

Handbuch des Arztrechts

Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Kern, und Prof. Dr. Martin Rehborn, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht, Bearbeitet von Prof. Dr. Thomas Clemens, Richter am Bundessozialgericht a.D., Prof. Dr. Adrian Schmidt-Recla, Dr. Julia Spindler, LL.M.Eur., Rechtsanwältin, Dr. Gernot Steinhilper, Rechtsanwalt, Dr. Frank Stollmann, Leitender Ministerialrat, Prof. Dr. Dr. Klaus Ulsenheimer, Rechtsanwalt, Dr. Britta Wiegand, Richterin am Landessozialgericht, und Anna Wollschläger, LL.M., Rechtsanwältin, Unter Mitarbeit von Claudia Holzner, LL.M., Fachanwältin für Medizinrecht

5. Auflage 2019. Buch. LXXVIII, 2274 S. Mit Rechtsprechungsübersicht in Leitsätzen zum Download.
Hardcover (In Leinen)
ISBN 978 3 406 65614 9
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Medizinrecht, Gesundheitsrecht > Arztrecht, Patientenrecht, Arzthaftungsrecht, Behandlungsvertrag](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'o' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

IV. Rücknahme und Widerruf der Approbation

Die **Approbation** ist ihrer **Rechtsnatur** nach ein **begünstigender Verwaltungsakt mit Dauerwirkung** im Sinne von § 35 S 1 LVwVfG. Im Speziellen ist sie ein unteilbarer und nicht einschränkbarer Verwaltungsakt, der zur uneingeschränkten Ausübung des ärztlichen Berufes berechtigt;¹⁴¹ eine **Teiltrücknahme** oder ein **Teilwiderruf** kommen daher notwendig nicht in Betracht. Unter einer **Rücknahme** ist die Aufhebung eines Verwaltungsaktes zu verstehen, der bereits zum Zeitpunkt seines Erlasses **nicht hätte ergehen dürfen**, da die unabdingbaren Voraussetzungen für den Erlass zu diesem Zeitpunkt nicht vorlagen. Der Widerruf erfolgt demgegenüber in Fällen, in denen zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes alle entsprechenden Voraussetzungen vorlagen, diese aber **durch einen nachträglich eingetretenen Umstand entfallen** sind und nunmehr der Approbationsfortdauer entgegenstehen. Unterschieden wird insoweit zwischen der rechtswidrig erteilten Approbation und dem nachträglichen Wegfall der Erteilungsvoraussetzungen für selbige. Dementsprechend wirkt die **Rücknahme** auf den Zeitpunkt des Erlasses zurück und beseitigt die Approbation **ex tunc** mit der Folge, dass der Adressat des Verwaltungsakts nie Arzt im Sinne der Bundesärzteordnung gewesen ist, während der **Widerruf** die mit der Approbation erlangte Rechtsstellung erst ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Widerrufsverwaltungsaktes, und damit für die Zukunft, also **ex nunc**, entfallen lässt. Für die verwaltungsrechtliche Entziehungsentscheidung ist jeweils auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens abzustellen.¹⁴² Der Rücknahme der Approbation kann, anders als dem Widerruf, ein **Strafverfahren wegen Missbrauchs von Berufsbezeichnungen gemäß § 132a Abs 1 Nr 2 StGB** nachfolgen, weil die Bezeichnung „Arzt“ tatsächlich nie hätte geführt werden dürfen. Ein solcher kann jedoch am Nachweis des Vorsatzes scheitern, sofern der Betroffene bis zum Zeitpunkt der Rücknahmebescheides keine Kenntnis über die Unrechtmäßigkeit des Führens seiner Berufsbezeichnung als „Arzt“ besaß, weshalb er sich dahingehend in einem vorsatzausschließenden Tatumstandsirrtum nach § 16 Abs 1 S 1 StGB befindet. Problematisch erscheint zudem, ob ein solches Strafverfahren mit dem **Simultanitätsgrundsatz** zu vereinbaren ist; denn auch wenn die Rücknahme der Approbation die mit ihr verbundene Rechtsstellung mit rückwirkender Kraft aufhebt, lag diese doch faktisch zum Tatzeitpunkt vor. Dieses Problem löst die Rechtsprechung damit, dass sie beim Merkmal „unbefugt“ nicht auf die formelle Befugnis, sondern auf die Voraussetzungen für die Befugnis abstellt.¹⁴³

§ 5 BÄO geht den allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu Rücknahme und Widerruf nach §§ 48, 49 LVwVfG im Wege der Spezialität vor und enthält jeweils abschließende Regelungen zur obligatorischen sowie zur fakultativen Entziehung der Approbation.¹⁴⁴ Demgemäß greifen auch die in §§ 48 Abs 4, 49 Abs 2 S 2 LVwVfG enthaltenen Fristbestimmungen für Rücknahme und Widerruf nicht, weshalb das Widerrufs- oder Rücknahmeverfahren unbefristet eingeleitet werden kann.¹⁴⁵ Soweit es an speziellen Regelungen fehlt, finden die allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren jedoch Anwendung. Das gilt insbesondere für die Notwendigkeit der Anhörung, § 28 LVwVfG. Weiterhin kann die Behörde nach § 52 LVwVfG die Rückgabe der Approbationsurkunde verfügen.

¹⁴¹ BVerfG GesR 2011, 241, 244.

¹⁴² BVerwG NJW 1998, 2756; BVerwG NJW 1999, 3425; OVG Bremen NJW 2003, 1887 = MedR 2003, 118.

¹⁴³ BGH NJW 1994, 808 m. krit. Anm. Zimmerling NStZ 94, 238; da es sich bei § 132a StGB um eine Blankettnorm handelt, ist das Strafgericht an den erteilten Verwaltungsakt gebunden, sodass sich der Arzt, dessen Approbation seitens der Verwaltungsbehörden noch nicht zurückgenommen wurde, nicht nach § 132a StGB strafbar machen kann, vgl iE auch Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, Strafrecht, 79. Aufl. 2014, § 132a StGB Rn. 19 mwN.

¹⁴⁴ BVerwG NJW 1998, 2756 ff.; BT-Drs. 3/2810, S 2.

¹⁴⁵ BVerwG NJW 1998, 2756

- 31 Die im Folgenden niedergelegten Maßstäbe sind auf bestimmte **andere Heilberufe** (Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, psychologische Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten) übertragbar, mögen die an die Bundesärzteordnung angelehnten Fassungen in § 4 iVm § 2 Zahnheilkundegesetz (ZHG), §§ 6, 7 iVm § 4 Bundes-Tierärzteordnung (BTÄO), §§ 6, 7 iVm. § 4 Bundes-Apothekerordnung und § 3 iVm § 2 Psychotherapeutengesetz (PsychThG) auch variieren.¹⁴⁶ Die zu den vorgenannten Approbationen ergangene Rechtsprechung ist im Folgenden als solche gekennzeichnet.

1. Rücknahme der Approbation, § 5 Abs 1 BÄO

- 32 Die Rücknahme der Approbation ist in § 5 Abs 1 BÄO abschließend geregelt. Unterschieden wird im Rahmen der Rücknahmegründe zwischen denen, die zu einer Rücknahme der Approbation verpflichten, und denen, bei deren Vorliegen die Approbation zurückgenommen werden kann.
- 33 **a) § 5 Abs 1 S 1 BÄO (obligatorische Rücknahme).** Die Approbationsbehörde ist zur Rücknahme der Approbation (zwingend) verpflichtet, wenn die Approbation wegen des Fehlens von gesetzlich für die Erteilung der Approbation vorgeschriebenen Auszubildungsvoraussetzungen nicht hätte erteilt werden dürfen. Es handelt sich um eine **gebundene** – verschuldensunabhängige – **Entscheidung** der Approbationsbehörde. **Beurteilungszeitpunkt** im Verwaltungsverfahren ist die **vormalige Verwaltungsentscheidung zur Approbationserteilung**. Die Norm erfasst damit auch die Fälle, in denen gefälschte Ausbildungsnachweise vorgelegt, Prüfungsleistungen regelwidrig erbracht oder vorgeschriebene Ausbildungsabschnitte nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Weise absolviert wurden.¹⁴⁷ Die Ausbildungsnachweise, die nach der Bundesärzteordnung zur Erteilung der Approbation und bei Defiziten zu deren Rücknahme führen, sind in § 5 Abs 1 S 1 BÄO aufgezählt:
- **nicht abgeschlossenes Medizinstudium** oder **nicht erfolgreich abgelegte ärztliche Prüfung** gemäß § 5 Abs 1 S 1 iVm § 3 Abs 1 S 1 Nr 4 BÄO;
 - nicht abgeschlossenes Medizinstudium an einer Ausbildungsstätte auf dem Gebiet der ehemaligen DDR, auf dessen Grundlage vor der Wiedervereinigung eine Approbation erteilt wurde, § 5 Abs 1 S 1 iVm § 14 Abs 1 S 2 BÄO;
 - nicht abgeschlossenes Medizinstudium an einer Ausbildungsstätte auf dem Gebiet der ehemaligen DDR, das nach der Wiedervereinigung in der Bundesrepublik Deutschland fortgesetzt, aber nicht abgeschlossen wurde, § 5 Abs 1 S 1 iVm § 14a Abs 4 S 1 BÄO;
 - **nicht abgeschlossene Ausbildung** in einem Mitgliedsstaat der EU, EWR oder einem Vertragsstaat, die als gleichwertige Ausbildung in der Bundesrepublik automatisch anzuerkennen wäre, § 5 Abs 1 S 1 iVm § 3 Abs 1 S 2 und S 6 BÄO oder 14b BÄO;
 - nicht abgeschlossene Ausbildung in einem Mitgliedsstaat der EU, EWR (ohne automatische Anerkennung), der Schweiz oder einem Drittstaat, die nicht der ärztlichen Ausbildung in der Bundesrepublik entspricht, deren Ausbildungsstand aber als gleichwertig anzuerkennen ist, § 5 Abs 1 S 1 iVm § 3 Abs 2 oder Abs 3 BÄO.
- 34 Die *obligatorische* Rücknahme wegen der benannten Ausbildungsmängel zeigt die zentrale Bedeutung der ärztlichen Ausbildung, deren erfolgreicher Abschluss der Patientensicherheit dient.¹⁴⁸
- 35 **b) § 5 Abs 1 S 2 bis 4 BÄO (fakultative Rücknahme).** Die Approbationsbehörde kann das ihr in § 5 Abs 1 S 2 bis 4 BÄO eingeräumte **Ermessen** ausüben und die Approbation zurücknehmen, wenn es im Zeitpunkt ihrer Erteilung an notwendigen Voraussetzungen – nicht aber am Abschluss der ärztlichen Ausbildung oder des Medizinstudiums – fehlte, die nach der Systematik vom Gesetzgeber graduell als weniger maßgeblich für die Versagung

¹⁴⁶ So bereits VGH Baden-Württemberg MedR 1983, 36 zum ZHG.

¹⁴⁷ *Haage* in Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper, HK-AKM, 44. Erg.-Lfg. 2012, 160 Rn. 111.

¹⁴⁸ *Schelling* in Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, BÄO § 5 Rn. 7.

der Berufsausübung eingestuft wurden. Maßgeblicher **Beurteilungszeitpunkt** für die Entscheidung über die Rücknahme des Ermessensverwaltungsaktes ist der **Abschluss des Verwaltungsverfahrens**.¹⁴⁹ Bei der Ermessensentscheidung ist aber entsprechend dem Wesen der Rücknahme zunächst auf die Approbationserteilung als Beurteilungszeitpunkt abzustellen. Aufgrund der im Einzelfall erfolgten (Weiter-)Entwicklung der Entscheidungsgrundlage zwischen Erteilung und Rücknahme der Approbation können bei der Ermessensentscheidung jedoch auch neue Erwägungen zu Grunde gelegt werden.¹⁵⁰ Bei der behördlichen Entscheidung ist, insbesondere mit Blick auf Art 12 Abs 1 S 1 GG und der Konzeption der Bundesärzteordnung, welche die Rücknahme neben dem Widerruf als äußerstes Mittel vorsieht, der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die Rücknahme ist im Vergleich zum Widerruf zwar in tatsächlicher Hinsicht, nicht aber rechtlich, gleichermaßen intensiv. Der rechtswidrige Verwaltungsakt bildet keine Vertrauensgrundlage, auf die sich der von der Rücknahme Betroffene berufen könnte; etwas anderes muss in den Fällen gelten, in denen ein Vorwurf nicht verhängt, was namentlich in Fällen von § 5 Abs 1 S 3 oder § 4 BÄO (Var. 2 und 3) denkbar ist.¹⁵¹ Schwere und Ausmaß des Rücknahmegrundes müssen dieses Mittel zu rechtfertigen vermögen.¹⁵² Die Gründe, die zur Eröffnung des behördlichen Ermessens über die Rücknahme der Approbation führen, sind in § 5 Abs 1 S 2 bis § 4 abschließend normiert. Danach kann die Approbation kann zurückgenommen werden, wenn

- der Arzt sich **vor Erteilung der Approbation** so verhalten hat, dass er gemäß § 3 Abs 1 S 1 Nr 2 BÄO als **unwürdig** oder **unzuverlässig** anzusehen ist;
- eine **gesundheitliche Nichteignung** zur Ausübung des ärztlichen Berufes gemäß § 3 Abs 1 S 1 Nr 3 BÄO vorgelegen hat;
- die für die Erteilung der Approbation festgestellte **Gleichwertigkeit** des Ausbildungsstandes oder der alternativ festgestellte gleichwertige Kenntnisstand einer nicht der automatischen Anerkennung unterliegenden, ärztlichen Ausbildung in Mitgliedsstaaten der EU, EWR oder der Schweiz, § 3 Abs 2 BÄO¹⁵³ oder eines Drittstaates, § 3 Abs 3 BÄO¹⁵⁴ im Verhältnis zur ärztlichen Ausbildung gemäß § 3 Abs 1 S 1 Nr 4 BÄO tatsächlich nicht gegeben bzw nachgewiesen worden war;
- entgegen der Annahme bei Approbationserteilung die **nachgewiesene Ausbildung** – in einem Mitgliedsstaat der EU, EWR oder der Schweiz gemäß § 3 Abs 2 BÄO, einem Drittstaat gemäß § 3 Abs 3 BÄO oder gemäß § 14b Abs 2 BÄO in einem Mitgliedsstaat der EU, EWR oder einem Vertragsstaat vor dem in § 3 Abs 1 S 2, S 3 und § 4 BÄO maßgebenden Datum für die automatische Anerkennung – **wesentliche Unterschiede zur in der BÄO und der ÄAppro** geregelten Ausbildung aufwies hat oder die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung des ärztlichen Berufes im Rahmen einer Eignungsprüfung entgegen der Annahme bei Approbationserteilung nicht nachgewiesen worden waren.

Rechtsprechung:

Voraussetzungen verneinend: für die seinerzeit strafbare sog „homosexuelle Unzucht“ eines Zahnarztes in zwei Fällen, BVerwG NJW 1967, 314 ff.; **Voraussetzungen bejahend:** Beihilfe zum Mord in einem Konzentrationslager als Lagerarzt, BVerwG MDR 1969, 505; Nötigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauchs eines Kindes und Körperverletzung durch einen Zahnarzt während der zweijährigen Assistenzzeit, BVerwG Beschl. v. 28.1.2003, Az. 3 B 149/02, BeckRS 2003, 21187; Verurteilung wegen mehrfacher Sexualdelikte an Patientinnen (acht Monate Freiheitsstrafe, ausgesetzt zur Bewährung) unter Zugrundelegung

¹⁴⁹ BVerwG NJW 1998, 2756; BVerwG NJW 1999, 3425; OVG Bremen NJW 2003, 1887 = MedR 2003, 118.

¹⁵⁰ BVerwG MDR 1969, 505; BVerwG NJW 2003, 1887 f.

¹⁵¹ Die Beurteilung der Gleichwertigkeit der Ausbildung erfolgt durch die Approbationsbehörden und ist dem Einflussnahmebereich des Antragstellers weitgehend entzogen, → Rn. 21.

¹⁵² BVerwG NJW 1967, 314.

¹⁵³ → dazu Rn. 22 ff.

¹⁵⁴ → dazu Rn. 24 ff.

der im österreichischen Strafurteil enthaltenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen, OVG Niedersachsen, GesR 2015, 168 ff.

2. Widerruf der Approbation, § 5 Abs 2 BÄO

- 37 Da die Behörden vor Erteilung der Approbation deren Voraussetzungen regelmäßig gründlich prüfen werden, kommt es eher selten zur Rücknahme, stattdessen – mit in den letzten Jahren massiv zunehmender Häufigkeit – zum Widerruf der Approbation.
- 38 a) § 5 Abs 2 S 1 BÄO (**obligatorischer Widerruf**). Die Approbationsbehörde ist zum Widerruf der Approbation zwingend verpflichtet, wenn sich der approbierte Arzt *nach* der Approbationserteilung gemäß § 3 Abs 1 S 1 Nr 2 BÄO als unwürdig oder unzuverlässig zur Ausübung des ärztlichen Berufes erwiesen hat. „Unwürdigkeit“ und „Unzuverlässigkeit“ stellen jeweils unbestimmte Rechtsbegriffe dar, die der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung vollumfänglich unterliegen.¹⁵⁵ Sie umschreiben voneinander unabhängige Widerrufsgründe, die allerdings auch kumulativ Anwendung finden können. Das maßgebliche Abgrenzungskriterium zwischen der Unwürdigkeit und der Unzuverlässigkeit ist zeitlicher Natur: Die Unwürdigkeit betrifft einen abgeschlossen Lebenssachverhalt, die Unzuverlässigkeit ein begonnenes, aber prognostisch noch nicht abgeschlossenes Handeln oder Unterlassen.¹⁵⁶ Die Prognose bezieht sich bei der Unzuverlässigkeit demnach auf das zukünftige Verhalten des Arztes.¹⁵⁷
- 39 Der Widerruf der Approbation führt zu einem intensiven Eingriff in die verfassungsrechtlich gewährleistete **Freiheit der Berufswahl** nach Art 12 Abs 1 S 1 GG, die sich auch über den Zeitraum der Approbation als Zugangsschranke hinaus auf die Dauer und das „Ob“ der Berufsausübung erstreckt.¹⁵⁸ Diese Entscheidungsfreiheit wird dem Arzt durch den Widerruf der Approbation genommen.¹⁵⁹ Der Widerruf der Approbation knüpft in § 5 Abs 2 S 1 BÄO an konkrete Verhaltensweisen der Person an und betrifft bei Subsumtion unter die sog Drei-Stufen-Theorie¹⁶⁰ den Bereich der subjektiven Berufswahlregelung (Berufszulassungsregelung).
- 40 Die Ausübung des ärztlichen Berufes bzw dessen Fortsetzung ist vom Vorliegen persönlicher Eigenschaften abhängig, auf deren Vorliegen der approbierte Arzt Einfluss zu nehmen im Stande ist.¹⁶¹ In jedem Einzelfall unterliegt der Approbationsentzug als Grundrechtseingriff der Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung – ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, dass durch den Eingriff geschützt werden soll, muss der gemäß Art 12 Abs 1 S 1 GG geschützten Berufsfreiheit des Arztes vorgehen, wobei stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen einer **Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls** angewandt werden muss.¹⁶² Durch den Approbationsentzug in Form des Widerrufs soll keine Sanktionierung des Arztes stattfinden, vielmehr dient er dem wichtigen Gemeinschaftsgut der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung.¹⁶³ Die BÄO trägt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch dadurch Rechnung, dass nach Abschluss des Widerrufs- bzw Rücknahmeverfahrens die Möglichkeit besteht, einen Antrag auf Wiedererteilung der Approbation zu

¹⁵⁵ BVerwG NJW 1974, 1634 ff.; BayVGH Urt v 28.3.2007, Az. 21 B 04.3153, BeckRS 2007, 29565; die Auslegung der Rechtsbegriffe ist im Ergebnis den Landesbehörden übertragen, was zu differierenden Entscheidungen ähnlich gelagerter Sachverhalte führen kann.

¹⁵⁶ BVerwG NJW 1991, 1557.

¹⁵⁷ BVerwG NJW 1993, 806.

¹⁵⁸ BVerwG NJW 2011, 1830, 1831; OVG Niedersachsen GesR 2013, 565 ff.

¹⁵⁹ Vgl BVerwG NJW 1998, 2756, 2757.

¹⁶⁰ BVerfG NJW 1958, 1035; einschränkend BVerfG NVwZ 2001, 790, 793.

¹⁶¹ BVerfGE 69, 233, 244 = NJW 1985, 2187, 2188; BVerwG NJW 1999, 3425; OVG Niedersachsen Beschl. v. 23.4.2012, Az. 8 LA 45/11, BeckRS 2012, 49890; OVG Niedersachsen NZS 2015, 318.

¹⁶² BVerfGE 7, 377 ff. = NJW 1958, 1035 ff; Einhaltung bejaht bei der Anordnung des Ruhens der Approbation bei zeitgleicher Anordnung des Sofortvollzugs BVerfG GesR 2004, 333 f.; zur unzureichenden Begründung der Anordnung des Sofortvollzugs hingegen BVerfG NJW 2008, 1369, 1371.

¹⁶³ OVG NRW ZMGR 2007, 54 ff.

stellen und ggf. zunächst eine Erlaubnis zur erneuten Ausübung des ärztlichen Berufs zu erhalten (§ 8 Abs 1 BÄO).¹⁶⁴

Gerade weil der Widerruf geeignet ist, neben der beruflichen auch die private Existenz des Betroffenen dauerhaft zu gefährden, bedarf es in jedem Einzelfall einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, welche die **Verfehlung** mit dem ärztlichen Wirken und dem standes- und berufsbezogenen Wirkungskreis in Kontrast setzt und berufsferne bzw nur in mittelbarem Zusammenhang stehende (Unterlassungs-)Handlungen äußerst restriktiv in diese miteinbezieht. Letzteres gilt umso mehr, als der Betroffene ohne Approbation in dem von ihm erlernten Beruf schlechterdings nicht mehr tätig sein kann, da ihm jede Behandlungstätigkeit verwehrt ist.¹⁶⁵ In die **Verhältnismäßigkeitsprüfung** sollen indessen individuelle Umstände wie der Zwang zur Praxisschließung, das hohe Lebensalter oder der Entzug der Existenzgrundlage, nicht einzubeziehen sein.¹⁶⁶ Ebenso wenig sind Erwägungen über Strafzwecke, auch generalpräventiver Natur im Sinne einer Abschreckung anderer Berufsträger, – damit dem Grundrecht der Freiheit der Berufswahl gemäß Art 12 Abs 1 GG unvereinbar¹⁶⁷ – in die Abwägung einzubeziehen.

Die gesetzgeberische Entscheidung, die Gründe des § 3 Abs 1 S 1 Nr 2 BÄO im Rahmen des Widerrufs mit einer zwingenden Entscheidungsfolge zu belegen – bei der Vertrauensschutz nicht gewährt wird und eine Befristung nicht besteht – ist folgerichtig und spricht gerade für das Gewicht, das dem Individual- und Gemeinschaftsgut der Gesundheitsversorgung beigemessen wird und beizumessen ist.¹⁶⁸ Dem Gesetzgeber ist insoweit der Spielraum eröffnet, ob er der Gesetzmäßigkeit und materiellen Gerechtigkeit einerseits oder der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz andererseits den Vorrang einräumt.¹⁶⁹ Maßgeblicher Zeitpunkt der Anlegung der Verhältnismäßigkeitsprüfung für den Widerruf der Approbation ist der Abschluss des Verwaltungsverfahrens.¹⁷⁰ Entscheidend ist damit, ebenso wie im sonstigen Gewerbe- und Berufsrecht, die im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung objektiv bestehende Sachlage. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind indes auch solche Erkenntnismittel heranzuziehen und zu bewerten, die zwar erst nach der letzten Behördenentscheidung entstanden oder zugänglich geworden sind, aus denen sich aber Anhaltspunkte für das Vorliegen eines den Erlass des Verwaltungsaktes rechtfertigenden Sachverhaltes im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ergeben können.¹⁷¹

aa) Unwürdigkeit.¹⁷² Unwürdig zur Ausübung des ärztlichen Berufes ist, wer ein schlechthin nicht mit dem Berufsbild und den allgemeinen Vorstellungen von der Persönlichkeit eines Arztes vereinbares Verhalten gezeigt hat und daher nicht oder nicht mehr das Ansehen und Vertrauen besitzt, das für die Ausübung des Berufes unabdingbar ist.¹⁷³ Der Widerruf der Approbation wegen Unwürdigkeit soll nicht das bisherige Verhalten des Arztes sanktionieren, sondern das Ansehen der Ärzteschaft in den Augen der Öffentlichkeit schützen – dies freilich nicht als Selbstzweck, sondern um das für jede Heilbehandlung

¹⁶⁴ BVerwG NJW 1999, 3425, 3426; *Braun* GesR 2014, 73, 74; zur Erlaubnis → Rn. 92 ff.

¹⁶⁵ OVG Rheinland-Pfalz NJW 1990, 1553, 1554.

¹⁶⁶ BVerwG NJW 1999, 3425, 3426; OVG Niedersachsen GesR 2007, 136; OVG NRW MedR 2009, 751.

¹⁶⁷ BVerwG NJW 2011, 1830 ff.

¹⁶⁸ BVerwG NJW 1998, 2756, 2757; BayVGH MedR 1994, 111 ff.

¹⁶⁹ BVerfGE 3, 225 ff.; BayVGH MedR 1994, 111 ff.

¹⁷⁰ BVerwG NJW 1998, 2756.

¹⁷¹ OVG Saarland GesR 2013, 568.

¹⁷² Im deutschen Rechtskreis verstand man etwa ab dem 10. Jahrhundert unter dem Begriff der „Würde“ die Ehre einer Gemeinschaft (Sippe, Adel, Berufsstand). Etwa ab dem 13. Jahrhundert wurden dann Personengruppen wegen ihrer Tätigkeit oder Herkunft als per se „unwürdig“ angesehen („Huren“ und deren Kinder, Henker). In der Folgezeit änderte sich an dieser Definition wenig. Erst im 18. und 19. Jahrhundert brachte die Aufklärung eine wesentliche Veränderung, mit der nicht mehr nur die Standesehre, sondern auch die Menschenwürde als geschütztes Gut implementiert wurde. Zum Ganzen, vgl. *Braun/Gründel* MedR 2001, 396.

¹⁷³ BVerwG NJW 1991, 1557; BVerwG NJW 1993, 806; BVerwG Beschl. v. 15.11.2012, Az. 3 B 36/12 – BeckRS 2012, 60009; HessVGH NJW 1986, 2390.

unabhängbare Vertrauen der Patienten in die Integrität der Personen aufrecht zu erhalten, denen mit der Approbation die staatliche Erlaubnis zur selbständigen Ausübung der Heilkunde verliehen ist und in deren Hände sich die Patienten begeben. Dieses für das Arzt-Patienten-Verhältnis konstitutive und damit auch für das hochrangige Gemeinschaftsgut der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung unerlässliche Vertrauen würde durch eine fort-dauernde Berufstätigkeit von Ärzten, die ein zum Widerruf führendes Fehlverhalten gezeigt haben, zerstört.¹⁷⁴ Anlass für den Widerruf können deshalb nur gravierende Verfehlungen sein, die geeignet sind, das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Berufsstand, bliebe das Verhalten für den Fortbestand der Approbation folgenlos, nachhaltig zu erschüttern.¹⁷⁵ Bereits ein einmaliges ärztliches Fehlverhalten kann die Berufsunwürdigkeit begründen, sofern der Verstoß seiner Art nach schwerwiegend, das Ausmaß an Schuld groß und der berufsspezifische Zusammenhang gegeben ist.¹⁷⁶ Welches Verhalten konkret dieses Ansehen und Vertrauen in vorgenannter Weise zerrüttet, unterliegt nicht zuletzt den von stetigem gesellschaftlichen Wandel geprägten Moral- und Wertvorstellungen.¹⁷⁷ Auch innerhalb der jeweilig geltenden Anschauung darf nicht jede missbilligte oder „ehrenrührige“ Verfehlung zur Einordnung als „unwürdig“ im Sinne von § 3 Abs 1 S 1 Nr 2 Alt. 1 BÄO führen, zumal auch von den Vertretern der Heilberufe nicht mehr eine in jeder Hinsicht integre Lebensführung erwartet wird bzw erwartet werden kann.¹⁷⁸ **Häufige**¹⁷⁹ oder **grobe Behandlungsfehler** iSv § 630h Abs 5 BGB¹⁸⁰ können grundsätzlich als Anknüpfungspunkte geeignet sein, um die Unwürdigkeit des Arztes festzustellen. Hingegen ist bei der Annahme eines groben Behandlungsfehlers iSv § 630h Abs 5 BGB nicht auf ein subjektives – gegebenenfalls grob fahrlässiges – Verschulden, sondern die objektiven Umstände abzustellen; ein grober Behandlungsfehler wird seitens der ständigen Rechtsprechung dann angenommen, wenn ein Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus *objektiver* Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.¹⁸¹ Deshalb ist bei der Schlussfolgerung von einem groben Behandlungsfehler auf Uneignung oder gar Unwürdigkeit besondere Zurückhaltung geboten. Einer vorhergehenden strafrechtlichen Sanktionierung bedarf es nicht. In jedem Einzelfall muss die Approbationsbehörde eine eigenständige Überprüfung vornehmen.¹⁸² Dies ist insbesondere in den Fällen von Relevanz, bei denen trotz der gravierenden Folge des ärztlichen Verhaltens keine strafrechtliche Erfolgszurechnung stattfindet, etwa weil dem Arzt bei missbräuchlicher Verwendung verschriebener Medikamente durch den Patienten keine Hand-

¹⁷⁴ OVG Niedersachsen, Urt v 11.5.2015, Az. 8 LC 123/14- -BeckRS 2015, 45503; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 19.2.2015, Az. 8 LA 102/14 BeckRS 2015, 42133; OVG Niedersachsen GesR 2013, 565 ff.; BVerwG 2011 NJW 2011, 1830, 1831; VGH Baden-Württemberg NJW 1991, 2366, 2368; zu dem im Verfassungsrang stehenden Gemeinschaftswert der sog Volksgesundheit vgl BVerfGE 80, 1, 21; BVerwGE 65, 323, 325.

¹⁷⁵ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 17.2.2015, Az. 8 LA 26/14 BeckRS 2015, 42020; BVerwG NJW 2011, 1830, 1831.

¹⁷⁶ OVG Niedersachsen, Urt v 11.5.2015, Az. 8 LC 123/14, BeckRS 2015, 45503; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 10.2.2015, Az. 8 LA 22/14, BeckRS 2015, 41955; BVerwG NVwZ-RR 1994, 388.

¹⁷⁷ Vgl bspw. zur Problematik der sittenwidrigen Einwilligung in eine Körperverletzung *Paeffgen* in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, StGB § 228 StGB Rn. 43 ff.; *Duttge* NJW 2005, 260 ff.

¹⁷⁸ VGH Baden-Württemberg MedR 1983, 36.

¹⁷⁹ Im Rahmen der Gesamtbetrachtung können sich mehrere, einfache Behandlungsfehler zu einem groben Behandlungsfehler verdichten, LG Heidelberg, Urt v 1.8.2012, Az. 4 O 79/07 – BeckRS 2012, 18017; OLG Karlsruhe MedR 2003, 104; OLG Köln NJOZ 2003, 272; OLG Oldenburg Urt v 3.12.2002, Az. 5 U 100/00 – BeckRS 2002 30296589; *Rehborn/Gescher* in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 630h Rn. 31.

¹⁸⁰ Zum Behandlungsfehler vgl *Rehborn/Gescher* in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, Vor § 630h Rn. 1 ff. und § 630h Rn. 1 ff.; explizit zum groben Behandlungsfehler § 630h Rn. 31 f. mwN; *Rehborn* GesR 2013, 257, 271; *Kern*, § 109.

¹⁸¹ BGH NJW 2012, 227 mwN.

¹⁸² OVG Niedersachsen, Urt v 11.5.2015, Az. 8 LC 123/14- -BeckRS 2015, 45503 mwN.

lungsherrschaft zugeschrieben wird.¹⁸³ Der Entziehungstatbestand der Unwürdigkeit hängt dabei nicht von der Zufälligkeit ab, ob und inwieweit das **Fehlverhalten der Öffentlichkeit bekannt geworden** ist. Entscheidend ist vielmehr, dass das Verhalten des Arztes für jeden billig und gerecht Denkenden, würde er von der Verfehlung Kenntnis nehmen, als für die Zerstörung der für die ärztliche Berufsausübung unverzichtbaren Vertrauensbasis geeignet erscheinen muss.¹⁸⁴ Das zum Entscheidungszeitpunkt noch bestehende Ansehen des Arztes, welches er (ggfls.: allein) seitens seiner Patienten genießt, ist bei der Bewertung der Unwürdigkeit nicht zu berücksichtigen.¹⁸⁵ Auch die in vielen Konstellationen dem Arzt ohnehin obliegende Schadenswiedergutmachung führt ebenso wie ein anderer Ausgleich zu Gunsten des vom Verhalten des Arztes Geschädigten nicht zur Verschiebung der anzulegenden Wertungen.¹⁸⁶ Insofern fließen nicht alle Tatsachen, die zugunsten des Arztes ausgelegt werden könnten, in die vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung¹⁸⁷ mit ein.

Der Widerruf der Approbation ist zwar nur möglich, wenn nach Erteilung der Approbation neue Tatsachen, die die Feststellung der Unwürdigkeit tragen, eingetreten sind, ein Verwertungsverbot für vor der Approbationserteilung liegende Umstände, die diese Feststellung zum vormaligen Beurteilungszeitpunkt noch nicht zu rechtfertigen vermochten, ist aufgrund der anzulegenden **Gesamtbewertung der Persönlichkeit** des Berufsträgers damit aber nicht verbunden.¹⁸⁸ Bei näherer Betrachtung der Kasuistik ist allerdings zu konstatieren, dass es an einer griffigen Beschreibung einzelner Kriterien zur Bestimmung der Unwürdigkeit fehlt; eine Orientierung bietet eher die von der Rechtsprechung durch eine Vielzahl von Einzelfällen geprägte **Beurteilung des Gesamtverhaltens**.¹⁸⁹ Damit wird der Begriff der Würdigkeit zwar nicht durch die Verletzungstatbestände definiert, wohl aber weitgehend konkretisiert.¹⁹⁰ Die Prüfung der Unwürdigkeit veranlasst, in bedeutendem Unterschied zum Kriterium der Unzuverlässigkeit, nicht zur prognostischen Entscheidung; die Manifestation des Versagungsgrundes ist im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung bereits abgeschlossen.¹⁹¹

Daneben kann in einem (landesrechtlich geregelten) berufsgerichtlichen Verfahren – sofern das jeweilige Landesrecht das hergibt – auch die Unwürdigkeit zur Ausübung des Berufs festgestellt werden.¹⁹² Bei Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes erscheint das rechtlich allerdings nicht unproblematisch.¹⁹³ Die Feststellung der Berufsunwürdigkeit durch das Berufsgericht hat regelmäßig den Widerruf der Approbation durch die – allein zuständige – Approbationsbehörde zur Folge.

Vielfältiger **Anknüpfungspunkt** für den Widerruf der Approbation ist eine **strafrechtliche Verurteilung**. Ebenso wenig wie sich ein Rechtssatz des Inhalts aufstellen ließe, dass

¹⁸³ Vgl. bzgl. eines behandelnden Substitutionsarztes von opiatabhängigen Patienten BGH NJW 2014, 1680.

¹⁸⁴ BVerwG Beschl. v. 28.1.2003, Az. 3 B 149/02; BVerwG NJW 2011, 1830, 1830 f.; BayVGhUrt v 28.3.2007, Az. 21 B 04.3153 – BeckRS 2007, 29565; OVG Saarland GesR 2013, 568 ff.; VG Braunschweig Urt v 12.9.2007, Az. 1 A 364/06 – BeckRS 2007, 27588; aA VG Leipzig MedR 2000, 336, 339; VGH Baden-Württemberg NJW 1991, 2366, 2368; *Braun* GesR 2014, 73, 76; aA *Braun/Gründel* MedR 2001, 396, 400.

¹⁸⁵ BVerwG Beschl. v. 6.3.2003, Az. 3 B 10/03 – BeckRS 2003, 21631; VGH Baden-Württemberg NJW 2010, 692.

¹⁸⁶ BayVGhUrt v 28.3.2007, Az. 21 B 04.3153; HessVGhUrt v 24.11.2011, Az. 7 A 37/11.Z, BeckRS 2012, 46296, zum Vorbringen des Berufsträgers, es habe ein Ausgleich durch Kostenersparnisse der geschädigten Krankenkasse durch ganzheitliche und zeitlich aufwendige Behandlung der Patienten, stattgefunden.

¹⁸⁷ OVG Saarland GesR 2013, 568.

¹⁸⁸ BVerwG Beschl. v. 18.1.2001, Az. 3 B 196/00, BeckRS 2001, 31349911.

¹⁸⁹ BVerwG NJW 1993, 806; nach BVerfG GesR 2017, 739 soll der Verweis auf die Unwürdigkeit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügen.

¹⁹⁰ Vgl. dazu Rn. 37 ff.

¹⁹¹ BVerwG NJW 1991, 1557; BVerwG NJW 1993, 806; BVerwG NJW 1999, 3425 ff.; BVerwG NJW 2011, 1830, 1831; OVG Saarland GesR 2013, 568; offenlassend dagegen VG Gelsenkirchen Urt v 21.10.2009 Az. 7 K 49/08, BeckRS 2009, 41435.

¹⁹² *Rehborn* GesR 2004, 170, 175; zur Bemessung der Dauer auch OVG Niedersachsen, Beschl. v. 29.7.2015, Az. 8 ME 33/15, BeckRS 2015, 49493.

¹⁹³ *Rehborn* GesR 2004, 170, 172 f.

das Merkmal der Berufsunwürdigkeit die Verhängung eines bestimmten Mindeststrafmaßes voraussetzte, lässt sich feststellen, dass nur die Tatvollendung, nicht aber der Versuch eines Vergehens oder Verbrechens den Approbationswiderruf zu rechtfertigen vermag.¹⁹⁴ Auf die Berufsunwürdigkeit kann insbesondere geschlossen werden, wenn strafrechtlich relevante ärztliche Berufspflichten verletzt wurden.¹⁹⁵ Aufgrund der anzustellenden Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit und des Charakters des Arztes können aber auch außerhalb dieses Wirkungskreises liegende Straftaten Berücksichtigung finden.¹⁹⁶ Unwürdigkeit kommt auch bei **wiederholter Begehung von Straftaten** in Betracht, die eine dahingehende Neigung des Arztes erkennen lassen und einen Rückschluss auf eine charakterliche Fehlhaltung zum Rechtsstaat erlauben.¹⁹⁷ Aus der Doktrin, dass es für die Unwürdigkeit eines gravierenden Fehlverhaltens bedürfe, ergibt sich bereits, dass ein *isolierter* Fahrlässigkeitsvorwurf das Missbilligungsurteil der Unwürdigkeit regelmäßig nicht zu tragen vermag.¹⁹⁸ Stehen die Fahrlässigkeitstaten im Zusammenhang mit der unmittelbaren ärztlichen Berufsausübung und betreffen dort den Bereich eines vorwerfbareren (Vor-) Vergehens von Gewicht – beispielsweise Alkoholkonsum im Notdienst oder während der Behandlung, innerhalb derer es dann zu einem Behandlungsfehler kommt – sind diese Umstände in die Abwägung einzubeziehen und vermögen dann im Einzelfall den Entzug der Approbation zu rechtfertigen.¹⁹⁹ Bei der Beurteilung der Berufsunwürdigkeit sind die Art der Straftat, das Ausmaß der Schuld und der Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Arztes zu gewichten.²⁰⁰ Da sich die Einteilung der Straftaten in Verbrechen und Vergehen gemäß § 12 StGB nur am Strafraumen und nicht an der im Einzelfall erkannten Schuld oder verhängten Strafe orientiert, kann es denkbar sein, dass einem Vergehen im Einzelfall eine größere Schuld zugrunde liegt als einem Verbrechen.²⁰¹ Dennoch prägen die **Verbrechenstatbestände** bereits objektiv einen schweren Unrechtsgehalt, der prima facie – unabhängig von der spezifischen Verwirklichung und vom Berufsbezug – geeignet ist, die Unwürdigkeit eines Arztes zu begründen.²⁰² Unwürdigkeit ist jedenfalls regelmäßig dann zu bejahen, wenn der Arzt vorsätzlich eine schwere, gemeingefährliche oder gegen eine Person gerichtete, von der Allgemeinheit besonders missbilligte Straftat begangen hat, die ein die „Durchschnittsstraftat“ übersteigendes Unwerturteil enthält und zu einer tiefgreifenden Abwertung der Persönlichkeit führt.²⁰³ Die Straftat(en) müssen nicht abgeurteilt worden sein. Trotz des Vorliegens eines Verfahrenshindernisses im Fall **der Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO** oder der Verfolgungsverjährung, die bereits den Anfangsverdacht einer verfolgbaren Straftat entfallen lässt, ist eine eigenständige Über-

¹⁹⁴ BVerwG GesR 2013, 44.

¹⁹⁵ So auch, wenn ein Tierarzt die Vorschriften des TierSchG missachtet, vgl. OVG NRW, Beschl. v. 26.5.2015, Az. 13 A 416/15 – BeckRS 2015, 46306.

¹⁹⁶ BVerwG NVwZ-RR 1996, 477 f.

¹⁹⁷ VGH Baden-Württemberg Beschl. v. 24.9.1993, Az. 9 S 1368/9- n. v.

¹⁹⁸ Dieses Ergebnis wird auch durch einen Blick in die MiStra bestätigt, wonach – außer bei besonderen Umständen und beim Tod eines Menschen – Verfahren wegen fahrlässig begangener Straftaten den Behörden nicht mitzuteilen sind (Nr 26 Abs 2 MiStra); vgl. in diese Richtungweisend auch VG Leipzig MedR 2000, 336 ff. zu fahrlässiger Tötung infolge eines Behandlungsfehlers; VGH Baden-Württemberg NJW 1991, 2366 ff.; so auch *Schelling* in Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 5 BÄO Rn. 26.

¹⁹⁹ Zu Recht ist die Rechtsprechung hier äußerst restriktiv, VGH Baden-Württemberg NJW 1991, 2366 ff., zum Konsum von unter das Betäubungsmittelgesetz fallenden Substanzen durch einen Arzt, die ua. für die narkotisierten Patienten bestimmt waren und es infolgedessen, durch das Fehlen der Medikation, zu gravierenden Narkose-Zwischenfällen bei der Operation durch diesen Arzt kam; BVerwG Beschl. v. 9.11.2006, Az. 3 B 7/06 – BeckRS 2007, 20070, das die Verschreibung von BtM-Substitutionsmitteln, in einer der missbräuchlichen Verwendung Vorschub leistenden Menge an Drogenabhängigen, mit anschließenden schweren gesundheitlichen Komplikationen, als besonders schwerwiegende Berufspflichtverletzung (neben anderen Gründen) wertete.

²⁰⁰ BVerwG NVwZ-RR 1994, 388; BayVGH Urt v. 28.3.2007, Az. 21 B 04.3153, BeckRS 2007, 29565.

²⁰¹ BVerwG NVwZ-RR 1994, 388.

²⁰² BVerwG Beschl. v. 28.1.2003, Az. 3 B 149/02 – BeckRS 2003, 21187; VG Freiburg, Urt v. 22.5.2007, Az. 1 K 1634/06, BeckRS 2007, 25306.

²⁰³ VGH Baden-Württemberg NJW 2010, 692 ff.; BayVGH Beschl. v. 21.5.2010, Az. 21 BV 09.1206, BeckRS 2011, 47364; OVG Niedersachsen Beschl. v. 23.4.2012, Az. 8 LA 45/11, BeckRS 2012, 49890.