

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 533

Schutz des Patienten durch Kontrahierungszwang?

Von

David Marski



Duncker & Humblot · Berlin

DAVID MARSKI

Schutz des Patienten durch Kontrahierungszwang?

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band

Schutz des Patienten durch Kontrahierungszwang?

Von

David Marski



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-18381-4 (Print)
ISBN 978-3-428-58381-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*In besonderer Dankbarkeit
meinen Eltern*

„Volltreffer!“

Michael Tyroller

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen.

Ganz besonders danke ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Stephan Lorenz. Das Engagement bei der Betreuung dieser Arbeit war herausragend, was in dieser Form keineswegs eine Selbstverständlichkeit darstellt. Da Herr Professor Dr. Stephan Lorenz für mich eine der Zivilrechtsikonen unserer Zeit ist, empfand ich es als besonders große Ehre, bei ihm promovieren zu dürfen. Auf den nahbaren und zugleich unkomplizierten Umgang blicke ich stets gerne zurück.

Ich bedanke mich ganz herzlich bei Herrn Professor Dr. Andreas Spickhoff für die außerordentlich schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Das Fundament dieser Arbeit setzte Michael Tyroller. Ihm habe ich den Erfolg meines Examens und damit auch die Möglichkeit an der LMU promovieren zu dürfen maßgeblich zu verdanken. Er hat es durch seine authentische, sympathische und vor allem motivierende Art geschafft, dass mir Jura so richtig Spaß macht. Danke Michi, du bist der Beste!

Das größte Dankeschön gilt meinen Eltern, Hannelore und Dieter Marski. Sie haben in jeder Lebenslage an mich geglaubt, mich gefördert und tatkräftig unterstützt. Sie gaben mir auch stets die notwendigen Freiheiten und bauten nie Druck auf. Damit ebneten sie den Weg für mein erfolgreiches Studium und die Promotion. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hannover, April 2021

David Marski

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Einleitung	25
§ 1 Problemstellung	25
§ 2 Gang der Untersuchung	28

2. Kapitel

Begriffsbestimmung und Allgemeines zu der Behandlungspflicht und dem Kontrahierungszwang	30
§ 1 Begriffsbestimmung	30
§ 2 Zweck und Vorteil des Kontrahierungszwangs	35
§ 3 Ausformungen des Kontrahierungszwangs	45
§ 4 Rechtsfolgen des Kontrahierungszwangs	62
§ 5 Abgrenzung zu anderen Bindungszwängen	79

3. Kapitel

Schutz des Patienten im Rahmen des Arzt-Patienten-Verhältnisses	83
§ 1 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten	83
§ 2 Strafrechtlicher Schutz	102
§ 3 Sozialrechtlicher Schutz durch das Krankenversicherungsrecht	151
§ 4 Zivilrechtlicher Schutz	184
§ 5 Fazit	214

4. Kapitel

Bestehen eines Kontrahierungszwangs im Arzt-Patienten-Verhältnis	218
§ 1 Einleitung	218
§ 2 Aus einer bestehenden Behandlungspflicht resultierender spezieller Kontrahierungszwang	218
§ 3 Bestehen eines allgemeinen Kontrahierungszwangs	286

§ 4 Fazit	295
-----------------	-----

5. Kapitel

Notwendigkeit eines speziellen Kontrahierungszwangs im Arzt-Patienten-Verhältnis	297
---	-----

§ 1 Vorliegen einer Schutzlücke	297
---------------------------------------	-----

§ 2 Schließung der Schutzlücke	306
--------------------------------------	-----

6. Kapitel

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Ausblick	330
---	-----

Literaturverzeichnis	335
-----------------------------------	-----

Sachwortregister	355
-------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung	25
§ 1 Problemstellung	25
§ 2 Gang der Untersuchung	28

2. Kapitel

Begriffsbestimmung und Allgemeines zu der Behandlungspflicht und dem Kontrahierungszwang 30

§ 1 Begriffsbestimmung	30
I. Behandlungspflicht	31
II. Kontrahierungszwang	32
III. Unterschiede	33
1. Unterscheidung anhand des rechtlichen Anknüpfungspunktes	33
2. Unterscheidung anhand des betroffenen Rechtsgebietes	34
3. Kontrahierungszwang als ein Aliud gegenüber der Behandlungspflicht	35
§ 2 Zweck und Vorteil des Kontrahierungszwangs	35
I. Ansätze von Medicus	36
II. Eigener Ansatz	36
III. Vorteile des Kontrahierungszwangs gegenüber der Behandlungspflicht	38
1. Vorteile aufseiten des Patienten	39
2. Vorteil aufseiten des Arztes	43
§ 3 Ausformungen des Kontrahierungszwangs	45
I. Echter Kontrahierungszwang	46
1. Spezieller Kontrahierungszwang	46
a) Betreiber von Energieversorgungsnetzen	47
b) Personenbeförderung	47
c) Private Krankenversicherung	47
d) Notare und Rechtsanwälte	48

2. Allgemeiner Kontrahierungszwang	48
a) Dogmatische Begründung	49
aa) Ansatz von Nipperdey sowie BGH, NJW 1990, 761 ff.	49
bb) Ansätze von Raiser und Wolf	50
cc) Ansätze von Hackl und Neuner	50
dd) Ansatz von Busche	51
ee) Ansätze von Larenz und Grunewald	51
ff) Stellungnahme	52
b) Tatbestandliche Voraussetzungen	58
aa) Sachlicher Anwendungsbereich	58
bb) Persönlicher Anwendungsbereich	58
c) Normative Beschränkung	60
aa) Leistungsfähigkeit	60
bb) Leistungszumutbarkeit	61
II. Unechter Kontrahierungszwang	61
III. Rechtsgeschäftlicher Kontrahierungszwang	61
IV. Zwischenergebnis	62
§ 4 Rechtsfolgen des Kontrahierungszwangs	62
I. Anspruchsinhalt im weiteren Sinne	62
1. Anspruch auf Leistung des Anbieters	62
2. Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung	63
3. Stellungnahme	63
II. Anspruchsinhalt im engeren Sinne	64
1. Gestaltungsmöglichkeit?	64
a) Uneingeschränkte Gestaltungsmöglichkeit	64
b) Eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeit	65
2. Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Anbieters analog §§ 315 Abs. 1, 3, 316 BGB	65
III. Verfahrensrechtliches	67
1. Klage auf Abgabe der Willenserklärung und/oder Leistung?	68
a) Rechtsprechung und Teile der Lehre	68
b) Kritik	68
c) Zwischenergebnis	70
2. Modalitäten des Klageantrags	71
a) Einmalige Leistung	71
b) Mehrmalige Leistung	72
IV. Möglichkeiten der Loslösung vom Vertrag	73
1. Loslösungsvarianten	73
a) Aufhebungsvertrag gem. § 311 Abs. 1 BGB	74
b) Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB	74

c) Anspruch auf Vertragsaufhebung gem. § 249 Abs. 1 BGB	74
d) Rücktritt gem. 346 Abs. 1 BGB	75
e) Kündigung	75
f) Rechtsvernichtender Widerruf	76
2. Einschränkung der Loslösungsmöglichkeit aufgrund des Kontrahierungszwangs?	76
3. Fazit	78
§ 5 Abgrenzung zu anderen Bindungszwängen	79
I. Vertraglich willentlich begründeter Zwang	79
II. Vertragsübernahme kraft Gesetzes	79
III. Vertragsschluss kraft Gesetzes	80
IV. Sittlich bzw. moralische Beweggründe	81
V. Wirtschaftliche Beweggründe	81
VI. Ausübung eines einseitigen gesetzlichen Gestaltungsrechts	82
VII. Diktierter Vertrag	82

3. Kapitel

Schutz des Patienten im Rahmen des Arzt-Patienten-Verhältnisses 83

§ 1 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten	83
I. Entstehungsgeschichte	83
II. Kodifizierung von Richterrecht	85
III. Zielsetzung der Gesetzgebung	86
IV. Wesentliche Änderungen	87
1. Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs	87
a) Behandlungsvertrag	88
b) Informations- und Aufklärungspflichten	89
c) Dokumentation und Einsichtnahme	91
d) Beweislast	93
2. Änderungen des fünften Sozialgesetzbuchs	95
a) Unterstützungspflicht der Krankenkassen bei Behandlungsfehlern eines Arztes	95
b) Recht des Patienten auf zügige Entscheidung der Krankenkassen	97
c) Weitere Änderungen	98
3. Änderung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes	99
V. Fazit	99

§ 2 Strafrechtlicher Schutz	102
I. Unterlassene Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB	103
1. Normzweck und Deliktsnatur	103
2. Tatbestandliche Voraussetzungen	104
a) Unglücksfall	104
aa) Allgemeines	104
bb) Merkmal: „Plötzlichkeit“	105
cc) Sonderfall: Suizidversuch	105
(1) Rechtsprechung	106
(2) Teile der Lehre	106
(a) Kritik von Ranft	107
(b) Kritik von Schmitt	107
(c) Kritik von Eser	107
(d) Kritik von Bottke	108
(e) Kritik von Pawlik	109
(f) Kritik von Duttge	109
(3) Stellungnahme	110
dd) Bewertungsperspektive	111
ee) Maßgeblicher Zeitpunkt	112
b) Erforderlichkeit	112
c) Zumutbarkeit	113
d) Subjektiver Tatbestand und Irrtümer	114
3. Täterschaft und Teilnahme	116
II. Unechte Unterlassungsdelikte gem. § 13 Abs. 1 StGB	116
1. Normzweck und Deliktsnatur	116
2. Tatbestandliche Voraussetzungen	117
a) Abgrenzung Tun und Unterlassen	117
b) Physisch-reale Möglichkeit der Erfolgsverhinderung	119
c) Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens	120
d) Quasikausalität	120
e) Objektive Zurechnung	121
f) Garantenstellung	122
aa) Verfassungsrechtliche Kritik	122
bb) Theorien zur Begründung einer Garantenpflicht	124
(1) Theorie der Rechtspflichtwidrigkeit	124
(2) Funktionenlehre	124
(3) Materiell-formelle Garantenlehre als vermittelnder Ansatz	125
(4) Gefahrschaffungslehre	126
(5) Vertrauenslehre	126
(6) Schönemanns Herrschaftslehre	127

cc) Garantenpflicht des Arztes	128
(1) Durch Vertragsschluss	129
(2) Durch Ingerenz	130
(3) Durch Niederlassung	131
(a) Öffentlich-rechtliche Beziehung zur Allgemeinheit	131
(b) Monopolstellung des Arztes	133
(c) Monopolähnliche Stellung des Arztes	136
(4) Durch Krankenhaus- oder Klinikaufenthalt	136
(a) Hoher Öffentlichkeitsbezug	137
(b) Gefährlichkeitspotential	138
(c) Bewusstlosigkeit des Notfallpatienten	138
(d) Landesgesetzliche Pflicht zur Aufnahme von Patienten	139
(e) Bereits aufgenommene Patienten	140
(5) Ärztlicher Ratschlag	141
(a) Nach dem BGH	141
(b) Stimmen in der Literatur	141
(c) Herrschaft über die partielle Hilflosigkeit	141
(6) Beendigung der Garantenstellung	142
g) Entsprechensklausel gem. § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB	142
h) Subjektiver Tatbestand und Irrtümer	143
3. Täterschaft und Teilnahme	144
III. Fahrlässige Körperverletzung bzw. Tötung gem. §§ 229, 222 StGB	144
1. Tatbestandsmäßigkeit	145
a) Erfolg	145
b) Kausalität	145
c) Sorgfaltspflichtverletzung	146
d) Objektive Zurechnung des Erfolgs	148
2. Rechtswidrigkeit	149
3. Schuld	149
a) Allgemeine Schuldtauschließungsgründe und Verbotsirrtum	149
b) Keine besondere Fahrlässigkeitsschuld	150
IV. Fazit	150
§ 3 Sozialrechtlicher Schutz durch das Krankenversicherungsrecht	151
I. Allgemeines zur gesetzlichen Krankenversicherung	153
II. Historische Entwicklung	153
1. Krankenversicherungsgesetz (KVG)	153
2. Reichsversicherungsverordnung (RVO)	156
3. Verfassungsgebot in Art. 161 WRV	156
4. Notverordnung sowie Schaffung der Kassenärztlichen Vereinigungen	157

5. Änderungen während des Dritten Reichs	158
6. Änderungen in der Nachkriegszeit	159
7. Kostendämpfungsgesetze	159
8. Gesundheits-Reformgesetz (GRG)	160
9. Gesundheitsstrukturgesetz (GSG)	161
10. Beitragsentlastungsgesetz (BeitrEntlG)	162
11. Neuordnungsgesetze	162
12. Gesetz zur Stärkung der Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-SolG)	163
13. GKV-Gesundheitsreformgesetz (GKV-GRG)	163
14. Beitragssatzsicherungsgesetz (BSSichG)	164
15. Gesundheitsmodernisierungsgesetz (GMG)	164
16. Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstruktur der gesetzlichen Krankenversicherungen (GKV-OrgWG)	167
17. Arzneimittelneuordnungsgesetz (AMNOG)	168
18. GKV-Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG)	168
19. Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG)	168
III. Zweck der gesetzlichen Krankenversicherung	170
IV. Versicherter Personenkreis	170
1. Versicherungspflicht	171
2. Versicherungsfreiheit	173
a) Versicherungsfreiheit kraft Gesetzes	174
b) Versicherungsfreiheit kraft Befreiung	176
V. Leistungen	176
1. Allgemeines	177
2. Leistung zur Behandlung einer Krankheit	178
a) Anspruch auf Krankenbehandlung gem. §§ 27–43c SGB V	178
b) Anspruch auf Krankengeld gem. §§ 44–51 SGB V	179
VI. Vertragsarztrecht	180
VII. Fazit	182
§ 4 Zivilrechtlicher Schutz	184
I. Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag	184
1. Regelungszweck der §§ 677 ff. BGB	185
2. Voraussetzungen	185
a) Geschäftsführung	185
b) Fremdheit des Geschäfts	186
c) Fremdgeschäftsführungswillen	186
d) Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung	188
e) Berechtigte und unberechtigte GoA	189
3. Arztypische Sachverhalte	191

- II. Vor- oder nachvertragliche Verpflichtung des Arztes 192
 - 1. Vorvertragliche Verpflichtung 193
 - a) Vertragsverhandlungen gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB 193
 - b) Anbahnung eines Vertrags gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB 195
 - c) Ähnliche geschäftliche Kontakte gem. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB 195
 - d) Vorvertragliche Bindung aufgrund vertraglicher Abrede 196
 - 2. Nachvertragliche Verpflichtung 196
 - 3. Schutzzumfang gem. § 241 Abs. 2 BGB 199
 - a) Bei vorvertraglicher Verpflichtung 199
 - b) Bei nachvertraglicher Verpflichtung 201
- III. Vertragliche Haftung des Arztes 202
- IV. Deliktische Haftung des Arztes 203
 - 1. Verhältnis zur vertraglichen Haftung 204
 - a) Ähnlichkeiten 204
 - b) Unterschiede 205
 - c) Konkurrenz 206
 - 2. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB 206
 - a) Verletzungshandlung des Arztes 206
 - b) Rechts(guts)verletzung des Patienten 207
 - aa) Körper und Gesundheit 207
 - bb) Leben 208
 - cc) Sonstiges Recht 208
 - c) Haftungsbegründende Kausalität 208
 - d) Rechtswidrigkeit 209
 - e) Verschulden des Arztes 209
 - f) Vorliegen eines Schadens aufseiten des Patienten 210
 - g) Haftungsausfüllende Kausalität 210
 - h) Ersatzfähigkeit des Schadens 210
 - 3. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V.m. Schutzgesetz 211
 - 4. Haftung nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB 212
 - 5. Haftung nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB 212
 - 6. Haftung nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V.m. Art. 34 GG 213
- § 5 Fazit 214

4. Kapitel

- Bestehen eines Kontrahierungszwangs im Arzt-Patienten-Verhältnis** 218
- § 1 Einleitung 218

§ 2 Aus einer bestehenden Behandlungspflicht resultierender spezieller Kontrahierungszwang	218
I. Bestehen von Behandlungspflichten des Arztes	219
1. Nothilfepflicht gem. § 323c Abs. 1 StGB	219
2. Verwirklichung eines unechten Unterlassensdelikts gem. § 13 Abs. 1 StGB	220
3. Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677 ff. BGB	220
4. Vorvertragliche Verpflichtung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB	221
5. Berufsethos gem. § 1 Abs. 1 BÄO und § 1 Abs. 1 S. 1 MBOÄ	222
6. Ärztlicher Behandlungsgrundsatz gem. § 1 Abs. 2 MBOÄ bzw. § 7 Abs. 2 S. 2 MBOÄ	223
7. Ärztliche Approbation gem. § 2a BÄO bzw. § 3 BÄO i. V. m. ÄApprO	225
8. Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung gem. § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V	225
a) Meinungsstand	226
aa) Ansicht des BSG	226
bb) Ansicht von Krieger	226
cc) Ansicht von Schiller und Steinhilper	228
dd) Ansicht von Wimmer	228
ee) Ansicht von Killinger	229
ff) Ansicht von Muschallik	230
b) Stellungnahme	231
9. Aufnahmepflicht eines Krankenhauses nach § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V und den landesgesetzlichen Vorschriften	232
10. Behandlungspflicht gem. § 13 Abs. 7 S. 3 BMV-Ärzte	233
11. Notfall i. S. d. § 7 Abs. 2 S. 2 MBOÄ	233
12. Rettungsdienst nach landesrechtlichen Vorschriften	234
13. Beseitigung einer Diskriminierung gem. § 21 Abs. 1 S. 1 AGG	235
14. Beseitigung einer Diskriminierung gem. § 33c S. 1 SGB I	237
15. Zwangsbehandlung im Strafvollzug, insb. gem. § 101 StVollzG	237
16. Fazit	238
II. Umfang der Behandlungspflicht gem. § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V sowie Ablehnungsmöglichkeit des Vertragsarztes gem. § 13 Abs. 7 S. 3 BMV-Ä	239
1. Merkmal „begründete Fälle“	240
a) Konkretisierung durch das BSG	240
b) Konkretisierung durch Teile der Lehre	240
aa) Ansätze von Narr	240
bb) Ansätze von Rieger	241
cc) Stellungnahme	241
c) Mangelnde Bestimmtheit analog Art. 20 Abs. 3 GG	244
aa) Grundlegendes zu dem Bestimmtheitsgebot	244

bb) Möglichkeit der analogen Anwendung	246
cc) Unbestimmtheit im konkreten Fall	248
dd) Zwischenergebnis	250
2. Tauglichkeit des Kriteriums „Störung des Vertrauensverhältnis“ im Hinblick auf Missbrauchsanfälligkeiten	250
a) Grundlage der Argumentation des BSG	250
aa) Vertrauensstellung im Rahmen des Arzt-Patienten-Verhältnis	251
bb) Gleichstellung von Arzt und Patient?	253
cc) Missbrauchsgefahr durch die Ärzte	255
dd) Zulässige Beeinträchtigung oder unzulässige Störung des Vertrauensverhältnisses?	256
ee) Abstellen auf eine Person?	257
b) Zwischenergebnis	258
3. Fazit	259
III. Vorliegen eines speziellen Kontrahierungszwangs des einzelnen Arztes aufgrund einer bestehenden unmittelbaren Behandlungspflicht	259
1. Aufgrund des Bestehens der Nothilfepflicht gem. § 323c Abs. 1 StGB	260
a) Ausgangspunkt: OLG München, MedR 2006, 478	260
aa) Sachverhalt	260
bb) Entscheidung	261
cc) Schlussfolgerung	261
b) Umkehrschluss aus § 200 StGB-Preußen	263
c) Zwischenergebnis	264
2. Aufgrund der Verwirklichung eines unechten Unterlassensdelikts gem. § 13 Abs. 1 StGB	264
3. Aufgrund einer vorvertraglichen Verpflichtung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB	265
4. Aufgrund der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung gem. § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V	266
a) Krankenversicherungsrechtliches Viereck	266
b) Abstraktes Bestehen eines Kontrahierungszwangs innerhalb der Vierecksbeziehung	267
c) Konkretes Bestehen eines Kontrahierungszwangs des Vertragsarztes gegenüber dem Kassenpatienten?	268
aa) Begrenzter bzw. partieller Kontrahierungszwang	268
bb) Kein Kontrahierungszwang des Vertragsarztes gegenüber dem Kassenpatienten	269
cc) Zwischenergebnis	270
5. Aufgrund Diskriminierung des Patienten analog § 21 AGG	271
a) Kontrahierungszwang trotz Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung im AGG?	271

b) Dogmatische Anknüpfung des Kontrahierungszwangs im Rahmen des AGG	275
aa) Bislang vertretene Ansätze	275
bb) Kritik	276
c) Lückenschließung über die analoge Anwendung des § 21 AGG? ..	278
(1) Planwidrige Regelungslücke	278
(2) Vergleichbare Interessenlage	279
(3) Zwischenergebnis	280
c) Diskriminierung aufgrund eines sog. „Aufnahmestopps“	280
aa) Grundlegendes zum sog. „Aufnahmestopp“	280
bb) Benachteiligung gem. § 3 AGG wegen „Alters“	281
cc) Beweislast	283
(1) Beweislastumkehr gem. § 22 AGG	283
(2) Auskunftsanspruch des abgelehnten Patienten?	284
(3) Durchführung eines sog. Testing-Verfahrens	284
d) Zwischenergebnis	285
6. Fazit	285
§ 3 Bestehen eines allgemeinen Kontrahierungszwangs	286
I. Sachlicher Anwendungsbereich	286
II. Persönliche Anwendungsbereich	286
1. Eigene Willenserklärung	287
2. Dringendes Bedürfnis	287
3. Objektives Interesse an dem konkreten Vertragsschluss	289
III. Normative Beschränkung	291
1. Leistungsfähigkeit des Arztes	292
2. Leistungszumutbarkeit des Arztes	293
IV. Zwischenergebnis	294
§ 4 Fazit	295

5. Kapitel

Notwendigkeit eines speziellen Kontrahierungszwangs im Arzt-Patienten-Verhältnis

297

§ 1 Vorliegen einer Schutzlücke	297
I. Schutzniveau des potentiellen Patienten lückenhaft: Behandlungspflicht alleine nicht ausreichend	298
1. Bisheriges Schutzniveau im Überblick	298
2. Unterscheidung von Patienten und potentiellen Patienten	299
3. Anwendungsfälle des potentiellen Patienten	300

4. Zwischenergebnis	301
II. Allgemeiner Kontrahierungszwang und seine Schwächen	301
1. Geringere Effektivität der Rechtsfortbildung gegenüber der Gesetzesauslegung	301
2. Verstoß gegen die Wesentlichkeitstheorie	304
III. Schlussfolgerung	305
§ 2 Schließung der Schutzlücke	306
I. Regelungsalternativen	306
1. Ärztliches Berufsrecht	307
a) Regelungsansätze	307
aa) Weite Ergänzung durch § 7 Abs. 2 S. 3 MBOÄ n.F.	309
bb) Enge Ergänzung durch § 7 Abs. 2 S. 3 MBOÄ n.F. und § 7a MBOÄ n.F.	309
b) Kritik	310
aa) Hinsichtlich der weiten Ergänzung	310
bb) Hinsichtlich der engen Ergänzung	311
c) Zwischenergebnis	313
2. Krankenversicherungsrecht	314
a) Regelungsansatz	314
b) Kritik	315
aa) Parallel- oder Verweisungsvorschrift in dem VVG	315
bb) Analoge Anwendung des § 95e SGB V n.F. auf den Nicht-Vertragsarzt	316
cc) Zwischenergebnis	317
3. Behandlungsvertragsrecht	318
a) Regelungsansatz	318
b) Kritik	318
4. Zwischenergebnis	319
II. Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte	319
1. Eingriff in die Grundrechte des Arztes	319
a) Gewährleistung der Vertragsfreiheit bzw. Privatautonomie als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG	319
b) Gewährleistung der Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG ...	321
c) Die allgemeine Handlungsfreiheit als maßgebliches Grundrecht hinsichtlich des Kontrahierungszwangs	322
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	323
a) Einschränkungsmöglichkeit	323
b) Verfassungsrechtliche Konkretisierung der Einschränkungsmöglichkeit	324
aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit	324

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit	324
(1) Legitimer Zweck	324
(2) Geeignetheit	325
(3) Erforderlichkeit	325
(4) Angemessenheit	325
(a) Abstrakte Wertigkeit der widerstreitenden Grundrechtsposi- tionen	326
(b) Konkrete Wertigkeit der widerstreitenden Grundrechtsposi- tionen	326
(aa) Abwägung: Gesundheit und Leben vs. Vertragsfreiheit bzw. Privatautonomie	326
(bb) Mögliche Pflichten aufseiten des Patienten schaden nicht	327
(cc) Kein genereller Kontrahierungszwang im Arzt-Patienten- Verhältnis durch § 630i Abs. 1 BGB n.F.	328
(dd) Verweigerungsrecht des an sich verpflichteten Arztes nach § 630i Abs. 2 BGB n.F.	328
(5) Zwischenergebnis	329
cc) Zwischenergebnis	329
c) Zwischenergebnis	329
3. Zwischenergebnis	329
III. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen	329

6. Kapitel

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Ausblick	330
Literaturverzeichnis	335
Sachwortregister	355

1. Kapitel

Einleitung

§ 1 Problemstellung

Wie das BVerfG richtigerweise ausgeführt hat, ist das Arzt-Patienten-Verhältnis „weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung“.¹ Es geht dabei selbstverständlich auch um schlichtes Vertragsrecht, wobei gerade viele andere Faktoren mit dieser Vertragsbeziehung in einer engen, kaum zu trennenden Symbiose stehen. Insbesondere geht es auch um sittliche Maßstäbe², die vielfach nicht gesetzlich geregelt oder aus irgendwelchen Vorschriften herauszulesen sind. Weitere Faktoren wie „Fürsorge, Vertrauen, Verständnis [und sogar] Liebe“ werden in diesem Zusammenhang genannt, woraus deutlich wird, dass eine Einordnung dieser vorstehenden Faktoren in juristische Strukturen schwer bis kaum möglich ist.³ Jenseits dieser ganzen Elemente, die im Arzt-Patienten-Verhältnis (vermeintlich) Relevanz haben, ist allerdings das Bestreben des Arztes zur *Hilfeleistung* von entscheidender Bedeutung⁴, was bereits die Nothilfepflicht aus § 323c Abs. 1 StGB zeigt, die auch und gerade für Ärzte gilt. Abseits der strafrechtlich relevanten Frage, ob und wann ein Arzt eingreifen muss, stellt sich weiterhin die, durchaus vom Strafrecht loszulösende, abstrakte Folgefrage, ob es insgesamt aus der Sicht der Ärzteschaft – bei der Bestrebung zu Helfen – Grenzen gibt? Wie genau sehen solche Grenzen aus, soweit es diese überhaupt gibt? Klar ist bereits auf den ersten Blick, dass es keine Hilfe um jeden Preis geben kann und muss. Klar ist natürlich auch, dass es maßgeblich auf den Einzelfall ankommt und nicht pauschal festgestellt werden kann, dass *dieser* konkrete Arzt *immer und in jedem Fall* helfen muss. In diesem Zusammenhang wird aber auch deutlich, dass es sein kann, dass ein Mensch (dringend) Hilfe benötigt, aber diese Hilfe nicht oder nicht adäquat von dem konkreten Arzt bzw. den Ärzten insgesamt bekommt.

Geht man von dem lebensnahen Fall aus, dass Jemand eine fühlbare Sehbeeinträchtigung auf einem Auge hat. Der Besuch bei dem *ersten* behandelnden Facharzt für Augenheilkunde beinhaltet insbesondere das Erstellen topografischer Bilder des Auges, um zu erkennen, ob und inwieweit eine Hornhautverkrümmung vorliegt. Die

¹ BVerfGE 52, 131, 169 f.

² Dazu *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht.

³ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 5 m. w. N.

⁴ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 5 f. m. w. N.

aus den Untersuchungen resultierende topografischen Bilder weisen auf eine eher unübliche und seltene Hornhautverkrümmung hin, die der zunächst aufgesuchte Arzt – mangels fachlicher Kenntnis – nicht entsprechend behandeln kann. Es ist somit nötig, zu einem weiteren (Fach-)Arzt zu gehen, der sich ggf. mit dieser Art der Augenerkrankung (besser) auskennt. Der *zweite* (Fach-)Arzt ist aufgrund seines fachlichen Wissens in der Lage eine Augenerkrankung namens Keratokonus⁵ zumindest zu erkennen. Die Besonderheit dieser Erkrankung ist, dass der Zustand der (kegelförmigen) Hornhautverkrümmung – die von dem Astigmatismus zu unterscheiden ist – weiter voranschreitet, was zwingend „aufgehalten“ werden muss. Das „Einfrieren“ dieses bereits bestehenden Zustands der Hornhaut wird von dem zweiten behandelnden Arzt mittels sog. „Cross-Linking“⁶ durchgeführt, was bei dem Patienten allerdings zu keiner Sehbesserung führt. Der zweite behandelnde Arzt hat trotz der fachlichen Kenntnis, den Keratokonus sofort zu diagnostizieren, keine adäquate Möglichkeit, eine Sehbesserung aufseiten des Patienten herbeizuführen, sodass der Patient weiter nach einem geeigneten Arzt suchen muss, der ihn behandelt. Nunmehr macht er einen Termin zur Behandlung bei dem *dritten* Arzt, der zwar eine Möglichkeit der Behandlung aufzeigt, welche allerdings für den konkreten Fall nicht geeignet ist, da eine Sehbesserung aufgrund der besonderen Hornhautverwölbung sehr fraglich ist und gleichsam nicht unerhebliche Risiken durch den Eingriff resultieren können. Nunmehr gibt es im Bundesgebiet lediglich einen verbleibenden Arzt, der in der Lage ist, die bei dem Patienten vorliegende Krankheit mit einer speziellen Methode adäquat zu behandeln. Der Patient macht also letztlich ein Termin bei dem *vierten* Arzt, um (endlich) eine Sehbesserung zu erreichen. Die dort angewendete, schonendere und gleichsam erfolgversprechendere Methodik ist deshalb ausschließlich bei diesem Arzt möglich, da dieser dieses Verfahren entwickelt hat und somit (noch) der einzige Arzt ist, der diese Behandlungsalternative als Leistung anbietet. Die Möglichkeit, eines besseren Sehens, liegt somit buchstäblich „in den Händen“ des vierten Arztes.

Dieser lebensnahe Sachverhalt macht deutlich, dass es durchaus angezeigt ist, insbesondere die Frage aufzuwerfen, ob der (vierte) Arzt einer Behandlungspflicht unterliegt. Könnte dieser – für den Patienten – unbefriedigende Zustand möglicherweise mittels eines Kontrahierungszwangs überwunden werden? Bei den juristischen Überlegungen wird einem jedoch klar, dass es dort ggf. auf die Schwere der Erkrankung ankommen könnte: Kommt der Patient auch mit dieser Erkrankung gut durchs Leben oder ist eine Behandlung für ihn von essentieller Bedeutung? Geht es – plakativ gesprochen – um *Leben und Tod*?

⁵ Hierunter ist „eine Augenerkrankung der Hornhaut [zu verstehen], bei welcher die mechanische Festigkeit des Gewebes krankhaft herabgesetzt ist, siehe *Hafezi*, Was ist Keratokonus?, abrufbar unter: <https://www.elza-institute.com/de-ch/keratokonus/was-ist-keratokonus/>.

⁶ Hierbei wird Riboflavin (Vitamin B2) auf das Auge gegeben, währenddessen dieses gleichsam mit UV-A bestrahlt wird, was insbesondere zur Folge hat, dass die Hornhaut versteift, vgl. *Hafezi*, Cross-Linking der Hornhaut (CXL), abrufbar unter: <https://www.elza-institute.com/de-ch/cross-linking/cross-linking-hornhaut-cxl-keratokonus-stoppen/>.

Wie steht es eigentlich um den *hypokratischen Eid*, den Ärzte regelmäßig schwören? Sie unterliegen ja schließlich auch einem *Berufsethos*, der besagt, dass der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes dient (vgl. § 1 Abs. 1 BÄO und § 1 Abs. 1 S. 1 MBOÄ). Kann hier nicht auch über eine *unterlassene Hilfeleistung* über § 323c Abs. 1 StGB aufgrund des Bestehens eines „Unglücksfalles“ nachgedacht werden? Wie sieht es eigentlich aus mit der *Garantenstellung* i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB des Arztes gegenüber dem behandlungswilligen Patienten? Spielt es nicht auch eine maßgebliche Rolle, ob der konkrete Arzt ein sog. *Vertragsarzt* ist und folglich über die sozialversicherungsrechtlichen Grundsätze möglicherweise einer Behandlungspflicht unterliegt?

Der vorliegende Fall schildert den Umstand, dass ein Ausweichen auf einen anderen Arzt keine Option ist, da es in concreto schlichtweg keinen anderen Arzt gab, der eine adäquate Behandlung durchführen konnte. Wieder den dramatischen Fall gesponnen: Angenommen es geht um eine lebensbedrohliche Erkrankung und nur ein einziger Arzt ist in der Lage eine entsprechende Behandlung durchzuführen. Unterliegt dieser nicht *besonderen Pflichten* gegenüber dem jeweiligen Patienten? Wie kann der konkrete Patient im Einzelfall hinreichend geschützt werden? Vielleicht ist er bereits ausreichend geschützt?

Gerade auch mit Blick darauf, dass die Medizin – glücklicherweise – immer fortschrittlicher wird, entsteht eine Situation, die für die Patientenschaft auch Nachteile nach sich zieht: Vorteilhaft für die Patientenschaft ist unzweifelhaft, dass bezüglich der *Tiefe* des fachlichen Spektrums, eine Verbesserung gegeben ist. Hiermit ist gemeint, dass ein Arzt, der innerhalb eines Facharztbereichs wiederum in einem Teilgebiet spezialisiert ist, mehr Krankheiten erkennen kann, die auf dieses Teilgebiet zugeschnitten sind.⁷ Zudem werden spezifische Erkrankungen auch regelmäßig von diesen besonders spezialisierten (Fach-)Ärzten, aufgrund der fachlichen Spezialisierung, schneller erkannt und können folglich auch besser behandelt werden. Nachteilhaft ist jedoch demgegenüber, dass das fachliche Spektrum der einzelnen hochspezialisierten Ärzte bezüglich der *Breite* – aufgrund der fachlichen Zuspitzung – denotwendig begrenzt wird. So hat früher ein „normaler“ Facharzt für Augenheilkunde alle (damals!) in Betracht kommenden Augenerkrankungen behandelt, wobei es heute innerhalb des Facharztbereiches für Augenheilkunde wiederum „Spezialisierungsnischen“ gibt, die für die Ärzteschaft – auch aus finanziellen Erwägungen – interessant sein können. So spezialisieren sich einige Augenärzte bspw. auf Hornhauterkrankungen; andere wiederum auf grauen/grünen Star oder auf Netzhauterkrankungen. Die fachliche Expertise in den jeweiligen Facharztbereichen wird bei der Bewegung (weg von dem „nur“ Facharzt hin zu den „Spezialisierungsnischen“) selbstverständlich höher, welche unmittelbar eine bes-

⁷ So erkennt bspw. ein Facharzt für Augenheilkunde, der auf dem Teilgebiet der Hornhauterkrankungen spezialisiert ist, die Erkrankung „Keratokonius“ (schneller). Demgegenüber liegt es nicht außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit, dass ein *breit* aufgestellter Facharzt für Augenheilkunde diese Erkrankung nicht (richtig) diagnostiziert und fälschlicherweise – aufgrund der topografischen Bilder – ein („normaler“) Astigmatismus angenommen wird.