willkürlich in den Prozess eingeführte Tatsachenbehauptungen, für die grundsätzlich – nach *Rust* (S. 77) – Anhaltspunkte für vermuthungsweise aufgestellte Behauptungen gefordert werden könnten. Dies gilt jedoch – wie ausgeführt – dann nicht, wenn die Partei das Geschehen nicht aus eigenem Wissen schildern kann (S. 77). Wenn die Rspr. aber den Patienten wie einen am Geschehen nicht Anwesenden behandelt, würden folgerichtig dann auch willkürlich in den Prozess eingeführte Tatsachenbehauptungen genügen, zumal der BGH gerade keine konkreten Anhaltspunkte für erforderlich erachtet (BGH, MedR 2019, 649 m. Anm. *Lorz* = GuP 2019, 223 m. Anm. *Vogeler*). In der arzthaftungsrechtlichen Literatur tritt man dafür ein, dass die sekundäre Darlegungslast erst bei einem Vortrag ausgelöst wird, der ein Mindestmaß an nachvollziehbarem Vorbringen enthält (vgl. *Katzenmeier*, MedR 2020, 900, 901; *Lorz*, MedR 2019, 652, 653; *Achterfeld*, MedR 2021, 655, 656; *Vogeler*, GuP 2021, 36, 40). Die Unterföhrung von *Rust* unterstützt diese Ansicht, denn es besteht Einigkeit darüber, dass weder einer voraussetzungslosen Sachverhaltsermittlung Tür und Tor geöffnet werden darf (S. 66) noch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht für die Ermittlung „lediglich abstrakt-möglichen Sachverhalten auf einen dunklen Verdacht hin“ (S. 68). Ist nach der Rspr. Vortrag ausreichend, der die Vermutung eines Hygienefehlers aufgrund der Folgen für ihn gestattet, so bedarf die „Vermutungsbasis“, aus der die Schlussfolgerung auf einen Hygienefehler gezogen werden soll, einer hinreichenden (sachverhaltsbezogenen) Grundlage, um nicht eine voraussetzungslose sekundäre Darlegungslast mit nachfolgender Beweisaufnahme zu schaffen. Dass die Rspr. die Rechtsfigur der „sekundären Darlegungslast“ aufgeben wird, wie der Verf. vorschlägt, erscheint unwahrscheinlich. Schließt man sich allerdings dem Gedanken an, dass die „sekundäre Darlegungslast“ nichts anderes ist als die Last, sich zu schlüssigen Behauptungen erklären zu müssen (S. 185 f.), so zieht dies gleichzeitig das Postulat nach sich, dass die Anforderungen an die „sekundäre Darlegungslast“ nicht überspannt werden dürfen und ein substantiiertes Bestreiten ausreichend ist. Daher begegnet es Zweifeln, wenn gefordert wird, die Behandlerseite müsse konkret zu den ergriffenen Maßnahmen zur Sicherstellung der Hygiene und zum Infektionsschutz durch Vorlage von Desinfektions- und Reinigungsplänen sowie der einschlägigen Hausanordnungen und Bestimmungen des Hygieneplans vortragen (vgl. BGH, NJW-RR 2020, 720, 722), wenn auf der anderen Seite Tatsachenbehauptungen ohne Anhaltspunkte zur Substantiierung ausreichend sein sollen.

Die Arbeit von *Rust*, die noch einen dritten Teil („Behaupten und Bestreiten in der Praxis“, S. 191 ff.) und eine Zusammenfassung der Ergebnisse (S. 207 ff.) enthält, zeichnet sich durch eine klare Struktur und durch klare Gedankengänge aus. Die Arbeit veranschaulicht: Um die erforderliche Tiefe des Parteivortrags bestimmen zu können, bedarf es zunächst eines wissenschaftlichen Tiefgangs, denn der Maßstab für die Substantiierung ist weder ein „Bauchgefühl“ noch – und dies zwingt in der Praxis derweilen zu Disziplin – ein „Wahrscheinlichkeitsurteil“, denn auch auf unwahrscheinlich wahre Tatsachen ist aus anwaltlicher Sicht zu erwidern und über jene aus richterlicher Sicht Beweis zu erheben – manchmal sogar mit erstaunlichen Ergebnissen. Die hohe Abstraktionsebene der Arbeit leistet auch und gerade für Spezialmaterien wie das Arzthaftungsrecht einen wertvollen Beitrag, denn sie gibt Anlass, gefestigte Strukturen zu hinterfragen und sich die dogmatischen Grundlagen vor Augen zu führen.

Marcus Vogeler

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-6100-y>

Schutz des Patienten durch Kontrahierungszwang?

Von David Marski, Duncker & Humblot, Berlin, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 533, 2021, 355 S., kart., € 89,90.

Mit der Frage nach einem „Schutz des Patienten durch Kontrahierungszwang?“ hat *Marski* für seine Promotion an der Ludwig-

Maximilians-Universität München ein aktuelles Thema gewählt, das künftig wohl weiter an Bedeutung und rechtspolitischer Brisanz gewinnen wird. Die Aktualität zeigt etwa eine Entscheidung des LG Dortmund aus dem Jahr 2020 (MedR 2021, 264 ff.). Das Gericht hatte sich mit der Vertragsabschlusspflicht eines Krankenhausträgers auseinanderzusetzen, wenn eine Patientin die Testung auf SARS-CoV-2 oder einer Erkrankung an COVID-19 vor der Aufnahme in das Krankenhaus verweigert. *Marski* nimmt allerdings nicht diesen aktuellen Einzelfall in den Blick und befasst sich auch sonst nicht mit der Corona-Pandemie. Vielmehr problematisiert er den Kontrahierungszwang für Anbieter medizinischer Behandlungen vor dem Hintergrund des Ärztemangels in ländlichen Regionen sowie insbesondere der zunehmenden „Spezialisierung“ von Ärztinnen und Ärzten (S. 25 ff.).

Die Idee von einem Kontrahierungszwang ist als solche bekanntlich nicht neu; *Hans Carl Nipperdey* etwa hat sich ihr bereits im Jahr 1920 in seiner Schrift „Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag“ eingehend gewidmet, *Jan Busche* hat sie im Jahr 1999 besonders im Kontext der Privatautonomie beleuchtet („Privatautonomie und Kontrahierungszwang“). *Busches* Beschreibung, der Kontrahierungszwang sei ein „die Vertragsbegründungsfreiheit begrenzende(s) Rechtsinstitut des Privatrechts“, schließt sich auch *Marski* an (S. 33 m. entspr. N.). Von diesem Kontrahierungszwang grenzt *Marski* im Rahmen seiner Begriffsbestimmung (2. Kapitel) eine „Behandlungspflicht“ ab; eine solche liege vor, wenn „eine Person rechtlich dazu verpflichtet ist, eine entsprechende (Erst-, oder Folge-)Behandlung zugunsten des betroffenen Patienten vorzunehmen“ (S. 31). Die Abgrenzung, bei der *Marski* im Ergebnis festhält, der Kontrahierungszwang sei „ein Aliud gegenüber der Behandlungspflicht“ (S. 35), erscheint *per se* durchaus überzeugend. Unterschiede sieht *Marski* primär bei dem jeweiligen „rechtlichen Anknüpfungspunkt“ (Behandlungspflicht: Anknüpfung an eine „tatsächliche [Be-]Handlung“; Kontrahierungszwang: Anknüpfung „an die Willenserklärung des durch den Kontrahierungszwang Verpflichteten“, S. 33 f.) und dem betroffenen Rechtsgebiet. Einen wesentlichen Aspekt lässt *Marski* allerdings weitestgehend unbehandelt. Denn es bleibt offen, ob die „Behandlungspflicht“ mit der aus dem Abschluss eines Behandlungsvertrages (infolge eines Kontrahierungszwangs) resultierenden Pflicht zur Durchführung einer medizinischen Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards gem. § 630a Abs. 1, 2 BGB inhaltlich vollständig korrespondiert (s. lediglich S. 33 zur „Behandlungspflicht“). Dies dürfte vor allem daran liegen, dass *Marski* wohl den Gehalt der Regelung des § 630a BGB nicht hinreichend erfasst. So konstatiert er: „Die Behandlungspflicht des Arztes ist auf den ersten Blick – zumindest im Regelungskomplex der §§ 630a ff. BGB – nicht erkennbar, aber dennoch dem Arztrecht immanent“ (S. 31).

Den „Kern für die Beschränkung (der Privatautonomie) durch den Kontrahierungszwang“ sieht *Marski* darin, „dass eine Partei typischerweise eine strukturell unterlegene Position gegenüber der anderen Partei innehat“ (S. 36 f.). Vorteilhaft für den Patienten sei ein Kontrahierungszwang, wenn keine Behandlungspflicht des Arztes besteht, eine effektivere Klagemöglichkeit eröffnet wird oder eine bestehende Behandlungspflicht später wegfällt (S. 39 ff.). Hier wird erst deutlich, dass eine Behandlungspflicht – wie im Falle des § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V – nicht notwendig im Verhältnis zum Patienten bestehen muss (S. 41). Innerhalb der möglichen „Ausformungen des Kontrahierungszwangs“ differenziert *Marski* zutreffend zwischen „speziellen Kontrahierungszwängen“ und dem „allgemeinen Kontrahierungszwang“; der allgemeine Kontrahierungszwang sei „im Wege einer Gesamtanalogie“ dogmatisch (bzw. methodisch) zu begründen (S. 52 ff.).

Das 3. Kapitel über den „Schutz des Patienten im Rahmen des Arzt-Patienten-Verhältnisses“ behandelt eingehend das Patientenrechtsgesetz aus dem Jahr 2013 (S. 83 ff.), den strafrechtlichen Schutz (S. 102 ff.), den sozialrechtlichen Schutz durch das Krankenversicherungsrecht (S. 151 ff.) und den zivilrechtlichen Schutz (S. 184 ff.). Die Ausführungen sind weitestgehend stimmig und solide ausgearbeitet (berufsrechtliche Regelungen hätten noch Platz finden können). Zumindest missverständlich sind jedoch *Marskis* Ausführungen zum Behandlungsvertrag und insbesondere die These auf S. 88 f.: „Wie die Regelung des § 630a Abs. 1 BGB deutlich macht, ist lediglich der ‚Selbstzahler‘, also der privatversicherte Patient umfasst. (...) Die gesetzlich versicherten Patienten haben nämlich, soweit keine Behandlungen vereinbart wurden, die nicht von der gesetzlichen Krankenkasse abgedeckt sind, keinerlei Zahlungspflichten. Der Gesetzgeber hat diese ‚Lücke‘ erkannt und mit der Einführung der Formulierung ‚soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist‘ in § 630a Abs. 1

BGB a.E. einen Versuch unternommen, diese zu schließen.“ Nur vorinformierte Leser werden hier an den Meinungsstreit denken, ob auch gesetzlich Versicherte einen privatrechtlichen Behandlungsvertrag schließen.

Im 4. Kapitel befasst sich *Marski* mit dem „Bestehen eines Kontrahierungszwangs im Arzt-Patienten-Verhältnis“, wobei er zunächst untersucht, ob ein spezieller Kontrahierungszwang ggf. aus einer bestehenden Behandlungspflicht resultiert (S. 218ff.). Behandlungspflichten des Arztes können sich nach *Marski* aus der Nothilfepflicht gem. § 323c Abs. 1 StGB, einer Garantenstellung gem. § 13 Abs. 1 StGB, einer vorvertraglichen Verpflichtung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB, der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung gem. § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V, mittelbar aus der Aufnahmepflicht eines Krankenhauses nach § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V und den landesgesetzlichen Regelungen, in Notfällen aus § 7 Abs. 2 S. 2 MBOÄ, mittelbar aufgrund landesgesetzlicher Regelung im Rettungsdienst, im Falle einer Diskriminierung gem. § 21 Abs. 1 S. 1 AGG sowie mittelbar aus § 101 Abs. 3 StVollzG ergeben, sofern das Eingriffsrecht in eine Eingriffspflicht „übergeht“. Mit Ausnahme von § 21 AGG resultiere aus diesen Behandlungspflichten aber kein Kontrahierungszwang, weil die zugrundeliegenden Regelungen den Arzt zu einem Tätigwerden, nicht jedoch zu einem Vertragsschluss verpflichten sollen. Den Kontrahierungszwang im Falle einer Diskriminierung begründet *Marski* über eine analoge Anwendung von § 21 AGG. Die Erwägungen sind originell, vermögen im Ergebnis allerdings jedenfalls in Anbetracht der Entstehungsgeschichte der Norm nicht zu überzeugen (keine Planwidrigkeit).

Anschließend behandelt *Marski* noch den allgemeinen Kontrahierungszwang im Arzt-Patienten-Verhältnis (S. 286ff.), den er bejaht, „wenn die (1) tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind und (2) bei einer umfassenden Interessenabwägung im Rahmen einer normativen Beschränkung, der Rechtsanwender zu dem Ergebnis gelangt, dass der Arzt im konkreten Einzelfall sowohl die Leistungsfähigkeit als auch die Leistungszumutbarkeit hat“ (S. 294). Insgesamt ist das 4. Kapitel sehr gründlich erarbeitet. Zusätzlichen Gehalt hätte die Arbeit erhalten können, wenn sich *Marski* näher mit den konkreten Inhalten der Behandlungspflichten auseinandergesetzt hätte. So darf bezweifelt werden, dass die Nothilfepflicht (eines zufällig anwesenden Arztes) gem. § 323c Abs. 1 StGB z.B. mit der Behandlungspflicht gem. § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V qualitativ umfassend korrespondiert. Inwieweit rächt sich die nicht hinreichend differenzierte und detaillierte Begriffsbestimmung im 2. Kapitel.

Im letzten Kapitel (vor der Zusammenfassung) gelangt *Marski* zu seinem Postulat der „Notwendigkeit eines speziellen Kontrahierungszwangs im Arzt-Patienten-Verhältnis“. Zur Begründung führt er an, dass – ungeachtet der umfangreichen Behandlungspflichten des Arztes – eine Schutzlücke vorliege, wenn keine Behandlungspflicht besteht, eine solche später wegfällt oder „eine effektivere Klagemöglichkeit durch den Kontrahierungszwang erreicht wird“ (S. 297ff., 305). Die Schutzlücke könne nicht durch den allgemeinen Kontrahierungszwang geschlossen werden, weil dieser weniger effektiv als eine geschriebene Regelung und als Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung wegen eines Verstoßes gegen die Wesentlichkeitstheorie verfassungswidrig sei (S. 301ff., 305). Stattdessen bedürfe es der expliziten Normierung eines speziellen Kontrahierungszwangs, wobei das ärztliche Berufsrecht (S. 307ff.) und das Krankenversicherungsrecht (S. 314ff.) ungeeignet seien. Sachgerecht sei eine Ergänzung des Behandlungsvertragsrechts mit folgendem „§ 630i BGB n.F. (Vertragsabschlusszwang)“ (S. 318):

„(1) Der Behandelnde ist verpflichtet, eine auf die Herbeiführung eines Behandlungsvertrages gerichtete Willenserklärung abzugeben, wenn

1. sich der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte von vornherein nicht auf eine Behandlungspflicht berufen kann und dieser auf die konkrete Behandlung angewiesen ist oder
 2. dadurch die Effektivität der Klagemöglichkeit für den in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten in nicht bloß unerheblichem Umfang gesteigert wird und dies aufgrund der Gesamtumstände geboten erscheint oder
 3. die Behandlungspflicht nachträglich weggefallen ist und der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte nachträglich ein Interesse an der Herbeiführung des Vertrages hat.
- (2) Der Behandelnde kann die Abgabe einer Willenserklärung nach Abs. 1 verweigern, wenn er aus Kapazitätsgründen oder anderen wichtigen, in seiner Person bestehenden Gründen nicht in der Lage ist, den Behandlungsvertrag zu erfüllen.“

Die vorgeschlagene Regelung des § 630i Abs. 1 BGB n.F. entspricht weitestgehend wörtlich *Marskis* Formulierungsvorschlag für eine neue Vorschrift im SGB V (S. 314f.). Diesen Vorschlag hatte er verworfen, weil die Regelung nur gesetzlich Versicherte erfassen würde. Angesichts dessen muss es besonders überraschen, dass *Marski* nun eine wortgleiche Regelung in das Behandlungsvertragsrecht „implementieren“ möchte (vermutlich hat er seinen Vorschlag für das SGB V kopiert und – ohne erneute Lektüre – bei den Ausführungen zum Behandlungsvertragsrecht eingefügt; dafür spricht seine auf § 630i BGB n.F. bezogene These, „dass alle potentiellen Patienten von dem Kontrahierungszwang profitieren“, S. 319). In der Sache ist der Vorschlag ebenfalls streitbar. Dies ist vor allem deshalb zu konstatieren, weil nicht alle Ergebnisse von *Marskis* Untersuchung in erforderlichem Maße Eingang in seinen Formulierungsvorschlag finden (was auch hier nur exemplarisch ausgeführt werden kann). So lässt etwa der Begriff „Behandlungspflicht“ Fragen offen (z.B. spricht das Gesetz in § 323c StGB von Hilfeleistung, nicht von Behandlung). Ob ein zufällig hilfeleistender Behandelnder aktuell (selbstständig) praktiziert, findet keine Berücksichtigung (muss ein zufällig hilfeleistender Arzt, der in einem Krankenhaus angestellt ist, nach Wegfall der „Behandlungspflicht“ selbst kontrahieren?). Während *Marski* im 3. Kapitel im Zusammenhang mit dem allgemeinen Kontrahierungszwang vor allem in der Konstellation eines Wegfalls einer Behandlungspflicht ein „objektives Interesse“ an der Fortsetzung der Behandlung fordert (S. 289ff.), soll nach Absatz 1 Nr. 3 seines Formulierungsvorschlags jedes Interesse des Patienten genügen.

Sieht man von den explizierten (und weiteren) Ungenauigkeiten ab, ist *Marskis* Arbeit ein konstruktiver Beitrag zur Diskussion um einen Kontrahierungszwang im Arztvertragsrecht. Der Aufbau hin von einer Untersuchung des *status quo* zum daran anknüpfenden Postulat des Autors erscheint stringent; die Ausführungen zu den Behandlungspflichten des Arztes im 4. Kapitel sind gehaltvoll, obgleich eine vertiefte Auseinandersetzung mit deren konkreten Inhalten die Arbeit noch hätte bereichern können. Formal vermag die Arbeit ebenfalls nicht ausnahmslos zu überzeugen. Eine für eine juristische Doktorarbeit ungewöhnlich hohe Anzahl an Rechtschreib-, Grammatik- und Interpunktionsfehlern erschwert die Lektüre der Schrift mitunter erheblich. Aufgrund unzutreffender Verwendung des Konjunktivs erkennt der Leser an mehreren Stellen erst auf den zweiten Blick, dass es sich um eine Position *Marskis* handelt. Besonders augenfällig ist der vermutlich auf „copy and paste“ zurückzuführende, in seiner konkreten Fassung unstimmmige Formulierungsvorschlag für einen speziellen Kontrahierungszwang im Behandlungsvertragsrecht; bei einer der Kernthesen einer Doktorarbeit darf es zu solch einem (Flüchtigkeits-)Fehler nicht kommen.

Martin Klose