschulden¹⁰⁰ und muss für Pflichtverletzungen eigener Mitarbeiter im selbigen Fachgebiet über §§ 278, 831 BGB eintreten.¹⁰¹

⁸⁷ WALTER, in: BeckOGK, BGB, Stand 15.5.2019, § 630a, Rn. 47; WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 27; MANSEL, in: Jauernig, BGB, § 630a, Rn. 14.

⁸⁸ WAGNER, ebd, Rn. 35 ff.; SPICKHOFF, Medizinrecht, § 630a BGB, Rn. 31.

⁸⁹ GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, A, Rn. 25; MANSEL, in: Jauernig, BGB, § 630a, Rn. 14; SPICKHOFF, ebd.

⁹⁰ GEHRLEIN, ebd, Rn. 27; WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 35.

⁹¹ SPICKHOFF, Medizinrecht, § 630a BGB, Rn. 31.

⁹² WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 32 ff.

⁹³ WALTER, in: BeckOGK, BGB, Stand 15.5.2019, § 630a, Rn. 49.

⁹⁴ WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 32; vgl. hierzu auch ergänzend die Ausführungen im Arbeitsrecht unter Ziff. (1) Belegarzt, S. 92 ff.

⁹⁵ GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, A, Rn. 28.

⁹⁶ WAGNER, in: MüKo BGB, Band 4, § 630a, Rn. 32.

⁹⁷ Ebd.

⁹⁸ WAGNER, ebd; GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, A, Rn. 28; SPICKHOFF, Medizinrecht, § 630a, Rn. 32.

⁹⁹ WAGNER, ebd; GEHRLEIN, ebd, Rn. 28, 30; SPICKHOFF, ebd.

¹⁰⁰ WAGNER, ebd, Rn. 33.

¹⁰¹ GEHRLEIN, Grundwissen Arzthaftungsrecht, A, Rn. 29; WAGNER, ebd.